

Bogotá, D.C. 8 de abril de 2020

Respuesta a las observaciones de la Fiscalía General de la Nación frente a la crisis carcelaria y llegada del coronavirus y recomendaciones para un plan de excarcelación extraordinaria

Con la llegada del virus SARS-Cov-2 a Colombia y ante el riesgo que este representa para la población privada de la libertad, la Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013 (en adelante, “la Comisión”)¹ recomendó a varias entidades del Estado adoptar medidas urgentes para garantizar la vida e integridad de la población reclusa.² Entre estas, la Comisión destacó la necesidad de implementar estrategias para reducir los altos niveles de hacinamiento en el sistema penitenciario y carcelario y en otros centros de reclusión, dado que éste es uno de los factores que no sólo fomenta la velocidad de contagio del virus, sino que también amenaza con reducir la capacidad de los sistemas de salud de atender de manera adecuada a la población reclusa. Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación presentó el 6 de abril de 2020 observaciones al proyecto de decreto legislativo, diseñado por la Presidencia de la República y el Ministerio de Justicia y del Derecho³.

Por medio de esta carta abierta, la Comisión muestra la falta de sustento o de coherencia de los planteamientos de la Fiscalía con los retos particulares de la crisis y reitera la necesidad de que el Estado actúe de manera rápida y efectiva en la protección de las personas privadas de la libertad.

Esta carta se divide en: i) respuesta a los argumentos de constitucionalidad ofrecidos por la Fiscalía General de la Nación, ii) respuesta frente a los argumentos de conveniencia y pertinencia, iii) comentarios sobre la viabilidad de las propuestas hechas por la Fiscalía General de la Nación, y vi) recomendaciones para la adopción de medidas de deshacinamiento.

Antes de continuar, la Comisión advierte que los comentarios y respuestas presentados aquí, están motivados exclusivamente por el interés de garantizar los derechos de la población privada de la libertad frente a la crisis por la llegada del SARS-Cov-2 a la luz de las problemáticas estructurales de la crisis carcelaria. Por ende, los comentarios de la Comisión no están dirigidos a defender o justificar las propuestas específicas hechas por otras instituciones, sino a brindar elementos de juicio a las autoridades relevantes para que estas adopten estrategias razonables, viables y efectivas para proteger la salud y la vida de la población reclusa.

¹ La Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013 está integrada por diferentes personas y organizaciones de la sociedad civil para hacer seguimiento a la evolución del estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria. Puede consultar los diferentes informes e intervenciones elaborados por la Comisión, en el siguiente link: https://www.humanas.org.co/alfa/61__Comision-de-seguimiento-a-la-T-388-13.html

² Ver solicitudes en: https://www.humanas.org.co/alfa/dat_particular/arch_contenidos/i_e_6295_q_CSST-388_-_Recomendaciones_de_deshacinamiento.pdf

³ Fiscalía General de la Nación. 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”.

I. Respuesta a los argumentos de constitucionalidad de la Fiscalía General de la Nación frente al decreto de excarcelación

En sus observaciones, la Fiscalía General de la Nación presenta varios reparos relacionados con la constitucionalidad del proyecto de decreto legislativo. La Comisión considera innecesario pronunciarse sobre los siguientes reparos⁴: i) la falta de conexidad material y de finalidad de la liberación de personas con la crisis del COVID-19; ii) las medidas de excarcelación del decreto son innecesarias y desproporcionadas para proteger a la población reclusa, iii) las medidas propuestas son incompatibles con la legislación penal vigente; y iv) las medidas propuestas son discriminatorias con ciertos sectores de la población reclusa, como adolescentes, personal de las Fuerzas Armadas, personas con discapacidad, entre otros.

Para la Comisión, independientemente de la calidad o validez de las medidas propuestas en el proyecto de decreto, la mayoría de las observaciones de la Fiscalía General carecen de sustento y denotan un grave desconocimiento de los riesgos y problemáticas que enfrenta la población reclusa en Colombia, del carácter estructural de la crisis carcelaria y del rol, deberes y responsabilidades de la Fiscalía frente a esta situación.

i) La conexidad entre el hacinamiento y el riesgo de propagación del SARS-Cov-2

La Fiscalía General de la Nación argumenta que el proyecto de decreto no guarda una relación con la crisis del SARS-Cov-2 debido a que las medidas de deshacinamiento del decreto (a saber, la reducción de requisitos para acceder a subrogados penales) responden a problemáticas del estado de cosas inconstitucional, pero no a la propagación del virus. Así, la Fiscalía afirma que estas medidas “(...) estarían siendo usadas para resolver un problema estructural (el hacinamiento carcelario y penitenciario) y no para afrontar la coyuntura sanitaria actual (...)”.⁵ De este modo, sugiere que no existe una relación entre el hacinamiento y la propagación del virus, aunque no brinda evidencia empírica, estudios clínicos u otro tipo de información que permita establecer que este vínculo no existe.

Independiente de los objetivos explícitos o implícitos del proyecto de decreto, la Comisión encuentra que la afirmación de la Fiscalía es falsa, pues desconoce que el hacinamiento, el cual es en sí mismo una vulneración a la dignidad humana, sí facilita la propagación de una enfermedad infecto-contagiosa que se transmite por el contacto cercano con personas infectadas (tal como el caso del virus SARS-Cov-2). Debe recordarse que esta característica del SARS-COV-2 fue el factor determinante para que las medidas de prevención a nivel nacional y municipal (por ejemplo, la cuarentena nacional) se hayan enfocado en el distanciamiento social, distanciamiento que es evidentemente imposible en un centro de reclusión con altos índices de hacinamiento. Más aún, el hacinamiento también implica una sobre-demanda de los recursos del sistema penitenciario y carcelario, entre los cuales se encuentran los servicios de atención médica necesarios para atender a la población privada de la libertad que llegara a padecer de COVID-19.

⁴ La Comisión se abstiene de pronunciarse sobre la asignación de funciones a la Fiscalía General de la Nación, que es otro de los reparos de constitucionalidad del decreto mencionados por esta entidad, ya que este carece de trascendencia para efectos de la crisis constitucional y los derechos de la población reclusa.

⁵ Fiscalía General de la Nación. Observaciones al proyecto de decreto legislativo, p. 3.

En esta medida, reducir el hacinamiento no sólo es una política necesaria para prevenir el contagio del virus, sino también para reducir la carga sobre el sistema de salud de la población reclusa y poder garantizar el acceso a las personas privadas de la libertad que podrían llegar a presentar cuadros complejos de infección. De este modo, las medidas de deshacinamiento son medidas de protección de la población reclusa en su conjunto (especialmente de la población con factores de vulnerabilidad frente al COVID-19), la cual se ampara en el riesgo sistémico que presentan los establecimientos de reclusión y en que la población reclusa se considera sujeto de especial protección constitucional.

ii) Necesidad y proporcionalidad de la libertad extraordinaria de personas como medida de deshacinamiento

En segundo lugar, la Comisión también encuentra serias deficiencias en las observaciones en materia de proporcionalidad y necesidad. Según la Fiscalía General de la Nación, la adopción de medidas de deshacinamiento serían innecesarias porque no reducen el riesgo de propagación del SARS-Cov-2 y desproporcionadas porque, entre otros, pone en peligro la seguridad ciudadana. Para la Comisión, estas observaciones son falaces, puesto que ignoran el riesgo real que enfrenta la población privada de la libertad y utilizan argumentos contrarios al ordenamiento constitucional colombiano.

Por una parte, la Fiscalía General presenta argumentos falaces e insuficientes para sostener que sustituir la reclusión intramural por reclusión domiciliaria son medidas innecesarias para enfrentar la propagación del virus. Para esto, afirma que dicha sustitución “no evita ni reduce el riesgo de propagación del COVID-19”,⁶ y que conceder la detención y la prisión domiciliaria “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”⁷. Sin embargo, no es cierto que reducir el hacinamiento no reduzca el riesgo de contagio, puesto que en sí mismo, el hacinamiento es un factor que facilita que las enfermedades se transmitan por contacto entre las personas.

Para la Comisión, reducir el hacinamiento permite lograr múltiples objetivos frente a la pandemia de SARS-Cov-2. Estos son: a) reducir el riesgo de que las personas liberadas puedan contraer el virus por contacto directo con otras personas, pues les permite un mayor aislamiento social; b) aumenta el espacio disponible para dispersar a la población que permanece en reclusión, reduciendo el riesgo de contagios entre sí; c) mejora la higiene de los establecimientos, factor que también facilita la reducción del contagio; d) reduce la carga del sistema en materia de insumos de higiene y prevención, de modo que sean suficientes; y e) reduce la demanda de servicios de salud en los establecimientos frente a un eventual contagio, siendo un factor que posibilitará evitar muertes. En este entendido, si bien las medidas no son sanitarias en sí mismas, no es cierto que no contribuyan a la garantía del goce efectivo del derecho fundamental a la salud, pues al reducir el riesgo de contagio para la persona liberada y para las personas que permanecen en reclusión, se aumenta la protección.

La Comisión también destaca que, en el contexto global de la pandemia del SARS-Cov-2, otros países también han reconocido la necesidad de implementar medidas que reduzcan drásticamente y rápidamente el hacinamiento. Entre estos, la Comisión destaca:

⁶ Ibid. p. 5

⁷ Ibid. p. 5

- En Los Ángeles, las prisiones “han recibido instrucciones para liberar a aquellos presos que les quedaban 30 días de condena. Además, los agentes tienen la orden de disminuir también la cantidad de arrestos, que han bajado de 300 a 60 en dos semanas. (...) Por otro lado, cientos de presos del condado de Cuyahoga, en Ohio, fueron liberados el sábado por la mañana por la preocupación de la propagación del COVID-19 dentro de las cárceles. En ese caso, los jueces del condado celebraron una sesión especial para resolver casos con declaraciones de culpabilidad, liberar a los reclusos, mantenerlos a prisión o liberarlos en arresto domiciliario.” (<https://rpp.pe/mundo/estados-unidos/coronavirus-covid-19-varias-carceles-de-eeuu-liberan-a-sus-presos-para-disminuir-el-contagio-noticia-1252000>)
- En Indonesia se creó un decreto con el cual salieron de prisión 30.000 personas, para evitar el hacinamiento y así poder hacer frente al virus en prisiones (<https://jakartaglobe.id/news/indonesia-releases-30000-prisoners-as-covid19-cases-double-in-a-week>).
- En Italia se anuncian medidas para otorgar libertad con vigilancia electrónica a alrededor de 6.000 personas (https://www.repubblica.it/politica/2020/03/14/news/coronavirus_carceri_bonafede_braccialetti_elettronici-251285532/), a pesar de que no tienen cifras de hacinamiento como las colombianas, ni una población penitenciaria tan alta, pues las personas privadas de la libertad son alrededor de 60.769 y la capacidad penitenciaria es de 50.668 cupos (https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?facetNode_1=0_2&facetNode_2=0_2_10&facetNode_3=3_1_6&facetNode_4=0_2_10_3&contentId=SST238852&previousPage=mg_1_14).
- En Irán fueron liberadas 85.000 personas presas ([iran-libera-temporalmente-a-85000-reos-incluidos-presos-politicos-por-crisis-de-coronavirus](#)).

Por otra parte, en materia de proporcionalidad, la Fiscalía General de la Nación afirma que estas medidas no son proporcionales porque: a) la sustitución de medidas no protege la salud de la población privada de la libertad, b) la libertad de personas pone en peligro la seguridad ciudadana, y c) los criterios contenidos en el decreto para excluir este beneficio son arbitrarios.⁸ Para la Comisión, estos argumentos son insuficientes para demostrar la falta de proporcionalidad de las medidas de liberación transitoria, pues el primero es falso (como se mostró más atrás) y, aunque el tercero tiene méritos, este implica que se debe reformular el decreto para eliminar la exclusión irrazonable de beneficios, no limitar la posibilidad de una excarcelación por razones humanitarias.

A pesar de esto, el segundo argumento es el que presenta las mayores fallas, pues al plantear la proporcionalidad de las medidas de libertad en referencia a la seguridad ciudadana, la Fiscalía General plantea un juicio de proporcionalidad equívoco. Esto se debe principalmente a que la Fiscalía, por ignorar el potencial riesgo que genera el hacinamiento frente al SARS-Cov-2, considera que las medidas son desproporcionadas por su falta de idoneidad.

Para la Comisión, la oposición planteada por la Fiscalía General de la Nación entre seguridad ciudadana y los derechos de la población reclusa es un conflicto aparente. Esto se debe a que la protección de la seguridad ciudadana no exime al Estado de su obligación de garantizar los derechos fundamentales, pues estos últimos tienen como fin limitar y orientar el ejercicio del poder público, incluso cuando estos están amparados en fines colectivos legítimos como la seguridad y el orden

⁸ Ibid. pp. 6-7

público. En esta medida, resulta cuestionable que a juicio de la Fiscalía, una afectación a la seguridad ciudadana habilite al Estado para no adoptar las medidas relevantes que permitan reducir el grave riesgo que enfrenta la población privada de la libertad frente a la llegada del SARS-Cov-2, el cual se puede materializar en graves afectaciones a la salud e incluso a la vida.

Adicionalmente, incluso si se aceptara la existencia de este conflicto, la observación de la Fiscalía General también resultaría errada, dado que no estima la afectación real sobre la seguridad ciudadana que tendrán las medidas de excarcelación. En su documento, la Fiscalía sólo infiere esta afectación al argumentar que estas medidas “pueden alentar la criminalidad al propiciar una sensación generalizada de impunidad”.⁹ Así, el documento tampoco cumple con la carga argumentativa de demostrar la desproporción con evidencia empírica concreta, sino sólo se refiere a ella en términos de “sensaciones” especuladas y en efectos no demostrados. En este escenario, los derechos a la vida y a la salud de las personas privadas de la libertad serían vistos como “sacrificables” para proteger a la ciudadanía de daños inciertos (por ejemplo, la referida “sensación generalizada de impunidad”, la percepción de inseguridad o incluso una futura conducta delictiva incierta), situación claramente inaceptable a la luz de la Constitución de 1991.

Para la Comisión, esta observación también muestra un grave desconocimiento de los principios propios de un Estado social y democrático de derecho, pues asume una posición “peligrosista” frente a la población reclusa - incluso frente a personas que están bajo detención preventiva y que, por tanto, gozan del derecho de presunción de inocencia. Al respecto, la Comisión considera necesario recordar que la finalidad de la privación de la libertad en el ordenamiento constitucional colombiano es únicamente la resocialización, no la garantía de la seguridad ciudadana.¹⁰

iii) Incompatibilidad de las medidas del decreto con la legislación penal vigente

En tercer lugar, la Comisión ve con preocupación las observaciones de la Fiscalía General de la Nación sobre la supuesta incompatibilidad de las medidas con la legislación penal vigente, pues algunos de estos argumentos carecen del rigor adecuado y omiten la grave situación de afectación a los derechos fundamentales de la población carcelaria en Colombia. Así, si bien algunos argumentos tienen mérito (por ejemplo, el referente a la larga lista de exclusiones por tipo de delito del decreto),¹¹ la Fiscalía argumenta que el Gobierno Nacional no ha justificado por qué la legislación penal vigente es insuficiente para enfrentar la crisis.

Para la Comisión, la insuficiencia de la legislación penal vigente es demostrada por la existencia del hacinamiento mismo, el cual, contrario al juicio de la Fiscalía, es uno de los principales factores de riesgo de contagio en el sistema penitenciario y carcelario. Con la declaratoria del segundo estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria y carcelaria, la Corte Constitucional reconoció que la causa fundamental de la crisis fue el exceso en el uso de la privación de la libertad en el sistema penal,

⁹Ibid. p. 6

¹⁰ Según la Corte Constitucional, los fines de la pena consagrados en el artículo 4 del Código Penal se cumplen en momentos diferentes de la política criminal: la finalidad de prevención general se cumple con la consagración del delito y la pena en la legislación (fase primaria), la finalidad retributiva se cumple con la asignación judicial de la pena (fase secundaria), y la resocialización o prevención especial positiva se cumple durante la ejecución de la pena privativa de la libertad. Ver: Sentencias C-430 del 12 de septiembre de 1996, MP, Carlos Gaviria Díaz; C-806 del 3 de octubre de 2002, MP. Clara Inés Vargas Hernández; T-718 del 24 de noviembre de 2015, MP. Jorge Iván Palacio, entre otras.

¹¹Ibid. p. 5

especialmente como mecanismo para garantizar la seguridad ciudadana.¹² Esto incluyó, entre otras, las reiteradas reformas legislativas para aumentar las penas consignadas en la legislación, la creación de un creciente régimen de exclusión de beneficios administrativos y subrogados penales, el uso excesivo de la detención preventiva y otras modalidades. Por esta razón, uno de los frentes de acción para la superación del estado de cosas inconstitucional establecido por la Corte Constitucional ha sido la implementación de reformas legales que amplíen el uso de medidas alternativas al encarcelamiento, entre otros.

Por lo anterior, para la Comisión es evidente que la legislación penal vigente es insuficiente para reducir el hacinamiento, dado que ha sido la misma legislación penal una de sus causas centrales. En este sentido, las medidas existentes propuestas por la Fiscalía - por ejemplo, la sustitución de la detención para mayores de 65 años - no han evitado que exista hacinamiento ni ha evitado que personas mayores de esa edad sigan reclusas en las cárceles. Sin embargo, frente al SARS-Cov-2, es indispensable no sólo reducir el hacinamiento en general, sino también sacar de estas condiciones a personas especialmente vulnerables al virus, tales como adultos mayores, personas con VIH, personas con diabetes y otras enfermedades asociadas al aumento de la probabilidad en la agravación de los síntomas del COVID-19.

iv) El contenido de las medidas como un efecto discriminatorio

Finalmente, el último reparo de la Fiscalía General de la Nación que presenta debilidades importantes es el referente a su potencial efecto discriminatorio. Según la Fiscalía, la medida de excarcelación de personas resulta discriminatoria porque no contempla medidas para la población adolescente privada de la libertad, la población en Centros de Reclusión de la Fuerza Pública, la población indígena, la población privada de la libertad bajo la Ley 600 de 2000 y la población con discapacidad. Sin embargo, la Fiscalía no presenta ningún argumento para sustentar que exista un trato discriminatorio.

Para la Comisión, las observaciones de la Fiscalía General de la Nación presentan alguna verosimilitud como una crítica al alcance del decreto propuesto, pero no como un reparo a la constitucionalidad del mismo. Esto se debe a que la Comisión reconoce y solicitó a las autoridades relevantes, que las medidas excepcionales deben cobijar a **la totalidad de la población privada de la libertad**, no sólo a la que se encuentra reclusa en establecimientos del orden nacional. Por supuesto, esto implica que las medidas de deshacinamiento deben ser adoptadas en todos los establecimientos que lo presenten, sean estos centros de reclusión transitoria (estaciones de policía y URIs), establecimientos del orden territorial, establecimientos del sistema de responsabilidad penal adolescente y los establecimientos a cargo de la Fuerza Pública. Sin embargo, la Fiscalía no expone razones de fondo para argumentar que el decreto es discriminatorio, pues no aclara por qué un proyecto de liberación masiva no aplicaría a población indígena, personas con discapacidad, y por qué de esto se derivaría un efecto discriminatorio para estas poblaciones.

II. Respuesta a los argumentos de conveniencia y pertinencia del borrador de decreto legislativo

Además de los reparos de constitucionalidad, las observaciones presentadas por la Fiscalía General de la Nación frente a la conveniencia y pertinencia del proyecto de decreto legislativo también presentan algunas fallas, pues en general, estas hacen referencia a dificultades que deberían ser superadas para

¹² Corte Constitucional, Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015.

implementar una estrategia de deshacinamiento con la concesión de libertades extraordinarias, no argumentos para la inconveniencia de estas medidas. Sin embargo, la Comisión considera necesario hacer aclaraciones sobre algunas observaciones, pues si bien no son presentadas como argumentos válidos por parte de la Fiscalía en contra de las medidas extraordinarias de excarcelación, sí resaltan dificultades importantes que un plan de deshacinamiento frente al SARS-Cov-2 debería resolver. Estas son:

- *Observación sobre el “Desconocimiento de la congestión en los despachos judiciales del país”*

A diferencia de otras objeciones, la Comisión comparte con la Fiscalía General de la Nación la preocupación por la viabilidad de implementar las medidas de excarcelación. Sin embargo, para la Comisión, la lentitud del sistema judicial para efectuar cualquier medida de excarcelación es un obstáculo que debe ser contrarrestado con medidas de priorización o procedimientos adoptados por la Rama Judicial, en virtud de un plan de deshacinamiento del sistema penitenciario y carcelario frente al inminente riesgo que representa el SARS-Cov-2.

También es cierto que, más allá de las medidas que le corresponde tomar con urgencia al Gobierno, el INPEC debe tomar medidas dentro de sus competencias y en el marco de la emergencia carcelaria y penitenciaria declarada. Al respecto, la Comisión ha sugerido la ampliación de beneficios administrativos, como extender los permisos de 72 horas a quienes ya gozan de ellos o pueden acceder a los mismos. Igualmente, con miras a responder no sólo a la emergencia sanitaria sino a las condiciones de reclusión infrahumanas, el legislador debería adoptar medidas tendientes a reducir el uso de la privación de la libertad y hacer sostenible el sistema penitenciario y carcelario.

- *Observación sobre “Certificación de las circunstancias de riesgo y capacidad del INPEC para certificar el estado de salud de la población privada de la libertad”*

Frente a estas dos observaciones, la Comisión reitera que los obstáculos administrativos y la carga de trabajo sobre el INPEC en estas circunstancias son otros de los obstáculos que debe superar la estrategia del Estado frente a la pandemia. Sin embargo, considera necesario resaltar que la Fiscalía presenta en estas objeciones graves contradicciones, pues, si bien considera que la excarcelación de personas es innecesaria para enfrentar la propagación del virus, reconoce la debilidad institucional del sistema de salud de los centros de reclusión. En este sentido, la Fiscalía reconoce que “la atención médica disponible se limita al servicio de urgencias básicas y de baja complejidad”, por lo cual “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 con la finalidad si un interno se encuentra en eventual riesgo de contraer el virus debido a la preexistencia de patologías de base (...)”¹³.

Para la Comisión, en este punto se evidencia la falta de consistencia de la Fiscalía General a la hora de valorar el riesgo que representa el SARS-Cov-2, pues si bien considera que el hacinamiento no es un factor que aumenta el contagio, también reconoce la precariedad del sistema de salud de los establecimientos. En este sentido, es precisamente la precariedad de este sistema el que exige, además de algunos ajustes institucionales que fortalezcan su capacidad de respuesta frente a la pandemia, reducir factores que facilitan el contagio (como el hacinamiento) de manera rápida y urgente.

¹³ Ibid. p. 9

- *Observaciones sobre la “Afectación del mínimo vital de la población privada de la libertad”*

Para la Comisión, la salvaguarda del mínimo vital de la población que sea liberada es de crucial importancia para un plan de descongestión del sistema penitenciario y carcelario, más aún en las circunstancias actuales. Como la Comisión lo ha señalado en algunos de sus informes, la población pospenada enfrenta un gran número de obstáculos para poder obtener un trabajo y derivar de él un sustento, situación que se ve agravada por la vigencia de la cuarentena a nivel nacional. Por esto, la Comisión considera necesario que cualquier estrategia de deshacinamiento, la cual debe incluir un componente de libertades para algunas personas privadas de la libertad, debe mantener un plan de apoyo a la población que luego de ser liberada no pueda sostenerse por sus propios medios.

Para la Comisión, la vulnerabilidad socioeconómica no sólo la padecen personas que reciban estas medidas extraordinarias, sino que también puede estar afectando a la población que accedió a reclusión domiciliaria o libertad condicional antes de la llegada de la pandemia. En este sentido, la Comisión considera que también deberán ofrecerse estos apoyos a quienes ya se encuentran bajo esta u otras medidas similares, medidas que se amparan no sólo en la coyuntura actual de la pandemia, sino que se derivan de la obligación del Estado de prestar tratamiento y apoyo pospenitenciario. Al respecto, la Comisión considera necesario recordar que este tipo de ayudas son en todo caso menos costosas que la manutención de una persona en privación de la libertad. En todo caso, la falta de recursos para brindar estos apoyos no puede ser un argumento que prevenga la excarcelación y mantenga a la población privada de la libertad en riesgo alto de contagio.

III. Problemas de viabilidad de la propuesta presentada por la Fiscalía General de la Nación

Finalmente, la Comisión considera también necesario pronunciarse sobre las propuestas que esta entidad presentó como alternativa. Estas son: i) utilizar las medidas de sustitución existentes en el ordenamiento (la reclusión domiciliaria u hospitalaria para personas con enfermedades graves, bien sean personas detenidas o condenadas), ii) medidas para fortalecer los procedimientos administrativos para la concesión de beneficios, iii) la creación de jueces de ejecución de penas de descongestión; iv) la digitalización de los expedientes del INPEC; v) aplicar las facultades administrativas del Director del INPEC para conceder beneficios administrativos; vi) la utilización de recursos de la USPEC para brindar seguridad alimentaria a la población bajo reclusión domiciliaria; vii) crear nuevos centros de reclusión transitorios; viii) ejecutar el presupuesto de la USPEC en su totalidad; y ix) destinar bienes bajo la administración de la Sociedad de Activos Especiales (SAE) para la reclusión transitoria de la población privada de la libertad.

Para la Comisión, si bien algunas de las propuestas de la Fiscalía General de la Nación son necesarias para modernizar el sistema penitenciario y carcelario (como la digitalización), así como para resolver algunos de los problemas que la congestión judicial genera en el hacinamiento (con la agilización de proceso por parte de los jueces de ejecución de penas), la propuesta en términos generales es insuficiente para enfrentar la amenaza del SARS-Cov-2 en los centros de reclusión. Esto se debe, principalmente, a que las medidas sugeridas no cuentan con la capacidad de reducir de manera rápida el hacinamiento, por lo cual no son medidas idóneas para reducir el riesgo efectivo objeto de la crisis.

Por ejemplo, dentro de las propuestas de excarcelación, la Fiscalía General de la Nación insiste en que el uso de medidas legales ordinarias es suficiente para reducir el riesgo de contagios de COVID-19 en el sistema. Sin embargo, esta propuesta no sólo carece de sustento porque no enfrenta el

hacinamiento. Esta tampoco es idónea para prevenir que una persona infectada contagie a más personas en un centro de reclusión mucho antes de que se presenten síntomas y se le conceda una excarcelación por la enfermedad, dado el largo periodo de incubación del virus (alrededor de 14 días). En este sentido, una vez la medida entra a operar, las condiciones de hacinamiento facilitan una rápida propagación del virus y en pocos días se presentaría un crecimiento acelerado de casos en el establecimiento. Lo mismo ocurre, por ejemplo, con los permisos administrativos brindados por el INPEC (por ejemplo, permisos de 72 horas o de fines de semana), los cuales están ceñidos a requisitos legales preestablecidos y carecen de la capacidad de reducir el hacinamiento de manera rápida, eficiente y permanente.

Por su parte, otras medidas de descongestión propuestas por la Fiscalía General también son inviables para responder a la crisis del SARS-Cov-2 de manera eficiente, como lo son la construcción de centros de reclusión adicionales y la destinación de bienes a cargo de la SAE para albergar de manera transitoria a la población reclusa. En ambas propuestas, la Fiscalía parece ignorar que estas medidas requieren que la USPEC y el INPEC ejecuten labores administrativas, presupuestales y de ejecución de adecuaciones, todas medidas complejas. Así, mientras que estas son adoptadas y la USPEC realiza la gestión contractual para la construcción de los centros, o mientras el INPEC amplía su planta de personal de custodia y vigilancia para la utilización de los bienes de la SAE, pueden pasar varios meses sin que se reduzca efectivamente el hacinamiento.

En este escenario, quizás las medidas que padecen de ambos problemas (la falta de idoneidad para reducir el hacinamiento efectivamente, y que pueda implementarse de manera rápida) son las relacionadas con la agilización de los procesos judiciales. Sin duda alguna, la Comisión ha señalado en el pasado que este es uno de los factores que contribuye al hacinamiento, pero no es su principal causa. Por el contrario, el uso excesivo de la detención preventiva, la reforma legal para aumentar penas, la reducción de la aplicabilidad de medidas alternativas al encarcelamiento y otros factores han influido en el hacinamiento. En este sentido, las propuestas relacionadas con contratación de jueces de ejecución de descongestión y la digitalización de los expedientes, si bien son necesarias, no son medidas que se puedan implementar en el corto plazo ni tampoco reducirán el hacinamiento de manera sustancial.

Por lo anterior, la Comisión concluye que las propuestas hechas por la Fiscalía General de la Nación, si bien son deseables, carecen de idoneidad suficiente para reducir el hacinamiento de manera rápida, por lo cual estas en ningún caso constituyen un plan efectivo y eficiente para reducir el riesgo de contagio del SARS-Cov-2 en el sistema penitenciario y carcelario.

IV. Recomendaciones para la expedición de medidas de excarcelación extraordinaria

Ahora bien, aunque la Comisión de Seguimiento ha expuesto las críticas a los argumentos de la Fiscalía General de la Nación contra el proyecto de decreto, esto no quiere decir que este carezca de aspectos que ameriten correcciones. Para la Comisión, dado que el proyecto debe reducir el hacinamiento de manera rápida para evitar un posible contagio masivo, las estimaciones del impacto del decreto difundidas en la opinión pública (la liberación de cerca de 10.000 personas privadas de la libertad) es poco ambiciosa, pues el hacinamiento para febrero de 2020, según el reporte del INPEC solo se resuelve si salen 43.342 personas (el hacinamiento global es del 53,7%).

Por lo anterior, la Comisión considera necesario que el Gobierno Nacional y las demás entidades involucradas deben ampliar el uso de libertades extraordinarias para un mayor número de personas privadas de la libertad, de modo que se reduzca o elimine completamente el hacinamiento de manera rápida. Para este objetivo, aunque existen múltiples posibles vías para lograr la liberación de 40.000 personas, la Comisión considera que es necesario:

- Eliminar o ajustar el sistema de exclusión de beneficios por tipo de delito. Especialmente, la Comisión considera que este sistema de exclusión no debería aplicarse a las personas bajo detención preventiva, dado que, según el marco constitucional, esta medida está amparada no en la gravedad de la conducta sino en la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la detención para evitar riesgos de fuga, obstrucción de la justicia o el peligro para la víctima o la sociedad. En este sentido, su aplicación depende de cada caso concreto, y el tipo delictivo no es una base suficiente para, por sí mismo, demostrar la configuración de estos riesgos y justificar la medida de detención. Por su parte, la Comisión también considera impropio que este régimen de exclusión sea aplicado a personas con condiciones de vulnerabilidad al COVID-19 (adultos mayores de 65 años, personas con enfermedades como VIH y diabetes, entre otros), pues la concesión de estas medidas permiten la protección de la vida e integridad de estas personas, fin primordial que no puede subordinarse a consideraciones de seguridad, retribución o de gravedad de la conducta. De igual forma, la Comisión tampoco considera apropiado excluir conductas de baja lesividad como el hurto calificado sin violencia o el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en pequeñas cantidades, ni tampoco el concierto para delinquir cuando acompaña conductas poco lesivas.
- Adicionalmente, acompañar las medidas de subrogados penales con medidas de flexibilización de los permisos administrativos (permisos de 72 horas, de fines de semana u otros que puedan tener periodos más largos), de modo que los Directores de los establecimientos puedan administrar directamente el hacinamiento si la aplicación de subrogados penales resultan insuficientes.
- Acompañar medidas de deshacinamiento en el sistema penitenciario y carcelario con el uso de medidas en cualquier otro establecimiento de reclusión que presente hacinamiento. Entre estos se encuentran los establecimientos a cargo de las entidades territoriales, los de la Fuerza Pública, los centros de detención transitoria (URIs y estaciones de policía), establecimientos del sistema de responsabilidad penal adolescente, etc. En este orden de ideas, es posible que uno de los requisitos para la concesión extraordinaria de estas medidas, independientemente del régimen procesal, legal o las autoridades administrativas involucradas, sea que el establecimiento presente hacinamiento.
- El diseño de estas medidas debe permitir que la libertad de personas sea rápida, por lo cual deben incluirse en el plan de descongestión los ajustes necesarios de instituciones involucradas en el proceso penal. Especialmente, la Comisión considera necesario que se adopten las medidas necesarias para que el INPEC, la Fiscalía General de la Nación y/o la Rama Judicial puedan ejecutar de manera rápida las medidas de excarcelación.
- Con base en la reducción del hacinamiento, la Comisión considera necesario que los Directores de los establecimientos también puedan utilizar los espacios deshacinados de cada establecimiento (por ejemplo, patios especiales que no tienen hacinamiento) para distribuir a la población reclusa, de modo que no sólo se reduzca el hacinamiento en términos globales, sino también a nivel de cada patio. Con la eliminación del hacinamiento como presupuesto, los establecimientos también deberán adoptar medidas de distanciamiento social, de modo que un eventual contagio pueda ser contenido y no se expanda a todo el establecimiento.

La Comisión de Seguimiento agradece su atención y espera que las consideraciones expuestas en esta carta sean de utilidad para la formulación de un plan que permita proteger a la población reclusa del riesgo de contagio masivo del SARS-Cov-2.

Cordialmente,



Adriana María Benjumea Rúa
Directora de la Corporación Humanas
Secretaría Técnica de la Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil
Sentencia T-388 de 2013

Organizaciones integrantes Comisión de Seguimiento:

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia.
Centro de Investigación en Política Criminal – Universidad Externado de Colombia
Colectivo Abolicionista Contra el Castigo
Comité de Solidaridad con los Presos Políticos – CSPP
Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento – CODHES
Corporación Humanas
Equipo Jurídico Pueblos
Semillero de Estudios Dogmáticos y Sistema Penal - Universidad de Antioquia