

Bogotá, 23 de octubre de 2020

Honorable Representante a la Cámara
LUIS ALBERTO ALBÁN
Congreso de la República de Colombia
Bogotá, D. C.
E. S. D.

Referencia:

Concepto emitido por el Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes respecto al Proyecto de Ley 230 de 2020 Cámara: “Por medio del cual se modifica y amplía, el decreto presidencial 546 del 14 de abril de 2020 y se dictan otras disposiciones”.

Por medio del presente nos permitimos rendir concepto sobre el *Proyecto de Ley 230 de 2020 Cámara: “Por medio del cual se modifica y amplía, el decreto presidencial 546 del 14 de abril de 2020 y se dictan otras disposiciones”* –en adelante *el Proyecto*–. En primer lugar, ha de señalarse que el Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes consideraría como positiva la aprobación e implementación de este proyecto de ley. Ello, pues el texto refleja en buena parte las necesidades de intervenir en un sistema penitenciario que se ha visto particularmente afectado por una pandemia que ha hecho que sea urgente tomar medidas eficaces e idóneas para poder cumplir con el deber constitucional de proteger y garantizar los derechos fundamentales a la vida, integridad física y dignidad de las personas privadas de la libertad.

En segundo lugar, quisiéramos enunciar los puntos que, tras una lectura detallada, han llamado nuestra atención y en los que quisiéramos concentrar nuestras reflexiones:

1. Un primer comentario, transversal a todos los artículos de *el Proyecto*, es el de que no debemos olvidar que la necesidad de pensar la situación de deshacinamiento o evacuación de las cárceles colombianas es un asunto primordialmente de salud pública, no de política criminal. Una vez se asume este enfoque, es fácil entender que el criterio principal para liberar a las personas es precisamente su condición de salud. Los criterios de priorización por (supuesta) peligrosidad o por el tipo de delito deberían ser criterios auxiliares a la necesidad principal de garantizar la vida y salud de las personas privadas de la libertad que sean más vulnerables a la pandemia. Si estas personas son oportunamente liberadas y se reducen las condiciones de hacinamiento en las cárceles, adicionalmente se mejoran las posibilidades de que quienes permanezcan allí sean atendidos adecuadamente, de forma tal que se garanticen sus derechos a la vida, la salud y la dignidad.

Sobre este punto, precisamente cuando el Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes (en conjunto con la clínica jurídica PAIIS de la Universidad de los Andes, el Grupo de Estudios Penales de EAFIT y el Instituto Internacional por los Derechos Humanos–Capítulo Colombia) intervino ante la Corte Constitucional de Colombia para conceptuar acerca de la constitucionalidad del Decreto Legislativo 546 de 2020, se señaló que el problema principal de esta norma era el siguiente:

“Desde una perspectiva de salud pública, y entendiendo el decreto bajo estudio como un medio para garantizar los derechos a la salud y la vida de la población privada de la libertad, se sostendrá que las medidas adoptadas en éste no son adecuadas ni conducentes para lograr su objetivo primordial, dadas las graves circunstancias actuales. Una lectura sistemática del articulado del decreto objeto de discusión evidencia la falta de idoneidad de las medidas adoptadas para proteger de forma efectiva la salud y la vida de las personas privadas de la libertad. Esto porque el principal criterio que parece guiar al Ejecutivo para adoptar dichas medidas es el de quiénes son los internos que deben salir, bajo cuestionables parámetros político-criminales de supuesta peligrosidad. Esto ha llevado al Gobierno Nacional a omitir el planteamiento y desarrollo normativo del criterio clave que debería guiar el decreto: ¿cuántos internos deberían salir de las prisiones para garantizar de forma efectiva y oportuna sus derechos a la salud, la vida y la dignidad, así como los de aquellos internos que permanezcan reclusos? Una vez establecido esto, el decreto debería establecer criterios de priorización de quiénes deben salir, pero siempre guiado por una perspectiva y fines de salud pública y no de política criminal pues nos encontramos ante una emergencia de salud pública, ni de seguridad ciudadana”.

Así, es muy importante recordar al Congreso de la República que ante la gravedad de la pandemia por COVID-19, el criterio principal que debería guiar la excarcelación de personas privadas de la libertad es el de salud pública, independientemente del delito que hayan cometido las personas, puesto que la protección del derecho a la salud, la vida y la dignidad no puede estar atado al estatus jurídico de la personas. En otras palabras, las cárceles deben ser deshacinadas hasta llegar a un punto en el que sea posible garantizar la vida, salud y dignidad de las personas privadas de la libertad dentro y fuera de prisión.

2. Uno de los cambios más relevantes que introduce *el Proyecto* es la extensión de la duración de las medidas del Decreto Legislativo 546 de 2020, que establece lo siguiente:

ARTÍCULO 6. *Modifíquese el artículo 3 del decreto presidencial 546 del 14 de abril de 2020, que quedará así:*

Artículo 3º. Término de duración de las medidas. La detención preventiva o la prisión domiciliaria transitorias en el lugar de residencia **se aplicarán hasta que el**

Gobierno nacional declare superada la declaratoria de emergencia sanitaria por causa del COVID 19.

Consideramos este cambio legislativo muy positivo y absolutamente necesario para poder seguir garantizando la vida, salud y dignidad de aquellos que salieron de prisión por el Decreto Legislativo 546 de 2020. En la actualidad es claro que la pandemia de COVID-19 durará más de un año en Colombia y, además, que cualquier medida de inmunización no llegará antes de 2022. Así, en la actualidad es imposible garantizar la vida y la integridad física de aquellos que tienen que volver a las cárceles luego de la aplicación del Decreto Legislativo 546 de 2020. Por ello, en principio, este beneficio, indispensable para que el Estado pueda cumplir con sus deberes y fines constitucionales, debería extenderse hasta el momento en el que sea posible garantizar tanto el derecho a la salud, vida y dignidad de las personas privadas de la libertad que retornen a las cárceles como las que han permanecido en ellas.

3. La reforma propuesta en el artículo 3 de *el Proyecto* es positiva puesto que mejora la posibilidad de garantizar los derechos de las personas privadas de la libertad, en particular de las personas sindicadas. Ello, pues de acuerdo con el mencionado artículo se realizará el siguiente cambio al Decreto Legislativo 546 de 2020:

Artículo 3: Modifíquese el artículo 7 del decreto presidencial 546 del 14 de abril de 2020, que quedará así:

ARTÍCULO 7º.- Procedimiento para hacer efectiva detención domiciliaria transitoria como sustitutiva de la detención preventiva. Para el caso de personas cobijadas con medida de aseguramiento de detención preventiva en centros de detención transitoria como de Estaciones Policía y Unidades de Reacción Inmediata o en establecimientos penitenciarios y carcelarios del orden nacional, a partir de la vigencia del presente decreto, en un plazo no mayor a tres (3) días hábiles, los y las jueces de conocimiento deberán elaborar las listas de las carpetas pertenecientes a los procesos penales que, según las estadísticas que conserve cada despacho, correspondan a personas privadas de la libertad que posiblemente reúnan los requisitos a que hace referencia el artículo 2º del presente decreto para conceder la detención y/o prisión domiciliaria transitoria. Los y las defensores ~~de oficio~~ **públicos**, así como de confianza podrán igualmente solicitar la concesión de las medidas a que hace referencia este artículo.

~~El procedimiento será preferente sin perjuicio de lo previsto en la ley y la Constitución en relación con peticiones de tutela y hábeas corpus.~~ **Para determinar el procedimiento a aplicar se tendrá en cuenta el principio de favorabilidad penal.** El o la juez de conocimiento, oficiará al Instituto Penitenciario y Carcelario-INPEC y a la unidad de fiscalías o al fiscal correspondiente, para que estos, a su vez, envíen las cartillas biográficas digitalizadas, o certificado médico según corresponda, así como cualquier otra la información o documentación pertinente para resolver la solicitud, en un plazo máximo de dos (2) días.

Esta redacción corrige buena parte de lo que el Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes había solicitado al impugnar ante la Corte Constitucional el Decreto Legislativo 546 de 2020 el 30 de abril de 2020. El Grupo de Prisiones había impugnado este punto del mencionado decreto bajo el argumento de que este era discriminatorio respecto a la situación jurídica de las personas que se encontraban detenidas preventivamente o que se encontraban sindicadas. Para solucionar esta situación, este artículo extiende el procedimiento de excarcelación a las personas sindicadas que se encuentren en las mismas condiciones jurídicas que los condenados que son liberados. Además también aplicará la favorabilidad en materia penal en la aplicación de estas medidas, principio garantizado por la Constitución Política como parte esencial de la protección del derecho fundamental al debido proceso. El procedimiento que se incluye es idéntico al procedimiento que se aplica con las personas condenadas dentro del alcance del Decreto Legislativo 546 de 2020.

Ambas reformas son muy positivas porque extienden el ámbito de aplicación del decreto de excarcelaciones para evitar discriminaciones negativas con base en el estatus jurídico de una persona. No obstante, el proyecto de ley puede ser más ambicioso para agilizar el procedimiento de excarcelaciones pues, durante los meses en que ha estado vigente el decreto objeto de reforma, dicho procedimiento ha demostrado ser poco expedito y no ha producido el número esperado de excarcelaciones. Por ejemplo, es conveniente nombrar más jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y funcionarios del INPEC que den apoyo a las oficinas jurídicas de los establecimientos de reclusión, con el respectivo respaldo logístico, así como mejorar los mecanismos de transmisión y disponibilidad de información relevante para estudiar las solicitudes de excarcelación.

4. *El proyecto*, en su artículo 2, amplía el número de personas que pueden ser beneficiadas con el Decreto Legislativo 546 de 2020 al incluir los siguientes supuestos de hecho:

- f) Condenados a penas privativas de la libertad de hasta diez (10) años de prisión.
- g) Exguerrilleros de las extintas FARC-EP, firmantes del Acuerdo para la Terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, por las conductas susceptibles de la aplicación del régimen de libertad dispuesto en los artículos 34 y 35 de la Ley 1820 de 2016, siempre y cuando no hayan reincidido en actividades delictivas tras la firma de dicho Acuerdo.
- h) Agricultores y agricultoras detenidos o condenados por delitos relacionados con la siembra, transporte o comercialización de la hoja cultivos de uso ilícito.
- i) Personas cabeza de hogar.
- j) Personas Condenadas y detenidas preventivamente que no hayan sido condenados en los cinco (5) años anteriores por alguno de los delitos contemplados en el artículo 6 de este decreto.

Como puede verse, *el Proyecto* amplía el alcance del Decreto Legislativo 546 de 2020 para dar cobijo a los condenados a penas privativas de la libertad hasta por 10 años. Este cambio es muy positivo, pues entiende mejor la necesidad de priorizar la garantía y protección de

los derechos a la vida, salud y dignidad de los internos que el artículo 6 del Decreto Legislativo 546 de 2020.

Así mismo, el proyecto de ley extiende la aplicación de este decreto para ex guerrilleros de las FARC-EP que hayan firmado el acuerdo de paz y no sean reincidentes. Esta medida puede ser conveniente como uno de los criterios de priorización de personas a ser liberadas, siempre y cuando antes se hayan establecido criterios prioritarios para liberar a las personas que, por su estado de salud, estén en mayor riesgo de contraer la enfermedad o de que su salud se deteriore gravemente a causa de ésta.

En todo caso, el Grupo de Prisiones insiste en que el criterio principal para recibir el beneficio de excarcelación debe ser por motivos de salud pública, y no por motivos de supuesta peligrosidad. En este sentido, las personas que señalan los numerales a, b, c, d y e, que pueden ser beneficiadas por las excarcelaciones, no deberían ser excluidas por el delito por el que fueron condenadas (y mucho menos sindicadas), pues lo que indican dichos numerales es que estas personas están bajo una situación de mayor riesgo por su condiciones particulares (como edad y estado de salud), sin importar el delito que hayan cometido. Sólo en el caso de las personas incluidas en el numeral f, se podrían establecer criterios de priorización (los delitos menos graves y que no incluyan formas de violencia serían priorizados para decretar excarcelaciones), mientras que sólo los delitos mas graves y que impliquen formas graves de violencia (en lugar de la extensa e indiscriminada lista de exclusiones) podrían llegar a ser excluidos, y sólo en los casos de personas condenadas, pues frente a las sindicadas debe primar el principio constitucional de presunción de inocencia.

5. En *el Proyecto* se modifica el artículo 6 del Decreto Legislativo 546 de 2020, con respecto a la lista de delitos excluidos de cualquier beneficio de excarcelación. Este artículo del Decreto Legislativo 546 de 2020 fue el más criticado por la academia y organizaciones sociales, en la medida que la lista de exclusiones incluida era tan restrictiva que lo era incluso más que la lista de exclusiones de cualquier beneficio o subrogado penal contenida en el artículo 68A del Código Penal colombiano.

La propuesta de *el Proyecto* excluye de dicha lista algunos delitos menores relacionados con narcotráfico, en especial el inciso 2 del artículo 376 del Código Penal, que excluía a la mayoría de microtraficantes y “mulas” (excluye los delitos de estupefacientes salvo los contemplados en el artículo 375 y el inciso 2 del artículo 376). Además, *el Proyecto* incluye entre los delitos excluidos el feminicidio agravado, un cambio que en nuestro criterio es innecesario puesto que este delito ya está cubierto bajo la exclusión del delito de feminicidio.

En nuestro criterio, la nueva lista de exclusiones propuesta por el *Proyecto* sigue siendo excesiva, puesto que al ser tantos los delitos excluidos, esto se convierte un impedimento

insalvable para lograr el objetivo de la norma: deshacinar o evacuar las cárceles para garantizar la vida, salud y dignidad de los que se encuentran dentro y fuera del sistema penitenciario.

Por último, creemos relevante revisar la pertinencia de incluir dentro de los delitos excluidos por este proyecto de ley los siguientes: tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos (artículo 358); empleo o lanzamiento de sustancias u objeto peligrosos (artículo 359); captación masiva y habitual de dineros (artículo 316), enriquecimiento ilícito de particulares (artículo 327); enriquecimiento ilícito (artículo 412); prevaricato por acción (artículo 413) y utilización indebida de información oficial privilegiada (artículo 420).

Aun así, insistimos que lo más razonable es que las personas que estén bajo especiales condiciones de riesgo frente a la enfermedad, deben ser excarceladas en todos los casos, sin importar el delito. Que sean excarceladas no implica que no sigan bajo el control del Estado, el cual debe garantizar que se cumplan con los fines de la pena y la protección de la sociedad.

6. Finalmente, debemos pronunciarnos sobre las cuestiones relativas a la discapacidad de las personas como criterio para obtener el beneficio de excarcelación. En esta materia resulta relevante ceñirse a lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y en la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, tratados de derechos humanos ratificados por Colombia e integrantes del bloque de constitucionalidad al tenor del inciso primero del artículo 93 Superior. Debe resaltarse las obligaciones del Estado colombiano frente a la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad¹, la eliminación de todas las formas de discriminación contra esta población, la garantía de integrarlas en la sociedad², y la promoción de condiciones de igualdad de las personas con discapacidad para el ejercicio y goce de derechos humanos y libertades individuales³. Estas también definen que las personas con discapacidad incluyen aquellas con deficiencias mentales, intelectuales, sensoriales o físicas, cuya interacción con

¹ Artículo 4 de la Ley 1346 de 2009, que ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

² Artículo 3 de la Ley 762 de 2002, por lo cual se ratificó Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

³ Artículo primero de la Ley 1346 de 2009, que ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

ciertas barreras impiden su participación plena en sociedad⁴. Igualmente, es de resaltar la declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20 del 9 de abril de 2020 ‘Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales del pasado’ que en, relación con los derechos económicos, sociales y culturales, establece que los mismos “deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son [...] **las personas con discapacidad...**” (negritas fuera de texto)⁵.

Teniendo como parámetro este marco normativo, se debe examinar el literal d del artículo 2 del Decreto Legislativo 546 de 2020, que permite la aplicación de la sustitución de 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 con movilidad reducida por discapacidad debidamente acreditada de conformidad con la historia clínica del interno y la certificación expedida por el sistema general de seguridad social en salud que pertenezca (contributivo o subsidiado) o personal médico del establecimiento penitenciario y carcelario, cuando se encuentren a cargo del Fondo Nacional de Salud del privado de la libertad”. Y, asimismo, el párrafo 2 del mencionado artículo que establece quiénes deben entenderse como personas con movilidad reducida por discapacidad. Entre los requisitos de este párrafo se exige que la disfuncionalidad sea permanente, pues expone que “ (...) se entenderá que tienen movilidad reducida por discapacidad quienes tengan disfuncionalidad permanente del sistema motriz, el aparato locomotor, el movimiento independiente o las actividades de cuidado personal; todas ellas de carácter permanente y acreditadas en histórica clínica.” Adicional a ello, se excluye a quienes tienen afectaciones óseas y a aquellos cuya alteración funcional no resulta clínicamente significativa para el movimiento independiente⁶.

Observamos que la norma mencionada es un criterio que limita el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 546 de 2020, cobijando exclusivamente al grupo particular de personas con movilidad reducida entre todo el universo posible de personas con discapacidad. La discapacidad no es un concepto que se limite a “quienes tengan disfuncionalidad

⁴ Ibidem.

⁵ Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20 9 de abril de 2020 Covid-19 y Derechos Humanos: Los Problemas y Desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_27_2020.pdf

⁶ Esto incluye, según el párrafo “caminar, desplazarse, cambiar o mantener posiciones del cuerpo, llevar, manipular o transportar objetos y realizar actividades cuidado personal”.

permanente del sistema motriz, el aparato locomotor, el movimiento independiente o las actividades de cuidado personal, todas de carácter permanente”, que son los únicos protegidos por este decreto. En las reformas al mencionado decreto que se contemplan en *el Proyecto* debería considerarse que el concepto de discapacidad es mucho más amplio, pues incluye también a aquellas personas que tengan “deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”⁷. Al protegerse únicamente a un grupo particular de las personas con discapacidad, sin justificación alguna, se excluye del ámbito de aplicación de las medidas de des-hacinamiento, y se discrimina, a la gran mayoría de esta población⁸.

Cordialmente,



Manuel Iturralde

Director del Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes

⁷ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 1°. Propósito.

⁸ Ni siquiera se cobijaría a la totalidad de las personas con discapacidad que tienen deficiencias físicas, pues el párrafo mencionado excluye a un sector de este grupo a partir de criterios como la temporalidad, la gravedad, y el origen óseo de la afectación.