



Bogotá D.C., abril 6 de 2020

Doctor  
**IVÁN DUQUE MÁRQUEZ**  
Presidente de la República  
Carrera 8 No. 7 – 26. Casa de Nariño  
Ciudad

Doctora  
**MARGARITA CABELLO BLANCO**  
Ministra de Justicia  
Calle 53 No. 13 – 27  
Ciudad

Doctor  
**ALBERTO ROJAS RÍOS**  
Presidente Corte Constitucional  
Calle 12 No. 7 – 65. Palacio de Justicia  
Ciudad

Doctor  
**JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN**  
Presidente Corte Suprema de Justicia  
Calle 12 No. 7 – 65. Palacio de Justicia  
Ciudad

Doctor  
**ÁLVARO NAMÉN VARGAS**  
Presidente Consejo de Estado  
Calle 12 No. 7 – 65. Palacio de Justicia  
Ciudad

Doctora  
**DIANA ALEXANDRA REMOLINA BOTÌA**  
Presidenta Consejo Superior de la Judicatura  
Calle 12 No. 7 – 65. Palacio de Justicia  
Ciudad



Doctora  
**PATRICIA SALAZAR CUELLAR**  
Presidenta de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia  
Calle 12 No. 7 – 65. Palacio de Justicia  
Ciudad

Doctor  
**FERNANDO CARRILLO FLOREZ**  
Procurador General de la Nación  
Carrera 5 No 15 – 80.  
Ciudad

**ASUNTO: Observaciones al proyecto de decreto legislativo “[por medio del cual se conceden los beneficios de la detención y la prisión domiciliarias transitorias en el lugar de residencia a personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID 19, y se adoptan otras medidas para combatir el hacinamiento carcelario y prevenir y mitigar el riesgo de propagación]”.**

Respetadas(os) doctoras(es):

El Gobierno Nacional, en el marco del Estado de Emergencia económica, social y ecológica declarado a través del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020<sup>1</sup>, y frente a la necesidad de proteger el derecho fundamental a la salud de la población privada de la libertad (PPL) por los eventuales contagios masivos del virus COVID–19, dio a conocer un borrador de decreto legislativo en el cual se proponen mecanismos transitorios para abordar la situación de esta población.

Para ofrecer una respuesta acorde al gobierno nacional y al país, la Fiscalía General creó un comité técnico asesor, mediante la Resolución 0451 de 2020, conformado por funcionarios de amplia experticia y conocimiento que se ha dedicado esta semana a evaluar minuciosamente las medidas propuestas y las implicaciones que estas generarían en las investigaciones que cursan en la Fiscalía. Esta comunicación es el resultado del estudio realizado en ese escenario, de los comentarios individuales y las reuniones sostenidas en el equipo liderado directamente por el Fiscal General de la Nación.

Para la Fiscalía General de la Nación resulta necesario presentar las observaciones y propuestas sobre las posibles medidas que se tomen en esta materia, de cara a propiciar una adecuada implementación y

---

<sup>1</sup> “Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional”.



articulación en el sistema acusatorio, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 251 de la Constitución Política, según el cual le corresponde al Fiscal General de la Nación: “*participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal*”, y del inciso 2° del artículo 2 de la misma carta política, en el sentido de que corresponde a todas las autoridades públicas “*proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*”.

En el presente documento la Fiscalía General de la Nación: (I) analiza la constitucionalidad de las medidas propuestas para advertir de una posible desproporcionalidad en las mismas; (II) explica las razones por las cuales el proyecto de decreto podría no obtener los fines de protección de la PPL perseguidos; y (III) describe algunas propuestas que se consideran constitucionalmente proporcionales, adecuadas y pertinentes para evitar la propagación del COVID-19 en la PPL.

## **I. REPAROS A LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO**

La Corte Constitucional, en reiteradas oportunidades, ha establecido que los decretos legislativos expedidos en el marco del Estado de Emergencia económica, social y ecológica deben superar los siguientes juicios: “*(i) de conexidad material y de finalidad, (ii) de ausencia de arbitrariedad, (iii) de no contradicción específica, (iv) de motivación suficiente, (v) de necesidad, (vi) de incompatibilidad, (vii) de proporcionalidad y, finalmente (viii) de no discriminación.*”<sup>2</sup> Para la Fiscalía General de la Nación, el proyecto de decreto no cumple con los anteriores requisitos por las razones que se exponen a continuación.

### **(i) El proyecto de decreto no supera el juicio de conexidad material y finalidad**

*Ausencia de protocolo de prevención de contagio.* La parte motiva del proyecto de decreto expresa una preocupación por la atención en salud de la PPL en el marco del Estado de Emergencia económica, social y ecológica declarado para evitar la propagación del COVID-19. Pese a ello, las medidas establecidas en la parte dispositiva de este no establecen un plan o protocolo de prevención, detección, diagnóstico y tratamiento, sino que buscan conjurar esta problemática situación a partir de la concesión de los beneficios de detención y prisión domiciliaria transitorias y masiva de procesados y condenados.

En ese sentido, las facultades extraordinarias entregadas al Presidente de la República en virtud del Estado de Emergencia económica, social y ecológica declarado mediante el Decreto 417 de 2020, estarían siendo usadas para resolver un problema estructural (el hacinamiento carcelario y penitenciario), y no para afrontar la coyuntura sanitaria actual, lo que evidencia la ausencia de conexidad de las medidas adoptadas con la finalidad material del proyecto de decreto.

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 466 de 2017. Magistrado ponente: Carlos Bernal Pulido.



**(ii) El proyecto de decreto evidencia arbitrariedad al interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público.**

*El proyecto de decreto desconoce las atribuciones constitucionales de la Fiscalía General de la Nación.* El Constituyente le atribuyó a la Fiscalía General de la Nación, de manera general, la obligación de “adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito”<sup>3</sup>. Contrario al precepto constitucional citado, el proyecto de decreto le asigna al ente investigador y acusador la custodia y vigilancia de la PPL, es decir, le asigna al Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) tareas administrativas relacionadas con las personas que sean excarceladas, cuando ello le corresponde al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) de conformidad con el artículo 14 del Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993) modificado por el artículo 3 del Decreto 2636 de 2004.

*La ejecución de las medidas es responsabilidad del INPEC.* No es posible para la Fiscalía General de la Nación asumir la competencia de traslado, vigilancia y ejecución de las medidas que implican la reclusión domiciliaria de personas condenadas y procesadas. Sobre este aspecto, el parágrafo del artículo 38C de la Ley 599 de 2000 dispone que el control de la medida de prisión domiciliaria será ejercido por el juez de ejecución de penas con apoyo del INPEC, quien deberá realizar visitas periódicas para verificar el cumplimiento de la medida, mientras que el inciso cuarto del artículo 314 de la Ley 906 establece que el control sobre el cumplimiento de la detención en el lugar de la residencia estará a cargo del INPEC, quien reportará a la Fiscalía General de la Nación sobre sus resultados.

*Apoyo de la Fuerza Pública para labores de custodia.* Ahora bien, de estimarse que el cumplimiento de esta labor desborda la capacidad humana con que cuenta el INPEC para controlar el cumplimiento de las medidas, la legislación penal también prevé la posibilidad de que miembros de la Fuerza Pública apoyen las labores de control sobre su cumplimiento, como lo disponen los artículos 38C de la Ley 599 de 2000 y el 29F parágrafo de la Ley 65 de 1993. No puede perderse de vista que la declaración de la emergencia penitenciaria y carcelaria faculta al Director del INPEC, de acuerdo con el artículo 168 de la Ley 65 de 1993, para solicitar el apoyo de la Fuerza Pública con el fin de superar la situación que dio lugar a la misma.

*Impactos de las medidas adoptadas en el Decreto en la labor de la Fiscalía General de la Nación.* Imponer a la Fiscalía labores de custodia genera cargas desproporcionadas para el ente investigador y acusador, en la medida que no tiene la función constitucional, ni el entrenamiento, ni la experticia para desarrollar esta función. Esta medida también afectaría la eficacia de la acción penal, pues el Cuerpo

---

<sup>3</sup> Artículo 250 Superior.



Técnico de Investigación se destinaría a labores de custodia y no de policía judicial especializada en la investigación de conductas delictivas, a pesar de que en esta coyuntura es más importante que nunca la continuidad de las funciones de investigación que desde allí se desarrollan.

*La Fiscalía General de la Nación no puede solicitar beneficios en favor del procesado.* El contenido del artículo 7 desdibuja la función constitucional asignada a la Fiscalía General de la Nación de ejercer la acción penal, imponiéndole el deber de solicitar beneficios a favor del procesado. En caso tal, es una función exclusiva que debe asignarse a la Defensoría o el Ministerio Público.

### **(iii) Las medidas no son necesarias para conjurar la crisis**

*No existe una explicación sobre por qué la reducción temporal de la PPL evita la propagación del virus.* En este punto, debe resaltarse que la detención o prisión domiciliaria transitoria trae cargas para el Estado, pues el recluso continúa privado de la libertad (en su domicilio), pero a órdenes del Estado. En consecuencia, el Estado es responsable por el contagio del procesado o reo, y de su familia. En otras palabras: esta medida no evita ni reduce el riesgo de propagación del COVID-19.

*Las medidas no garantizan el goce del derecho fundamental a la salud.* La decisión de conceder la detención y la prisión domiciliaria transitoria en el lugar de residencia a los PPL con las enfermedades referidas no es una acción que por sí sola disminuye la necesidad de hospitalización o la mortalidad en caso de adquirir el COVID-19, si no se garantiza control y seguimiento de esta población, y tampoco garantiza por sí mismo el cumplimiento del goce efectivo del derecho fundamental a la salud, dadas las condiciones del sector ante la emergencia sanitaria, principalmente porque la única acción en salud es su afiliación al SISBEN.

### **(iv) Las medidas son incompatibles con la legislación adjetiva penal vigente**

*Desconocimiento de los parámetros sustantivos para proceder con las medidas de detención domiciliaria.* Los requisitos propuestos en el borrador de decreto desconocen o amplían los requisitos para que, en condiciones normales, las personas privadas de la libertad puedan solicitar la prisión domiciliaria o la sustitución de la medida de aseguramiento en su lugar de residencia. Especialmente, tratándose de los delitos excluidos de la posibilidad de solicitar los beneficios transitorios, la lista de exclusiones excede, incluso, las prohibiciones legales de estos mecanismos previstas en los artículos 38B, 38G y 68A de la Ley 599 de 2000 –para la concesión de subrogados– y las previstas en el párrafo del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 –para la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por detención domiciliaria–. En otras palabras, el régimen ordinario es más beneficioso que el excepcional.

*El Gobierno Nacional no justifica por qué el régimen legal ordinario es insuficiente para enfrentar la crisis.* Pese a que la normatividad vigente determina las circunstancias que permiten imponer una privación de la libertad en lugar de residencia, el Gobierno Nacional no justifica la modificación de estos requisitos ni la necesidad de ajustar otros. Por ejemplo, el Artículo 314 de la Ley 906 de 2004, establece, entre otras cosas, que las personas de 65 años en adelante pueden beneficiarse de la sustitución de la detención preventiva, así como también tienen este derecho las mujeres gestantes que estén próximas al parto. En caso de considerarse que estos parámetros objetivos deben ser modificados para atender la emergencia del COVID-19, debe contarse con el sustento médico-científico que así lo determine.

*La definición de enfermedades y condiciones no tiene sustento.* De igual manera, debe tenerse en cuenta que la expresión de ‘enfermedades catastróficas’, utilizada en uno de los considerandos, no ha sido la utilizada por el Ministerio de Salud y Protección Social para referirse a los grupos de riesgo frente al coronavirus, sino que ha señalado que dicho grupo lo comprenden pacientes con patologías crónicas de base, esto es: afecciones tales como inmunodepresión o enfermedades crónicas cardíacas, pulmonares, renales, hepáticas, sanguíneas o metabólicas, tales como la diabetes. El punto crítico en esta materia (que se presenta también en el articulado) es que no existe evidencia de que las enfermedades en relación con las cuales se están definiendo beneficios, constituyan un riesgo especial frente al Coronavirus. No es claro, en últimas por qué razón se incluyeron estas y no otras.

**(v) Las medidas no guardan proporcionalidad con los hechos que buscan limitar en sus efectos**

*La sustitución de la medida intramural por la prisión y/o detención domiciliaria masiva no es una medida sanitaria ni protege adecuadamente la salud de la PPL.* Bajo estos supuestos, es claro que la medida abandona a su suerte a estas personas, como quiera que su traslado a un domicilio privado no se acompaña de ninguna medida específica para prevenir o mitigar el riesgo de contagio de COVID-19.

*La sustitución masiva de la medida intramural pone en peligro la seguridad ciudadana.* Por otra parte, es claro que la medida, frente a las complejas circunstancias económicas y sociales que está enfrentando la sociedad colombiana, pone en peligro la seguridad ciudadana, como quiera que ello puede alentar la criminalidad al propiciar una sensación generalizada de impunidad. En ese orden de ideas, la medida se aprecia como absolutamente desproporcionada, por carencia de idoneidad.

*Los criterios de exclusión son desproporcionados y arbitrarios.* Por último, debe tenerse en cuenta que las exclusiones señaladas, dado que no tienen una justificación establecida en la parte motiva del proyecto de decreto, resultan siendo arbitrarias. Se observa con preocupación que la lista de exclusiones incluye algunos delitos con penas bajas, mientras que deja por fuera conductas típicas más



violentas y de mayor punibilidad. Por ejemplo, el listado no incluye delitos importantes como la violencia intrafamiliar<sup>4</sup>, el homicidio<sup>5</sup>, el concierto para delinquir<sup>6</sup> entre otros, e incluye algunos delitos contra la criminalidad organizada y las finanzas criminales, sin motivación alguna. Para la Fiscalía es esencial que se limiten los beneficios en relación con las personas que están condenadas o aseguradas por la comisión de delitos violentos, como una forma de ponderar los derechos de las PPL con los derechos de la ciudadanía en general.

**(vi) Las medidas imponen una discriminación injustificada respecto a diferentes sectores de la PPL.**

*El Gobierno Nacional no justifica la exclusión de diferentes sectores de la PPL.* En este caso, se advierte excluida del texto a la población que en virtud del Sistema Penal de Responsabilidad para Adolescentes se encuentra sujeta a privación de la libertad en Centros de Atención Especializada, de conformidad con el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), a pesar de tratarse de sujetos de especial protección constitucional. En esta medida, tampoco se fijan disposiciones tendientes a orientar la forma de proceder al interior de los establecimientos de atención especializada dentro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

*Población privada de la libertad recluida en los Centros de Reclusión Militar.* Igualmente, se omite hacer relación expresa a las medidas que deben adoptarse en los casos de las personas que se encuentran en los Centros de Reclusión para miembros de la Fuerza Pública, bien en el sentido de señalar expresamente si se encuentran excluidas de las medidas dispuestas en el borrador de decreto o en caso entender que son aplicables, cómo operarían las responsabilidades administrativas para ello.

*Población indígena privada de la libertad.* Asimismo, tampoco hay disposiciones que pretendan regular la privación de la libertad de los indígenas legítimamente condenados por la jurisdicción especial indígena y que se encuentran a cargo del Institución Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC).

*El proyecto no contempla casos de detención preventiva bajo la Ley 600 que son responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación.* El proyecto de decreto no contempla las medidas que deben adoptarse para atender la situación de las personas que se encuentren privadas de la libertad, en cumplimiento de una medida de aseguramiento de detención preventiva, bajo el régimen procesal de la Ley 600 de 2000. Sobre este aspecto, el artículo 363 del cuerpo normativo en mención únicamente dispone que, durante la instrucción, el funcionario judicial revocará la medida cuando sobrevengan pruebas que la

---

<sup>4</sup> Artículo 229 del Código Penal (Ley 599 de 2000), modificado por el artículo 1 de la Ley 1959 de 2019.

<sup>5</sup> Artículo 103 del Código Penal (Ley 599 de 2000).

<sup>6</sup> Artículo 340 del Código Penal (Ley 599 de 2000).





desvirtúen. Por ende, la ausencia de cualquier mención a la posibilidad de conceder algún beneficio a las personas procesadas bajo esta normativa o aplicar los allí previstos, genera un trato desigual que también podría derivar en un gran número de solicitudes a las autoridades competentes y acciones constitucionales para procurar la aplicación de estas medidas.

*La PPL en situación de discapacidad.* En el caso de las personas en situación de discapacidad, debe tenerse en cuenta que esta no es un atributo de la persona, sino un complejo conjunto de condiciones creadas por el entorno. Por ende, para documentar o certificar la discapacidad, se requiere más que una certificación médica o la validación de una historia clínica, esto es, se necesita un análisis integral de las condiciones de la persona.

## II. CONVENIENCIA Y PERTINENCIA DEL PROYECTO DE DECRETO

### **(i) El procedimiento de aplicación de las medidas adoptadas mediante el decreto es confuso, no específico y generaría un caos en el sistema**

*Desconocimiento del régimen vigente de beneficios y subrogados sin justificación.* El borrador de decreto se concentra en establecer dos beneficios transitorios diferentes a los mecanismos sustitutivos y subrogados establecidos por el legislador, pero no señala cuáles son las razones constitucionalmente admisibles para prescindir de su aplicación como respuesta a la emergencia generada por la pandemia. Esta omisión, como ya fue señalado, afecta directamente aspectos como la idoneidad de las medidas adoptadas de cara a requisitos ya mencionados como su relación de causalidad específica con el estado de emergencia.

*Desconocimiento de la congestión en los despachos judiciales del país.* No se puede desconocer que la verdadera razón por la cual no se aplican este tipo de medidas vigentes en Colombia, no es porque no exista un régimen legal (que sí lo hay y es incluso más amplio que el propuesto en el Decreto) sino los problemas de congestión judicial. Hoy existe congestión en la resolución de este tipo de medidas y con las disposiciones del Decreto sólo se exacerbaría. Por ejemplo, el artículo 7° del borrador de decreto ordena a los jueces competentes decidir sobre la sustitución de la medida intramural por prisión domiciliaria transitoria de todos los casos que lleguen a su conocimiento en tres días “corrientes”, lo cual desconoce no sólo las limitaciones de los despachos judiciales en términos de carga laboral sino la posibilidad, previsible, de la interposición masiva de recursos de habeas corpus o acciones de tutela por parte de los internos para obtener una respuesta a su situación jurídica. Todo esto sobrecargaría, aún más, la administración de justicia. Por esta razón, el foco debería ser el fortalecimiento institucional para resolver este tipo de solicitudes y no crear un régimen alterno.

*Certificación de las circunstancias de riesgo.* La facultad de certificar que la condición de salud de un interno no es compatible con la vida en prisión o, para el presente caso, que ostenta circunstancias de





riesgo si llegase a contraer el virus COVID-19, se encuentra a cargo de un médico legista especializado, de conformidad con lo previsto en el artículo 68 de la Ley 599 de 2000. Bajo este criterio, no sería posible que estas circunstancias sean certificadas por el personal médico de los establecimientos carcelarios. En todo caso, debe tenerse en cuenta que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses no cuenta con la capacidad de realizar procesos diagnósticos de *novo* y/o valoraciones a la PPL para corroborar diagnósticos o realizar pruebas paraclínicas, o tratamientos relacionados con las patologías que padecen.

*Capacidad del INPEC para certificar el estado de salud de la PPL.* Sumado a este aspecto, las deficiencias en el sistema de salud de la población privada de la libertad impedirían que, en la práctica, el INPEC esté en la capacidad real de entregar diagnósticos oportunos para cumplir con la finalidad de determinar si un interno se encuentra en eventual riesgo de contraer el virus COVID-19 debido a la preexistencia de patologías de base. Las entidades de control han señalado que, en términos generales, aunque la situación en la prestación de los servicios de salud varía de un centro de detención a otro, la atención médica disponible se limita al servicio de urgencias básicas y de baja complejidad. En esa medida, la provisión de medicamentos u otros tratamientos depende de la red familiar de la persona que se encuentra detenida. Muchas de las personas privadas de la libertad en estos centros padecen diversas afecciones de salud que no son tratadas y que, en muchos casos, son contagiadas a quienes los rodean.

*Necesidad de mantener el margen de decisión del juez y la posibilidad de apelar las decisiones.* Dos elementos importantes que deben considerarse son el margen de decisión y valoración del juez y la posibilidad de impugnar sus decisiones. En cuanto a lo primero, la decisión del juez no puede depender únicamente de la verificación del cumplimiento de los requisitos objetivos determinados en el decreto (artículo 10). Esto limita un necesario margen de interpretación y discrecionalidad del cual debe dotarse a los operadores judiciales para resolver casos atípicos o con características particulares que requieran analizar la prevalencia de otros derechos, intereses o fines constitucionalmente legítimos como la protección a las víctimas y la eficacia de la acción penal, entre otros. De otro lado, la imposibilidad de impugnar la decisión sobre la concesión de los beneficios transitorios (artículos 7 y 10) implica la vulneración del derecho fundamental al debido proceso en la medida en que limita las garantías judiciales previstas en el artículo 5° de la Ley 137 de 1994, específicamente, en lo relacionado con los derechos consagrados en el artículo 29 de la Constitución, pues se trata de una providencia que se refieran al cambio de su sitio de reclusión por lo que debería ser susceptible del recurso de apelación.

## **(ii) Riesgos sociales**

*Afectación del mínimo vital de la PPL.* La reclusión domiciliaria de los internos genera una carga desproporcionada a sus familiares, sin que se haya previsto una atención sanitaria específica y, menos aún, la proporción de algún tipo de ayuda alimentaria para garantizar su supervivencia mínima en las

condiciones de confinamiento que ya debe enfrentar en este momento toda la población. En este sentido, el decreto puede estar creando un problema aún mayor al que quiere solucionar, al trasladar a particulares las obligaciones de manutención y atención en salud que no están en posibilidades de atender adecuadamente. La limitación en la seguridad alimentaria de esta población podría incluso devenir en una amenaza para la seguridad ciudadana. Contemplar medidas para abordar los aspectos de bienestar de la población carcelaria en temas de alimentación (y salud como se mencionó antes) es esencial para garantizar la protección de sus derechos humanos.

*Las medidas no evitan la propagación del COVID-19.* En ese contexto, la sustitución masiva de la medida intramural no es una verdadera medida sanitaria ni protege adecuadamente la salud de la PPL y de los residentes en la vivienda en la cual va a cumplirse la detención. Por el contrario, el sistema penitenciario abandona a su suerte a estas personas, como quiera que su traslado a un domicilio privado no se acompaña medidas específicas para prevenir o mitigar el riesgo de contagio del virus COVID-19. Tampoco se indica la necesidad de una valoración médica previa al eventual traslado o la toma de muestras clínicas que descarten el contagio con el virus COVID-19.

*Carga del INPEC va a ser desproporcionada y genera problema en efectividad de su función.* La aplicación de los beneficios transitorios previstos en el borrador de decreto no contempla la real situación en la cual se encuentra el Sistema Nacional Penitenciario y, particularmente, las limitaciones administrativas del INPEC para identificar a la población objeto de las medidas. Debido a la situación de hacinamiento en los establecimientos penitenciarios, muchas personas privadas de la libertad se encuentran en centros de detención transitoria, no se encuentran a cargo del INPEC, no han sido reseñadas ni ingresadas a sus sistemas de información. Actualmente el INPEC tampoco está en capacidad de cumplir a cabalidad con su función de vigilancia para el cumplimiento de estas medidas. Además, las personas que se encuentran privadas de la libertad en su lugar de residencia a menudo son capturadas en flagrancia reincidiendo en conductas delictivas.

*No se toman medidas para los establecimientos carcelarios.* El borrador de decreto se concentra en los beneficios transitorios para disminuir el hacinamiento, pero no aborda -pese a la grave posibilidad de contagio en los establecimientos carcelarios- las medidas sanitarias al interior de dichos centros de reclusión, no sólo para quienes quedan excluidos de tales beneficios de prisión o detención transitoria domiciliaria, sino también para el personal de custodia del INPEC, a quienes también debe garantizarse adecuadamente el acceso a las medidas sanitarias para la prevención y propagación del virus. Lo anterior es más grave aún si se tiene en cuenta que el Ministerio de Salud en los “Lineamientos para el control y prevención de casos por COVID-19 para la población privada de la libertad PPL en Colombia” ya estableció medidas claras y específicas que requieren ajustes concretos a la forma en la que actualmente operan los centros de reclusión.

### III. PROPUESTAS PARA EVITAR LA PROPAGACIÓN DEL COVID-19 EN LA PPL

#### (i) Otras alternativas de sustitución de la medida intramural posibles

*Medidas existentes en el ordenamiento jurídico actual con las que se podría afrontar la crisis.* Aunque las figuras jurídicas de la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad grave (art. 68 del C.P.) y la sustitución de la detención preventiva por estado grave por enfermedad (causal 4° del art. 314 del C.P.P.) no abarcan a todas las personas privadas de la libertad pertenecientes a grupos poblacionales en alto riesgo por el COVID 19 (adultos mayores, mujeres en estado de gravidez y personas con condiciones médicas o enfermedades que aumentan el riesgo), se trata de mecanismos jurídicos vigentes que transitoriamente podrían flexibilizarse y fortalecerse para efectivizar las acciones tendientes a la protección de la población más vulnerable durante la emergencia.

*Medidas de fortalecimiento administrativas para aplicar los mecanismos existentes.* Esta medida podría resultar igualmente aplicable con la concesión de beneficios o subrogados penales, en tanto se agilice el procedimiento para la concesión de estos. Esto dependerá, en gran medida, del aumento de la capacidad administrativa del INPEC para remitir las solicitudes y sus soportes a los jueces de ejecución de penas, así como del incremento del número de funcionarios judiciales dedicados a decidir la procedencia o no de dichas medidas. A la par, como medida temporal podrían eliminarse algunas barreras administrativas que impiden el acceso a estos beneficios, como la constitución de cauciones para acceder a su concesión.

*Creación de jueces de ejecución de penas de descongestión para aplicar el cumplimiento de mecanismos.* Otro de los cuellos de botella que existe actualmente para la aplicación de los mecanismos existentes que podrían ayudar a mitigar el problema del hacinamiento carcelario, y el riesgo que ello implica para el COVID\_19, es la congestión judicial. Para este efecto se podrían conformar equipos de jueces de descongestión en el área de ejecución de penas y medidas de seguridad con el fin de resolver tanto las solicitudes de subrogados y sustituciones que se encuentran represadas como las nuevas solicitudes que de forma ordinaria pueden presentar las personas privadas de la libertad, con capacidad de hacer audiencias virtuales en todas las jurisdicciones en las que ello sea requerido.

*Digitalización de información y expedientes en INPEC para agilizar procesos* Conforme a las obligaciones que se pretende imponer a los directores de los establecimientos penitenciarios en la remisión de listados, solicitudes y expedientes digitalizados, resulta necesario dotar estas oficinas tanto de recursos físicos para posibilitar su labor como de recursos humanos suficientes para que estas tareas se desarrollen con transparencia, celeridad y eficiencia.

*Aplicación de las facultades que tiene el director del INPEC para proponer medidas.* Dentro de las medidas para proteger a la PPL, se puede acudir a los beneficios administrativos contemplados en los



artículos 146, 147A, 148 y 149 del Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993), previa aprobación de los Jueces de Ejecución Penas y medida de seguridad conforme el artículo 38, numeral 5 de la ley 906 de 2004 y del artículo 79 de la ley 600 de 2000, numeral 5, este último declarado exequible por la Corte Constitucional C312 de 2002

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que el INPEC bajo la declaratoria del Estado de Emergencia Carcelaria, ocurrido el 22 de marzo de 2020, mediante la Resolución 001144, cuenta con las facultades necesarias para trasladar, reubicar, coordinar con autoridades sanitarias atención especial, entre otras medidas necesarias para responder al estado de emergencia generado por el COVID-19 en los establecimientos penitenciarios.

#### **(ii) Medidas para mitigar los posibles impactos negativos de la sustitución de la medida intramural**

*Utilización de los recursos del USPEC para proveer seguridad alimentaria transitoria a quienes sean enviados a su domicilio.* La Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC) es una unidad administrativa especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho. De conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Decreto 4150 de 2011, el objeto de esta entidad es el de “*gestionar y operar el suministro de bienes y la prestación de los servicios, la infraestructura y brindar el apoyo logístico y administrativo requeridos para el adecuado funcionamiento de los servicios penitenciarios y carcelarios a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC.*” El artículo 67 de la Ley 65 de 1993 establece el deber a cargo del USPEC de proveer la alimentación a las personas privadas de la libertad y para este rubro se destinaron en 2020 recursos por \$490,873,200,000. Si bien la responsabilidad de la USPEC en principio se limita a las personas privadas de la libertad, estos recursos se podrían usar temporalmente para garantizar por lo menos la alimentación de quienes sean enviados a sus domicilios y no cuenten con recursos propios para asumir esta carga. De esta forma se garantizarían los derechos humanos de las PPL, evitando ponerlas en condiciones de mayor vulnerabilidad que las que tienen actualmente.

*Creación de centros de reclusión transitorios para llevar detenidos en el marco del ejercicio de las funciones constitucionales.* Entre las funciones asignadas a la USPEC se encuentran las de “[adelantar las gestiones necesarias para la ejecución de los proyectos de adquisición, suministro y sostenimiento de los recursos físicos [...] que sean necesarios para la gestión penitenciaria y carcelaria]” y “[promover, negociar, celebrar, administrar y hacer seguimiento a contratos de asociaciones público-privadas o de concesión, o cualquier tipo de contrato que se suscriba que tengan por objeto la [...] operación y prestación de servicios asociados a la infraestructura carcelaria y penitenciaria]”. Ahora bien, el presupuesto de la USPEC para la vigencia 2020 es de \$1,203,373,840,000. El 68% (\$824,119,400,000) corresponde a recursos de funcionamiento. El resto del presupuesto corresponde a



recursos de inversión que ascienden a \$379.254.440.000 y se distribuye en proyectos relacionados con el mejoramiento y la ampliación de la infraestructura:

ID DEL PROYECTO	NOMBRE DEL PROYECTO	APROPIACIÓN
2018011000292	Implementación de salas para la realización de audiencias y diligencias judiciales en los establecimientos de reclusión del orden nacional.	3.408.000.000
2018011000317	Fortalecimiento tecnológico de la seguridad en los establecimientos de reclusión del orden nacional.	4.000.000.000
2018011000329	Construcción ampliación de infraestructura para generación de cupos en los establecimientos de reclusión del orden nacional.	250.934.440.000
2018011000336	Fortalecimiento de la infraestructura física de los ERON a cargo del INPEC.	120.492.000.000
2018011000466	Fortalecimiento en la aplicación de la gestión documental en la unidad de servicios penitenciarios y carcelarios Bogotá	420.000.000
<b>TOTAL</b>		<b>379.254.440.000</b>

*Ejecución del presupuesto.* Un elemento importante para considerar es que el USPEC ha tenido problemas en la ejecución presupuestal, lo que significa que hay espacio para aplicar dichos recursos. Es así como en 2019 el presupuesto de proyectos de inversión fue \$285.035.189.359 para 5 proyectos de inversión, pero el nivel de ejecución fue 7.1%<sup>7</sup>.

*Usar bienes bajo la administración de la SAE para trasladar transitoriamente a la PPL.* La Sociedad de Activos Especiales S.A.S. (SAE) administra el Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado (FRISCO). En desarrollo de dicha labor, tiene la facultad de administrar los bienes objeto de la acción de extinción de dominio y aquellos que hayan sido afectados con medidas cautelares dentro de ese proceso. La SAE tiene bajo su administración un estimado de 302 inmuebles en toda Colombia, distribuidos entre predios rurales y urbanos (96 son predios rurales, 191 son predios urbanos y 15 están por determinar), que cuentan con vocación de ser utilizados para

<sup>7</sup> Estos datos se encuentran en el Sistema de Seguimiento a Proyectos de Inversión (SPI) del Departamento Nacional de Planeación DNP: [https://spi.dnp.gov.co/Consultas/ResumenEjecutivoEntidad.aspx?id=img\\_Por+Entidad](https://spi.dnp.gov.co/Consultas/ResumenEjecutivoEntidad.aspx?id=img_Por+Entidad) (consulta realizada el domingo 5 de abril de 2020)



atender eventualmente la crisis generada por la propagación de la pandemia COVID\_19. En estos bienes se podrían generar centros de reclusión temporal y especial, para la PPL que mayor riesgo tenga frente al COVID\_19 o para aquella que en un futuro resulte contagiada, bajo la administración y supervisión del INPEC.

#### **IV. CONCLUSION: LA PROPUESTA DE LA FISCALIA GENERAL PARA ABORDAR LA COYUNTURA**

Tomando en cuenta el análisis realizado en el presente documento, la Fiscalía propone los elementos que se incluyen a continuación para el abordaje de la situación de la PPL. Estos elementos ponderan la protección de los derechos humanos de la PPL con los derechos de la población colombiana no privada de la libertad, especialmente en relación con la seguridad ciudadana.

1. *Las medidas que se adopten deben orientarse a resolver la coyuntura y nos los problemas estructurales del sistema penitenciario.* Las medidas que se tomen con respecto a la prevención de contagio del COVID – 19 para la población privada de la libertad con medida de aseguramiento, detención preventiva o en cumplimiento de una sentencia, deben estar dirigidas únicamente a la declaratoria del Estado de Emergencia Económica y Social contenida en el Decreto 417 de 2020. En ningún caso, los instrumentos de transitoriedad pueden ser utilizados para solucionar problemas estructurales del hacinamiento carcelario, los cuales deben ser objeto de medidas permanentes y correspondientes al marco jurídico ordinario.
2. *Consulta a las autoridades relevantes en materia de política criminal.* Las medidas transitorias deberían ser consultadas con el Consejo Superior de Política Criminal y la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, quienes pueden buscar mecanismos para sesionar virtualmente y tomar decisiones urgentes.
3. *Aplicación de las facultades que tiene el director del INPEC para proponer medidas.* Dentro de las medidas para proteger a la PPL, se pueden acudir a los beneficios administrativos contemplados en los artículos 146, 147A, 148 y 149 del Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993), previa aprobación de los Jueces de Ejecución Penas y medida de seguridad conforme el artículo 38, numeral 5 de la ley 906 de 2004 y del artículo 79 de la ley 600 de 2000, numeral 5, este último declarado exequible por la Corte Constitucional C312 de 2002.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que el INPEC bajo la declaratoria del Estado de Emergencia Carcelaria, ocurrido el 22 de marzo de 2020, mediante la Resolución 001144, cuenta con las facultades necesarias para trasladar, reubicar, coordinar con autoridades sanitarias atención especial, entre otras medidas necesarias para responder al estado de emergencia generado por el COVID-19 en los establecimientos penitenciarios.



4. *Aplicación del beneficio de libertad condicional.* Una segunda medida razonable sería la aplicación efectiva del beneficio de libertad condicional establecido en el artículo 64 del Código Penal. Este beneficio supone que se verifique, entre otros, el buen comportamiento y el arraigo familiar y social. El punto crítico en este caso es que se requiere que las solicitudes se tramiten de manera expedita y que incluso se descongestionen las que ya están presentadas a la espera de una decisión. En esta materia, mediante un Decreto Legislativo se podrían adoptar medidas de descongestión e incluso flexibilización de algunos requisitos que se requieran. Algo similar podría definirse en relación con los mecanismos actuales de prisión domiciliaria de acuerdo con las reglas del Código Penal.
5. *Focalización de beneficios adicionales a los establecidos en el régimen actual en crimen no violento.* En caso de que se consideren beneficios adicionales a los establecidos en el régimen vigente, estos deberían concentrarse en delitos no violentos con penas inferiores a años 5 años. Este régimen, en todo caso, requeriría exclusiones como las de el concierto para delinquir que se usa en casos de terrorismo y delincuencia organizada, y los delitos de violación de medidas sanitarias y propagación de epidemia, que son críticos en la coyuntura para garantizar el cumplimiento de las medidas de confinamiento.
6. *Protección de los derechos humanos de la PPL y ejercicio de la posición de garante del Estado.* Las medidas domiciliarias transitorias que se aplicarían por cuenta de los instrumentos mencionados requieren que, en todos los casos, se valoren las necesidades de protección alimentaria y en salud de estas personas. En estos casos, las medidas se aplicarían en un momento crítico de la economía, por lo que no puede haber una expectativa razonable de que estas personas puedan involucrarse en una actividad productiva. Por esta razón, se deben adoptar medidas para garantizar la alimentación de quienes sean beneficiarios de las medidas y, no sólo su afiliación al régimen subsidiado de salud, sino un seguimiento mínimo de su estado de salud.
7. *Definición de lugares adecuados para atender los casos de las personas sin un domicilio.* Es posible que algunas de las personas que sean potencialmente beneficiarias de las medidas no cuenten con un domicilio para que estas puedan ser ejecutadas. En estos casos se debe disponer de lugares adecuados para alojar temporalmente estas personas. Para ello se deberían considerar al menos dos fuentes de financiación. De un lado, los recursos de la USPEC que cuenta actualmente con proyectos de inversión de este tipo y con dinero para financiarlos (y que en el pasado ha tenido una bajísima ejecución presupuestal). Adicionalmente, se podrían considerar bienes a cargo de la SAE que puedan ser adaptados rápidamente para esta finalidad.

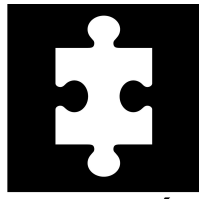




8. *Las medidas transitorias no deben imposibilitar la ejecución de nuevas capturas con la correspondiente legalización.* No se puede obstruir a la justicia ni dejar desprotegida a la sociedad colombiana frente a los delincuentes. La Fiscalía General de la Nación continuará cumpliendo con sus obligaciones constitucionales en relación con la captura y procesamiento de quienes cometan actos delictivos.
9. *Las medidas transitorias se deben enfocar en la población vulnerable.* Las medidas transitorias deben estar dirigidas únicamente a población que se encuentre en centros penitenciarios o transitorios privadas de la libertad, que objetivamente se encuentren en condiciones de salud que los ubique en un alto riesgo frente al COVID-19, esto de acuerdo con la evidencia empírica nacional e internacional y a la verificación realizada por médicos especializados. En este sentido, las medidas deben centrarse en la población carcelaria de edad avanzada, así como las mujeres gestantes. Adicionalmente, dentro del marco de excepcionalidad debe tener un valor protagónico la protección de la población adolescente que se encuentra sujeta a medidas privativas de la libertad, lo que implica un proceso de coordinación y apoyo con el ICBF en sus competencias.
10. *Respeto de las facultades constitucionales de la Fiscalía.* Las medidas transitorias deben respetar las competencias constitucionales y legales de la Fiscalía General de la Nación, de esta manera la responsabilidad de custodia, traslado y administración de la población carcelaria del país no puede trasladarse al Ente Acusador.
11. *Respeto de los derechos de las víctimas.* Las decisiones de sustitución de las medidas deben tener especial consideración con los derechos de víctimas vulnerables como mujeres, niños, niñas y adolescentes, así como el alto riesgo de fuga del procesado, por ello siempre debe dejarse un marco de discrecionalidad al juez en su decisión y que la medida no opere automáticamente.
12. *Garantía de la doble instancia.* Se debe garantizar el derecho a la doble instancia de las decisiones que se tomen con respecto a la libertad, como garantía fundamental integrante del derecho al debido proceso.

Atentamente,

**FRANCISCO ROBERTO BARBOSA DELGADO**  
Fiscal General de la Nación



**FISCALÍA**

**GENERAL DE LA NACIÓN**

En la calle y en los territorios

Anexo único: comparación medidas adoptadas en Europa y Latinoamérica para atender la situación de la PPL