



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá

Honorables magistrados

**CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**

Magistrada ponente: **DIANA CONSTANZA FAJARDO RIVERA**

**E.S.D.**

**Referencia: INTERVENCIÓN CIUDADANA PROCESO RE-277**

**Jorge Kenneth Burbano Villamarín**, actuando como ciudadano y **Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre seccional Bogotá** y **Claudia Patricia Orduz Bareto**, actuando como ciudadana y docente de la Universidad Libre, **miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre seccional Bogotá**, respetuosamente presentamos ante la Honorable Corte Constitucional la siguiente intervención con ocasión del control automático posterior de constitucionalidad del Decreto Legislativo 546 del 14 de abril de 2020, "Por medio del cual se adoptan medidas para sustituir la pena de prisión y la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitorias en el lugar de residencia a personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID-19, y se adoptan otras medidas para combatir el hacinamiento carcelario y prevenir y mitigar el riesgo de propagación, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

**A. Norma objeto de control automático de constitucionalidad**

La norma que será controlada es el Decreto Legislativo 546 del 14 de abril de 2020, "Por medio del cual se adoptan medidas para sustituir la pena de prisión y la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitorias en el lugar de residencia a personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID-19, y se adoptan otras medidas para combatir el hacinamiento carcelario y prevenir y mitigar el riesgo de propagación, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

**B. Consideraciones del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional**

En atención a que el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional a través de sus diferentes intervenciones ha destacado la importancia del Capítulo VI del Título VII de la Constitución Política, mediante el se regulan los requisitos de forma y de fondo, así como los controles de todo tipo, para prevenir que a la luz de la Constitución de 1991 se excedan las atribuciones del presidente de la República, y que la "excepción" o la "anormalidad" se convierta en la "regla" o la "normalidad".

Igualmente, tal como se ha indicado y reconocido, de acuerdo con el artículo 215 de la Constitución Política y la Ley 137 de 1994, el Presidente de la República está facultado para declarar el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica como medida excepcional, lo cual hizo mediante el Decreto Legislativo 417 del 17 de marzo hogaño, para afrontar el hecho grave y sobreviniente de la pandemia derivada del COVID-19, actuando en concordancia con las decisiones tomadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y las medidas nacionales, que bajo el soporte fáctico de la gravedad de la pandemia como hecho sobreviniente e imprevisto evidencia los efectos negativos en la salud, la vida, la economía y, en general, en el bienestar de los seres humanos a nivel planetario y, por supuesto, a nivel nacional.

Así mismo, se precisa que el Observatorio intervino en favor de la declaratoria de exequibilidad del Decreto 417 de 2020, motivo por el cual la presente intervención versará de manera exclusiva sobre la viabilidad del Decreto 546 del 14 de abril de 2020 referido al trámite y oportunidad de los artículos 38 y ss. del Código



Penal y 306 y ss. del Código Procesal Penal, que aluden a la pena sustitutiva de Prisión Domiciliaria y a las medidas de aseguramiento, respectivamente.

En consecuencia, el presente decreto se analizará en cuatro acápite: 1. ¿Qué tipos de medidas de aseguramiento y penas ha diseñado el legislador; 2. Procedencia del Decreto Legislativo 546 del 14 de abril de 2020; 3. Inconstitucionalidad de algunos apartes del Decreto Legislativo 546 del 14 de abril de 2020; y, 4. Ausencia de política criminal para evitar y controlar el hacinamiento penitenciario y carcelario, frente a un estado de cosas inconstitucional ya decretado.

### **1. ¿Qué tipos de medidas de aseguramiento y sanciones ha diseñado el legislador?**

Sea lo primero tener en cuenta que la Constitución Política de Colombia ha previsto en el artículo 28<sup>1</sup>, que la libertad es un derecho fundamental, derecho que según la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano<sup>2</sup> sólo se podrá limitar por disposición legal, lo que conduce a entender que si bien es cierto se habla de un derecho inherente al individuo, en aras a las reglas sociales previstas en la ley, la libertad entra a ser un derecho relativo.

Con ocasión a lo anterior, el artículo 2<sup>o</sup> del Código Procesal Penal<sup>3</sup> prescribe que solo podrá limitarse el derecho a la libertad, por un Juez de Control de Garantías, cuando se demuestre la necesidad que la persona que se encuentre involucrada en el proceso deba estar privada de su libertad en aras de garantizarse \*la comparecencia al proceso, \*la preservación de las pruebas o \*la protección de la comunidad o de la víctima. Estos son requisitos subjetivos<sup>4</sup> que no son suficientes, ni exclusivos para tal limitación, pues a más de ello la norma procesal ha indicado que dicha afectación a la libertad como medida preventiva debe valorarse, a fin de que se determine si la persona estará privada de la libertad en establecimiento carcelario o en el domicilio, o si por el contrario como medida preventiva se le puede imponer una medida de aseguramiento no privativa de la libertad.

En este orden de ideas, la regla no es ni puede ser la medida de aseguramiento o privación de la libertad, y menos aún en establecimiento de reclusión, al punto que sólo procederá la medida de aseguramiento privativa de la libertad, cuando adicional a los requisitos previstos en el artículo 2<sup>o</sup> de la norma

---

<sup>1</sup>ARTICULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

<sup>2</sup>ARTICULO 4. La libertad política consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los necesarios para garantizar a cualquier otro hombre el libre ejercicio de los mismos derechos; y estos límites sólo pueden ser determinados por la ley.

<sup>3</sup>ARTÍCULO 2. LIBERTAD. Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley. El juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. Igualmente, por petición de cualquiera de las partes, en los términos señalados en este código, dispondrá la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada. <Inciso CONDICIONALMENTE exequible> En todos los casos se solicitará el control de legalidad de la captura al juez de garantías, en el menor tiempo posible, sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes.

<sup>4</sup> ARTÍCULO 308. REQUISITOS. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia. 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia. PARÁGRAFO 1o. La calificación jurídica provisional contra el procesado no será, en sí misma, determinante para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso o de que no cumplirá la sentencia. El Juez de Control de Garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarán los requisitos para decretar la medida de aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga.



procesal, ya señalados, concurren algunos de los postulados previstos en el artículo 313<sup>5</sup> de la norma adjetiva, esto es que la investigación proceda por algún delito de competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializados (genocidios, entre otros), delitos adelantables de oficio en los cuales la pena mínima sea o exceda de 4 años de prisión (tráfico de armas, estupefacientes, delitos sexuales, entre otros), se trate de delitos contra los derechos de autor que evidencien una defraudación superior a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes o, o se trate de alguno de los delitos previstos en el parágrafo del artículo 314<sup>6</sup> del Código Procesal Penal.

Y, si bien es cierto la medida de aseguramiento impuesta permanece durante la vigencia del proceso, también lo es que la misma puede revocarse<sup>7</sup>, por lo que cuando sobrevengan hechos que desvirtúen las razones que motivaron la privación de la libertad, se podrá de acuerdo con los parámetros de los artículos 317<sup>8</sup> y 317A<sup>9</sup>

<sup>5</sup> ARTÍCULO 313. PROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos: 1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados. 2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años. 3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

<sup>6</sup> ARTÍCULO 314. PARÁGRAFO. No procederá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por detención domiciliaria cuando la imputación se refiera a los siguientes delitos: Los de competencia de los jueces penales del circuito especializados o quien haga sus veces, tráfico de migrante (C. P. artículo 188); acceso carnal o actos sexuales con incapaz de resistir (C. P. artículo 210); violencia intrafamiliar (C. P. artículo 229); hurto calificado (C. P. artículo 240); hurto agravado (C. P. artículo 241, numerales 7, 8, 11, 12 y 15); abigeato (C. P. artículo 243); abigeato agravado (C. P. artículo 243-A); estafa agravada (C. P. artículo 247); uso de documentos falsos relacionados con medios motorizados hurtados (C. P. artículo 291); fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso personal, cuando concorra con el delito de concierto para delinquir (C. P. artículos 340 y 365), o los imputados registren sentencias condenatorias vigentes por los mismos delitos; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas (C. P. artículo 366); fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares (C. P. artículo 367); peculado por apropiación en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales (C. P. artículo 397); concusión (C. P. artículo 404); cohecho propio (C. P. artículo 405); cohecho impropio (C. P. artículo 406); cohecho por dar u ofrecer (C. P. artículo 407); enriquecimiento ilícito (C. P. artículo 412); soborno transnacional (C. P. artículo 433); interés indebido en la celebración de contratos (C. P. artículo 409); contrato sin cumplimiento de requisito legales (C. P. artículo 410); tráfico de influencia (C.P. artículo 411); receptación repetida, continua (C. P. artículo 447, inciso 1o y 3o); receptación para ocultar o encubrir el delito de hurto calificado, la receptación para ocultar o encubrir el hurto calificado en concurso con el concierto para delinquir, receptación sobre medio motorizado o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos (C. P. artículo 447, inciso 2o).

<sup>7</sup> ARTÍCULO 318. SOLICITUD DE REVOCATORIA. Cualquiera de las partes podrá solicitar la revocatoria o la sustitución de la medida de aseguramiento, ante el juez de control de garantías que corresponda, presentando los elementos materiales probatorios o la información legalmente obtenidos que permitan inferir razonablemente que han desaparecido los requisitos del artículo 308.

<sup>8</sup> ARTÍCULO 317. CAUSALES DE LIBERTAD. Las medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda la actuación, sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo 1o del artículo 307 del presente código sobre las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos: 1. Cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga, o se haya decretado la preclusión, o se haya absuelto al acusado. 2. Como consecuencia de la aplicación del Principio de Oportunidad. 3. Como consecuencia de las cláusulas del acuerdo cuando haya sido aceptado por el Juez de Conocimiento. 4. Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de imputación no se hubiere presentado el escrito de acusación o solicitado la preclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 294. 5. Cuando transcurridos ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de presentación del escrito de acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio. 6. Cuando transcurridos ciento cincuenta (150) días contados a partir de la fecha de inicio de la audiencia de juicio, no se haya celebrado la audiencia de lectura de fallo o su equivalente. PARÁGRAFO 1o. Los términos dispuestos en los numerales 4, 5 y 6 del presente artículo se incrementarán por el mismo término inicial, cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los imputados o acusados, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de que trata la Ley 1474 de 2011 o de cualquiera de las conductas previstas en el Título IV del Libro Segundo de la Ley 599 de 2000 (Código Penal). PARÁGRAFO 2o. En los numerales 4 y 5 se restablecerán los términos cuando hubiere improbación de la aceptación de cargos, de los preacuerdos o de la aplicación del principio de oportunidad. PARÁGRAFO 3o. Cuando la audiencia de juicio oral no se haya podido iniciar o terminar por maniobras dilatorias del acusado o su defensor, no se contabilizarán dentro de los términos contenidos en los numerales 5 y 6 de este artículo, los días empleados en ellas. Cuando la audiencia no se hubiere podido iniciar o terminar por causa razonable fundada en hechos externos y objetivos de fuerza mayor, ajenos al juez o a la administración de justicia, la audiencia se iniciará o reanudará cuando haya desaparecido dicha causa y a más tardar en un plazo no superior a la mitad del término establecido por el legislador en los numerales 5 y 6 del artículo 317.

<sup>9</sup> ARTÍCULO 317A. CAUSALES DE LIBERTAD. Las medidas de aseguramiento en los casos de miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados tendrán vigencia durante toda la actuación. La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos: 1. Cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga, o se haya decretado la preclusión, o se haya absuelto al acusado. 2. Como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad, cuando se trate de modalidad de renuncia. 3. Como consecuencia de las cláusulas del acuerdo cuando haya sido aceptado por el juez de conocimiento. 4. Cuando transcurridos cuatrocientos (400) días contados a partir de la fecha de imputación no se hubiere presentado el escrito de acusación o solicitado la preclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal. 5. Cuando transcurridos quinientos (500) días contados a partir de la fecha de presentación del escrito de acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio por causa no imputable al procesado o a su defensa. 6. Cuando transcurridos quinientos (500) días contados a partir de la fecha de inicio de la audiencia de juicio, no se haya emitido el sentido del fallo. PARÁGRAFO 1. En los numerales 4 y 5 se restablecerán los términos cuando hubiere improbación de la aceptación de cargos, de los preacuerdos o de la aplicación del principio de oportunidad. PARÁGRAFO 2. No se contabilizarán los términos establecidos en los



del Código Procesal Penal, acudir ante el Juez Constitucional, invocando cualquiera de las diferentes alternativas, en procura de obtener el derecho a la libertad.

Ahora bien, partiendo del supuesto que la persona vinculada al proceso penal resulte vencida en juicio y por ello se disponga sobre aquella una sanción<sup>10</sup>, es preciso destacar que la misma en caso de corresponder a una pena<sup>11</sup> privativa de la libertad, prisión<sup>12</sup>, podrá ser sustituida<sup>13</sup> para que, en su defecto, bajo el cumplimiento de los requisitos objetivos previstos en el artículo 38B del Código Penal<sup>14</sup> relacionados con \*condenas que no superen como pena mínima en la norma 8 años de prisión, \*ni delitos considerados gravísimos y previstos por ello en el artículo 68 A del Código Penal, se valore el aspecto subjetivo, relacionado con que el condenado no pueda presentar una afrenta a la sociedad, tenga arraigo familiar y social para saber en qué lugar va a cumplir la pena y advierta buen comportamiento.

Solicitud que se podrá realizar al momento de la condena en la audiencia pertinente ante el Juez de Conocimiento, si se cumplen los requisitos antes citados a fin de que la pena no se cumpla en establecimiento penitenciario, o en caso que la pena o delitos excluyan tal posibilidad al momento de la condena, el mismo legislador ha previsto en el artículo 38G del Código Penal,<sup>15</sup> que se podrá solicitar con posterioridad la concesión de dicha sustitución ante el Juez Penal de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, cuando se haya cumplido la mitad de la condena, se pueda establecer su arraigo familiar o social, para conocer dónde va a

---

numerales 5 y 6 del presente artículo, cuando la audiencia de juicio oral no se haya podido iniciar o terminar por maniobras dilatorias del acusado o su defensor. PARÁGRAFO 3. La libertad de los miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados solo podrá ser solicitada ante los jueces de control de garantías de la ciudad o municipio donde se formuló la imputación, y donde se presentó o donde deba presentarse el escrito de acusación. Cuando la audiencia no se haya podido iniciar o terminar por causa objetiva o de fuerza mayor, por hechos ajenos al juez o a la administración de justicia, la audiencia se iniciará o reanudará cuando haya desaparecido el motivo que la originó. PARÁGRAFO 4. No se aplicarán las causales contenidas en los numerales 2 y 3 cuando el procesado se haya acogido al proceso de sometimiento contenido en el Título III de esta ley.

<sup>10</sup> ARTICULO 3. PRINCIPIOS DE LAS SANCIONES PENALES. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan

<sup>11</sup> ARTICULO 34. DE LAS PENAS. Las penas que se pueden imponer con arreglo a este código son principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales (...).

<sup>12</sup> ARTICULO 37. LA PRISION. La pena de prisión se sujetará a las siguientes reglas: 1. La pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso. 2. Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan la reducción de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en el presente código. 3. La detención preventiva no se reputa como pena. Sin embargo, en caso de condena, el tiempo cumplido bajo tal circunstancia se computará como parte cumplida de la pena.

<sup>13</sup> ARTICULO 36. PENAS SUSTITUTIVAS. La prisión domiciliaria es sustitutiva de la pena de prisión...

<sup>14</sup> ARTÍCULO 38B. REQUISITOS PARA CONCEDER LA PRISIÓN DOMICILIARIA. Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria: 1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos. 2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000. 3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado. En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo. 4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones: (...).

<sup>15</sup> ARTÍCULO 38G. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del condenado cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurren los presupuestos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo 38B del presente código, excepto en los casos en que el condenado pertenezca al grupo familiar de la víctima o en aquellos eventos en que fue sentenciado por alguno de los siguientes delitos del presente código: genocidio; contra el derecho internacional humanitario; desaparición forzada; secuestro extorsivo; tortura; desplazamiento forzado; tráfico de menores; uso de menores de edad para la comisión de delitos; tráfico de migrantes; trata de personas; delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; extorsión; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; terrorismo; usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas; financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada; administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada; financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso restringido, uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, salvo los contemplados en el artículo 375 y el inciso 2 del artículo 376; peculado por apropiación; concusión; cohecho propio; cohecho impropio; cohecho por dar u ofrecer; interés indebido en la celebración de contratos; contrato sin cumplimientos de requisitos legales; acuerdos restrictivos de la competencia; tráfico de influencias de servidor público; enriquecimiento ilícito; prevaricato por acción; falso testimonio; soborno; soborno en la actuación penal; amenazas a testigo; ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio; en los delitos que afecten el patrimonio del Estado. PARÁGRAFO. Los particulares que hubieran participado en los delitos de peculado por apropiación, concusión, cohecho propio, cohecho impropio, cohecho por dar u ofrecer, interés indebido en la celebración de contrato, contrato sin cumplimiento de requisitos legales, acuerdos restrictivos de la competencia, tráfico de influencias de servidor público, enriquecimiento ilícito, prevaricato por acción, falso testimonio, soborno, soborno en la actuación penal, amenaza a testigos, ocultamiento, alteración, destrucción material probatorio, no tendrán el beneficio de que trata este artículo.





cumplir la sentencia y tenga un buen comportamiento respaldado si se le impone con caución, verificándose en todo caso por el Juez que el lugar de cumplimiento de la sustitución de prisión no corresponda con el lugar donde se encuentre la víctima o se trate de alguno de los delitos considerados como graves y previstos en el artículo en cita.

Del mismo modo, resulta importante destacar que el propio ordenamiento penal prevé la libertad plena bajo el otorgamiento de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, por lo que la persona no tendrá ni prisión en establecimiento de reclusión, ni prisión domiciliaria como sanción privativa de la libertad, siendo en consecuencia condenado, pero también beneficiado de figuras como la suspensión condicional de la ejecución de la pena<sup>16</sup> o la libertad condicional<sup>17</sup>.

La suspensión condicional de la ejecución de la pena, se otorga cuando al condenado por el juez de conocimiento no se le impone una pena superior a cuatro años de prisión como requisito objetivo, aun cuando tenga antecedentes penales, o se encuentre inmerso en alguno de los punibles previstos en el artículo 68 A de la norma penal sustantiva, ya que si los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado son indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena privativa de la libertad, el Juez de conocimiento podrá otorgarle el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena.

De otro lado, también se puede valorar la posibilidad de otorgar al condenado el beneficio de la libertad condicional, la cual requiere que la persona vencida en juicio y condenada por delitos y penas que no admiten suspender el cumplimiento de la pena, al cumplir las tres quintas partes de esta, ante su buen comportamiento se haga merecedora a gozar de la libertad.

Por lo que, si se partiera de los parámetros previstos en la Constitución y las diferentes disposiciones penales y procesales penales, la privación de la libertad con medida de aseguramiento o condena en establecimiento carcelario o penitenciario se entendería que sería la excepción, razón por la que se debe verificar ante el hacinamiento carcelario que hoy se presenta en Colombia, si son acertadas las disposiciones previstas en el Decreto Legislativo 546 del 14 de abril de 2020.

## **2. Procedencia del Decreto Legislativo 546 del 14 de abril de 2020**

En atención al hacinamiento carcelario existente en Colombia, aunado a la difícil situación que se presenta en la vida y la salud de las personas que se encuentran privadas de la libertad en establecimiento carcelario o penitenciario, se

---

<sup>16</sup>ARTÍCULO 63. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años. 2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2o del artículo ~~68A~~ de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo. 3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena. La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible. El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política se exigirá su cumplimiento.

<sup>17</sup> ARTICULO 64. LIBERTAD CONDICIONAL. El juez, previa valoración de la conducta punible, concederá la libertad condicional a la persona condenada a pena privativa de la libertad cuando haya cumplido con los siguientes requisitos: 1. Que la persona haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la pena. 2. Que su adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena. 3. Que demuestre arraigo familiar y social. Corresponde al juez competente para conceder la libertad condicional establecer, con todos los elementos de prueba allegados a la actuación, la existencia o inexistencia del arraigo. En todo caso su concesión estará supeditada a la reparación a la víctima o al aseguramiento del pago de la indemnización mediante garantía personal, real, bancaria o acuerdo de pago, salvo que se demuestre insolvencia del condenado. El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como periodo de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto igual, de considerarlo necesario.



hace necesario adoptar “medidas para sustituir la pena de prisión y la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitorias en el lugar de residencia a personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID-19, y se adoptan otras medidas para combatir el hacinamiento carcelario y prevenir y mitigar el riesgo de propagación, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”.

En ese orden y luego de indicarse en la parte motiva del Decreto 546 de 2020, entre otros aspectos que, de acuerdo con lo manifestado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, en los últimos diez años se ha incrementado significativamente la población carcelaria, pasando de 84.444 a 120.667 personas privadas de libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios; que ya la Honorable Corte Constitucional en varias decisiones ha declarado el Estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario, indicado qué acciones se deben implementar para mitigar la grave situación de vulneración de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, entre las que se cuenta la excepcionalidad de la medida preventiva de aseguramiento, promoviendo la creación, implementación y/o ejecución de un sistema amplio de penas y medidas de aseguramiento alternativas a la privación la libertad.

Igualmente, se advierte que el actual confinamiento convierte a los establecimientos penitenciarios y carcelarios en una zona de fácil transmisión de la enfermedad coronavirus COVID-19, por las condiciones de salubridad e higiene difíciles de cumplir en dichos lugares. Entonces, la concentración de personal en establecimientos penitenciarios y carcelarios hace necesario implementar normas inmediatas, de carácter apremiante, para evitar el contagio y la propagación de la COVID-19, ante todo a la población más vulnerable, esto es a adultos mayores, mujeres en estado de embarazo o con hijos menores de tres años en el establecimiento carcelario y personas con enfermedades crónicas, como cáncer, VIH e insuficiencia renal crónica, diabetes, insulino dependientes, trastorno pulmonar, anticoagulación, hepatitis B y C hemofilia, artritis reumatoide, enfermedades tratadas con medicamentos inmunosupresores, enfermedades coronarias, personas con trasplantes, enfermedades autoinmunes, enfermedades huérfanas y cualquier otra que ponga en grave riesgo la salud o la vida del recluso, de conformidad con la historia clínica del interno y la certificación expedida por el sistema general de seguridad en salud al que pertenezcan (contributivo o subsidiado) o personal médico del establecimiento penitenciario y carcelario, cuando se encuentren a cargo del Fondo Nacional Salud la persona privada la libertad y personas con movilidad reducida<sup>18</sup>, entre otras.

Además, se valora para la emisión del Decreto lo indicado por: 1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos -CIDH- en su comunicado de prensa 66/20 de 31 marzo de 2020, mediante el cual requiere a los Estados enfrentar la gravísima situación de las personas privadas la libertad con ocasión a la pandemia del coronavirus COVID-19, instando particularmente a los Estados a reducir la sobrepoblación en los centros de detención como medida de contención de la pandemia, sugiriéndose en consecuencia acudir a medidas alternativas como la libertad condicional, arresto domiciliario, o libertad anticipada, entre otros para personas consideradas en el grupo de riesgo como personas mayores, personas con enfermedades crónicas, mujeres embarazadas o con niños a su cargo y para quienes estén prontas a cumplir condenas. 2. El comunicado del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (25/03/2020) que advierte de la propagación de la pandemia entre otros en los establecimientos penitenciarios y

<sup>18</sup>Artículo 1 del Decreto 546 de 2020. PARÁGRAFO 2°. Para los anteriores efectos 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 la histórica clínica. No serán consideradas como personas con movilidad reducida por discapacidad las afectaciones óseas o la ausencia de alguna parte del cuerpo que no sea permanente o que no altere la funcionalidad antes señalada y que no sea clínicamente significativa por los cambios producidos en el movimiento independiente como caminar, desplazarse, cambiar o mantener posiciones del cuerpo, llevar, manipular o transportar objetos y realizar actividades de cuidado personal.



carcelarios. 3. La guía provisional del 15 marzo hogaño, emanada de la Organización Mundial de Salud, denominada "Preparación, prevención y control de COVID-19 en prisiones y otros lugares de detención", destacó las personas con mayor proclividad a los efectos de la pandemia (entre los que se relacionan a los adultos mayores y aquellos con problemas médicos subyacentes, como presión arterial alta, problemas cardíacos o diabetes). 4. La Resolución 65-229 del 16 de marzo de 2020 de la Organización de las Naciones Unidas, que aprueba las reglas de Bangkok, considerando a las mujeres privadas de la libertad como un grupo poblacional en condiciones de vulnerabilidad, en especial las mujeres embarazadas y aquellas que conviven con sus hijos en los establecimientos de reclusión. 5. La Ley 1346 de 2009 que aprobó la convención sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad, adoptada por la Organización de las Naciones Unidas y reglamentada por la Ley Estatutaria 1618 de 2013. 6. El artículo 246<sup>19</sup> de la Constitución Política que permite que se aplique la Jurisdicción indígena a aquellas personas que hagan parte de dicha etnia, con el propósito que a través de sus normas se administre justicia de acuerdo con los parámetros allí establecidos y a la Constitución y leyes vigentes. 7. El acuerdo PCSJA20-11532 del 11 abril de 2020, del Consejo Superior de la Judicatura que prevé el actuar de las autoridades en el Estado de aislamientos derivado por la pandemia del COVID-19.

Resulta procedente proferir el Decreto 546 de 2020, a efecto que la salud y la vida de los privados de la libertad en desarrollo del proceso penal no se vean significativamente afectados con el contagio y propagación de la pandemia COVID-19. Se parte, en todo caso, para el otorgamiento de cualquier beneficio, de los lineamientos previstos por la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria, y la verificación del derecho a la salud de las personas privadas de la libertad, el bien jurídico lesionado con el actuar del procesado o condenado, la gravedad de la conducta realizada, la duración de la pena privativa de la libertad impuesta, el peligro para la seguridad de la sociedad y de la víctima, así como la magnitud del daño causado a las personas y a la comunidad.

Luego, ante la valoración de derechos como la vida y salud del procesado o condenado como consecuencia de la COVID -19, (que afronta su privación de libertad en situación de hacinamiento), versus la comisión o presunta comisión de un delito que pueda generar riesgo para la comunidad, víctima o debido proceso, resulta acertada la preocupación del ejecutivo, pues el hecho imprevisto le conduce a que se tomen decisiones prontas en aras de garantizar y proteger los derechos citados de manera urgente, por lo que ante el hacinamiento penitenciario y carcelario que se viene presentando desde hace décadas, lo cual es flagrante y de público conocimiento, sin asomo de solución, no podía continuar a espera en la toma de decisiones.

Téngase en cuenta que existen diversos pronunciamientos y llamados de atención ante el estado de cosas inconstitucional evidenciadas en dichos centros de reclusión, los cuales, desde 2010, conforme al aludido decreto, se denunciaron a través del INPEC, sin que se haya solucionado la problemática, razón por la que sólo de manera acelerada, ante una situación como la que hoy nos ocupa, se advierte la grave situación que se tiene en aquellos espacios, donde hoy se encuentran ciudadanos que, a lo mejor por carencia de una política criminal realmente preventiva, en la mayoría de los casos, han acudido al delito, bien de manera primaria o reincidente.

En ese orden de ideas resulta claro que delitos culposos, con penas no superiores a cinco años de prisión, que no representen mayor gravedad, o penas cumplidas en un cuarenta por ciento, previa valoración del delito, la afectación a la comunidad o la víctima y el buen comportamiento del procesado, admitan el

---

<sup>19</sup> ARTICULO 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.



cumplimiento de la pena restante en el lugar de domicilio del penado, concurriendo la misma situación para los delitos cuyo trámite procesal está curso, frente a los cuales partiendo de la presunción de inocencia se habrá de valorar la aplicación de la medida de aseguramiento en el domicilio.

Por lo que la valoración del delito habrá de realizarse de acuerdo con la afectación al bien jurídico tutelado, a los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia y en consecuencia a los lineamientos legales y Constitucionales vigentes. Esto hace comprensible realizar un estudio particular en caso de delitos como los que se realizan en contra de niños, niñas y adolescentes y previstos en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006<sup>20</sup>, bajo la especificación de punibles que se excluyen de beneficios. En ese sentido, resulta pertinente destacar que los niños, niñas y adolescentes son un grupo poblacional que a nivel nacional e internacional gozan de especial protección, más aún por su condición de vulnerabilidad y por la trascendencia que tienen como futuro para cada sociedad, por lo que quien vulnere a dichos sujetos, como se indicó en el decreto, en acatamiento de la Constitución<sup>21</sup> y la ley, no hará parte de aquellos beneficiarios con la detención domiciliaria o prisión domiciliaria transitoria.

En el mismo orden se debe valorar el otorgamiento de beneficios cuando se cometen delitos como el feminicidio<sup>22</sup>, punible de odio de género, en el cual se quita la vida a la mujer por el hecho de ser mujer, pues con esta conducta se afecta gravemente la tranquilidad, respeto y valor por la vida y en consecuencia por la sociedad; delito que al igual que los sexuales denota gran daño y desprecio por la víctima y comunidad, pues en estos últimos, la afectación va dirigida en contra del derecho que tiene toda persona a disponer de su libertad, integridad y pudor sexual, degradando a la víctima, a quien se instrumentaliza, comercializa y humilla, por lo

---

<sup>20</sup> ARTÍCULO 199. BENEFICIOS Y MECANISMOS SUSTITUTIVOS. Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas: 1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004. 2. No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004. 3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios. 4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal. 5. No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal. 6. En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004. 7. No procederán las rebajas de pena con base en los "preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado", previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004. 8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva. PARÁGRAFO TRANSITORIO. En donde permanezca transitoriamente vigente la Ley 600 de 2000, cuando se trate de delitos a los que se refiere el inciso primero de este artículo no se concederán los beneficios de libertad provisional garantizada por caución, extinción de la acción penal por pago integral de perjuicios, suspensión de la medida de aseguramiento por ser mayor de sesenta y cinco (65) años, rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; ni se concederán los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de pena, y libertad condicional. Tampoco procederá respecto de los mencionados delitos la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal siempre que esta sea efectiva.

<sup>21</sup> ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

<sup>22</sup> ARTÍCULO 104A. FEMINICIDIO. Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses. a) Tener o haber tenido una relación familiar, íntima o, de convivencia con la víctima, de amistad, de compañerismo o de trabajo y ser perpetrador de un ciclo de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial que antecedió el crimen contra ella. b) Ejercer sobre el cuerpo y la vida de la mujer actos de instrumentalización de género o sexual o acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones vitales y su sexualidad. c) Cometer el delito en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural. d) Cometer el delito para generar terror o humillación a quien se considere enemigo. e) Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no. f) Que la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella.





que es comprensible que ante conductas como las citadas también se disponga la no concesión de beneficios.

Del mismo modo resulta pertinente verificar que todo aquel comportamiento que evidencie corrupción<sup>23</sup> conlleva desprestigio, desconfianza y total desinterés del autor por la cosa pública, afectándose de tal suerte a toda la colectividad, razón por la que se parte que se estará afectando el bien jurídico de la Administración Pública, por ello cuando se incurra en delitos en los que haya corrupción se habrá de aplicar lo previsto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Mérida, 2003), en su artículo 30 que prevé cada Estado parte tener en cuenta la gravedad de los delitos pertinentes al considerar la eventualidad de conceder ciertos beneficios. Luego, si el autor se ve inmerso en un delito en el que afecta al colectivo, como acertadamente lo establece el decreto, no podrá beneficiarse.

Igual situación especial concurre con los delitos en los que es clara la concurrencia o pluralidad de personas, lo que implica la delincuencia organizada<sup>24</sup>, ya que con dichos punibles se acude a aquellos delitos transnacionales, de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que involucran economías ilegales a través de punibles como el narcotráfico, la minería criminal, la trata personas, el tráfico migrantes, el contrabando, blanqueo de capitales de otras rentas ilegales y la ganancia directa del ilícito, delitos. Es que, Colombia como Estado parte de la Convención citada, (Convención de Palermo, 2000), que contempla tanto beneficios como limitaciones, tiene la obligación de penalizar los delitos asociados a la criminalidad organizada y, además, dispone en el artículo 11 la obligación de considerar la gravedad de los asociados al crimen organizado, al momento otorgar ciertos beneficios.

Así mismo, generan gran prevención y por ello será improcedente otorgar los beneficios previstos en el decreto objeto de estudio, cuando se trate de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y delitos consecuencia del conflicto armado y/o realizados con ocasión o en relación directa o indirecta con el mismo, lo anterior en virtud de la aplicación de la ley vigente en materia de justicia transicional.

Así las cosas, resulta comprensible que los punibles citados en párrafos anteriores, al igual que los previstos en los artículos 38 G y 68A sean excluidos según el artículo 6 del Decreto 546 de 2020 del beneficio de la SUSTITUCION de la medida de aseguramiento o prisión en el domicilio del procesado o condenado, pues evidencian la vulneración de diferentes bienes jurídicos y en consecuencia de derechos como:

1. **La vida**, cometiendo o estando procesados por delitos como genocidio (artículo 101), apología genocidio (artículo 102) homicidio doloso (artículo 103), homicidio agravado (artículo 104), feminicidio (artículo 104A).
2. **La integridad personal**, cometiendo o estando procesados por delitos como lesiones personales con pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro agravadas (artículo 116 en concordancia con el artículo 119), lesiones causadas con agentes químicos, ácidos y/o sustancias similares (artículo 116A).

---

<sup>23</sup><https://transparenciacolombia.org.co/2019/08/27/corrupcion/> La corrupción consiste en el [...] abuso de posiciones de poder o de confianza, para el beneficio particular en detrimento del interés colectivo, realizado a través de ofrecer o solicitar, entregar o recibir bienes o dinero en especie, en servicios o beneficios, a cambio de acciones, decisiones u omisiones (Transparencia por Colombia). El Banco Mundial define la corrupción como el “uso indebido de servicios públicos para beneficio personal”. Bajo el esquema utilizado tradicionalmente por Transparencia por Colombia, la corrupción también puede ser tipificada como pequeña y gran corrupción. La “pequeña corrupción” puede ser entendida “como el conjunto de actos en que se conceden gabelas, ventajas o tratamientos preferenciales en contratos de bajo monto o en trámites ante el Estado”. La gran corrupción o “corrupción a gran escala”, consiste en actos cometidos en los niveles más altos del gobierno que involucran la distorsión de políticas o de funciones centrales del Estado, y que permiten a los líderes beneficiarse a expensas del bien común

<sup>24</sup> CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;



3. **El Derecho Internacional Humanitario**, cometiendo o estando procesados por delitos contra personas o bienes protegidos por el DIH Título 11, Capítulo Único.
4. **La libertad individual y otras garantías**, cometiendo o estando procesados por delitos como desaparición forzada (artículo 165), desaparición forzada agravada (artículo 166), secuestro simple (artículo 168), secuestro extorsivo (artículo 169), secuestro agravado (artículo 170), apoderamiento y desvío de aeronave, naves o medios de transporte colectivo (artículo 173), tortura (artículo 178), tortura agravada (artículo 179), desplazamiento forzado (artículo 180), desplazamiento forzado agravado (artículo 181), constreñimiento ilegal por parte de miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados (artículo 182A), tráfico de migrantes (artículo 188), trata de personas (artículo 188A), tráfico de niñas, niños y adolescentes (artículo 188C), uso de menores de edad para la comisión de delitos (artículo 188D), amenazas contra defensores de derechos humanos y servidores públicos (artículo 188E).
5. **La libertad, integridad y formación sexuales**, cometiendo o estando procesados por delitos como violaciones, accesos o actos sexuales abusivos con menor de 14 años, explotación sexual, entre otros punibles previstos en el Título IV.
6. **La familia**, cometiendo o estando procesados por delitos como violencia intrafamiliar (artículo 229).
7. **El patrimonio económico**, cometiendo o estando procesados por delitos como hurto calificado (artículo 240) numerales 2 y 3, y cuando tal conducta se cometa con violencia contra las personas, no obstante lo cual procederán las medidas contempladas en el Decreto Legislativo en las hipótesis de hurto calificado cuando la persona haya cumplido el 40% de la condena; hurto agravado (artículo 241) numerales 3, 4, 12, 13 Y 15, no obstante lo cual procederán las medidas contempladas en el Decreto Legislativo en las hipótesis de hurto agravado cuando se haya cumplido el 40% de condena; abigeato cuando se cometa con violencia sobre las personas (artículo 243); extorsión (artículo 244); corrupción privada (artículo 250A).
8. **La protección de la información y de los datos**, cometiendo o estando procesados por hurto por medios informáticos y semejantes (artículo 2691).
9. **El orden económico y social** cometiendo, o estando procesados por delitos como captación masiva y habitual dineros (artículo 316), contrabando agravado (artículo 319), contrabando de hidrocarburos y sus derivados (artículo 319-1), favorecimiento y facilitación del contrabando agravado (artículo 320), lavado de activos (artículo 323), lavado de activos agravado (artículo 324); testaferrato (artículo 326), enriquecimiento ilícito de particulares (artículo 327), apoderamiento de hidrocarburos, y sus derivados, biocombustibles o que los contengan (artículo 327A).
10. **La seguridad pública**, cometiendo o estando procesados por delitos como concierto para delinquir (artículo 340 inciso primero), concierto para delinquir agravado (artículo 340 incisos segundo, tercero y cuarto), asesoramiento a grupos delictivos organizados y grupos armados organizados (artículo 340A), entrenamiento para actividades ilícitas (artículo 341), terrorismo (artículo 343), terrorismo agravado (artículo 344), financiación del terrorismo y de grupos delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y delincuencia organizada (artículo 345), amenazas agravadas (artículo 347), fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos (artículo 358), empleo o lanzamiento de sustancias u objeto peligrosos (artículo 359), fabricación, tráfico, porte o tenencia armas de fuego, accesorias partes, o municiones agravado (artículo 365); fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso privativo las fuerzas armadas o explosivos (artículo 366); fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá

químicas, biológicas y nucleares (artículo 367), empleo, producción, comercialización y almacenamiento de minas antipersonal (artículo 367A), ayuda e inducción al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal (artículo 367-B).

11. **La salud pública**, cometiendo o estando procesados por delitos como corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico (artículo 372) y delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes.
12. **La Administración Pública**, cometiendo o estando procesados por delitos como peculado por apropiación (artículo 397), concusión (artículo 404), cohecho propio (artículo 405), cohecho impropio (artículo 406), cohecho por dar u ofrecer (artículo 407), violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (artículo 408), interés indebido en la celebración de contratos (artículo 409), contrato sin cumplimiento de los requisitos legales (artículo 410), tráfico de influencias de servidor público (artículo 411), tráfico de influencias de particular (artículo 411A), enriquecimiento ilícito (artículo 412), prevaricato por acción (artículo 413), utilización indebida de información oficial privilegiada (artículo 420), soborno transnacional (artículo 433).
13. **La eficaz y recta impartición de justicia**, cometiendo o estando procesados por delitos como falso testimonio (artículo 442), soborno (artículo 444), soborno en la actuación penal (artículo 444A), receptación agravada (artículo 447), amenazas a testigo (artículo 454A).
14. **La existencia y seguridad del Estado**, cometiendo o estando procesados por espionaje (artículo 463).
15. **El régimen Constitucional y legal vigente**, cometiendo o estando procesados por rebelión (artículo 467).

En ese orden, el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional considera que resulta acertado que se hayan tomado medidas en relación con la situación de las personas privadas de su libertad, por lo que se considera que debe declararse exequible el Decreto 546 del 14 de abril de 2020, pues resulta necesario, proporcional y conexo con el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada. De lo contrario, resultaría ilógico que habiéndose declarado el Estado de Emergencia ante la grave afectación que a nivel nacional y mundial aqueja a toda la población y, en especial -de acuerdo con este decreto-, a la población carcelaria, no se adoptaran medidas para garantizar la salud, la vida, la libertad y el debido proceso del privado de la libertad en establecimientos de reclusión.

Es preciso destacar que, conforme al Decreto 546 de 2020, de las más de 500 conductas contempladas como delitos en la norma penal, tan sólo se fijó exclusión de otorgamiento del beneficio para aquellas que de acuerdo con el bien jurídico tutelado generan grave afectación a la persona y la sociedad. Como se infiere, en gran parte del decreto se admite la valoración del otorgamiento del beneficio, razón por la que en relación con los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 del Decreto 546 de 2020 referente al Capítulo I –Disposiciones Generales, no se hace oposición, más aun cuando ha sido la misma Constitución, la Corte Constitucional y los tratados suscritos por Colombia los que dan muestra de la especial protección frente a los delitos tratados y, que, en consecuencia deben ser excluidos de beneficios.

### **3. Inconstitucionalidad de algunos apartes del Decreto Legislativo 546 del 14 de abril de 2020**

No obstante, los argumentos expuestos sobre la procedencia y, como efecto, la constitucionalidad del Decreto Legislativo 546 de 2020, el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre, luego del análisis de la constitucionalidad de esta norma, concluye que algunos apartes son contrarios a la Norma Superior, motivo por el cual se pasa a fundamentar y, en consecuencia, a solicitar su inexecutable.

3.1 En relación con el artículo tercero del Decreto 546 del 14 de abril de 2020, que dice: “Término de duración de las medidas. La detención preventiva o la prisión



domiciliaria transitorias en el lugar de residencia tendrán un término de seis (6) meses”, el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre Seccional Bogotá, solicita a la Honorable Corporación, decrete su inconstitucionalidad.

Lo anterior por cuanto, la fijación del término de duración de seis meses, a más de no ser eficaz, pues no resuelve el problema del hacinamiento, ni de la prevención del contagio y propagación de epidemias, entre ellas la de la COVID-19, evidencia desigualdad en relación con aquellas personas a quienes se les otorga el beneficio en los términos del artículo 38 y ss del Código Penal y 314 del Código Procesal Penal. A toda luz, es inconstitucional al vulnerar el principio y derecho a la igualdad.

Es preciso recordar que el beneficio como se indicó previamente, procede en los casos en los cuales, \*la persona no se encuentre inmersa dentro de los punibles considerados gravísimos, (según los términos del punto 2.1 relacionado en ese escrito), y por ello con restricción para su otorgamiento; \*que adviertan buen comportamiento y en consecuencia no afectan el proceso a la comunidad o la víctima; y que \*adicionalmente la persona merecedora del beneficio, sea una de aquellas previstas como de especial vulneración y protección. Además, que, si se trata de condenados, la pena impuesta no supere cinco años, o se trate de condenados que hayan cumplido el 40% de la pena; lo que implica que, en todos los eventos tratados, se está otorgando al beneficiado aquel voto de confianza que permite que el proceso o la condena se continúe con la persona privada de la libertad pero en su domicilio.

Luego, si se le está otorgando a la persona privada de la libertad el beneficio de la detención o prisión domiciliaria por encontrarse dentro de los presupuestos previstos en el inciso anterior, resulta ilógico y violador del derecho a la igualdad, someter al procesado o condenado a cambios de habita, temor y angustia, por encontrarse cercano a volver a la privación de la libertad, aun cuando evidencie buen comportamiento, demostrando que no merece tratamiento intramural.

Téngase en cuenta que la vida en el establecimiento carcelario o penitenciario genera graves complicaciones y adaptaciones que conllevan a que la persona privada de la libertad tarde días, meses e incluso años para poderse adecuar, siendo en muchos de los eventos imposible su adaptación. Entonces, el Estado no puede de manera aventurada fijar un término para despojar de la confianza y derechos al beneficiado con la detención o prisión domiciliaria, pues de esta manera no se logra prevenir la comisión del delito en curso y/o de delitos futuros; más aún porque en el afán, temor, miedo, angustia o evidencia de aun teniendo buen comportamiento volver a ser limitado en su libertad, en muchos de los casos surge la idea criminal, que conllevara a la comisión de nuevos delitos, entre otros, al no comparecer para que le priven de su libertad, al finalizar el termino de los seis meses, en cuyo caso se dará inicio al proceso por el delito de fuga de presos<sup>25</sup>.

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que otorgar la detención o prisión domiciliaria conduce a que no solo se aluda a la suerte del detenido, sino también a los sentimientos, respeto, confianza, entre otros derechos de los padres, parejas y/o hijos del beneficiado. Es decir, debe valorarse el impacto que tiene fijar un término para aquella persona privada de la libertad, pues si como ocurre con quien goza de dichos beneficios de manera ordinaria, se parte de la confianza en su buen comportamiento y rehabilitación, sólo se deberá limitar y revocar el beneficio para quien concurra al delito, a la afectación de las personas que hacen parte de su domicilio, o de su entorno, o se evidencie el incumplimiento de las obligaciones adquiridas en el acta de compromiso suscrita para gozar del beneficio. Generar en

---

<sup>25</sup> LEY 599 DE 2000. ARTICULO 448. FUGA DE PRESOS. El que se fugue estando privado de su libertad en centro de reclusión, hospital o domiciliariamente, en virtud de providencia o sentencia que le haya sido notificada, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.





la persona la zozobra por el tiempo del permiso, evidencia presumir el mal comportamiento y no acudir al principio Constitucional de buena fe<sup>26</sup> que debe valorar toda persona y más aún el Estado, por lo que la fijación del término de seis meses previsto en el decreto a más de afectar a la familia<sup>27</sup> que anhela, comparte y ama a ese que ha obtenido el derecho, conduce a la vulneración de principios como la confianza legítima y la seguridad jurídica, que lleva a que la persona pueda sentir tranquilidad y no temor frente a las disposiciones adoptadas en su beneficio, pues solo generando confianza en el procesado o condenado si este no merece la privación de la libertad se le podrá alejar del comportamiento delictual.

En relación con el tema, resulta pertinente destacar que la jurisprudencia constitucional ha clasificado los derechos fundamentales de los internos en tres categorías: *“(i) aquellos que pueden ser suspendidos, como consecuencia de la pena impuesta (como la libertad física y la libre locomoción); (ii) aquellos que son restringidos debido al vínculo de sujeción del recluso para con el Estado (como derechos al trabajo, a la educación, a la familia, a la intimidad personal); y (iii) derechos que se mantienen incólumes o intactos, que no pueden limitarse ni suspenderse a pesar de que el titular se encuentre sometido al encierro, dado a que son inherentes a la naturaleza humana, tales como la vida e integridad personal, la **dignidad, la igualdad, la salud** y el derecho de petición, entre otros.”*<sup>28</sup> De esta manera el Estado deberá garantizar entre otros derechos, estos últimos, para que ante un trato igual para todos los que gozan del beneficio de la prisión o detención domiciliaria, se logre que el procesado o condenado, simplemente acuda a un buen comportamiento que lo aleje de la cárcel o la penitenciaria.

En consecuencia, al conceder al procesado o condenado el derecho a estar en casa, pero al poco tiempo limitado del mismo, se está generando en aquel, su familia y la comunidad, el inconveniente de que se trata de una persona que puede afectar el proceso, no comparecer al mismo, o dañar a la comunidad o a la víctima, lo cual es una clara muestra de la degradación con la que se le está tratando, pues ha sido claro el legislador en señalar que sólo procederá la medida intramural cuando concurren entre otros los aspectos citados y otorgar el beneficio y luego restringirlo, sin que concurren condiciones nuevas que generen la medida intramural, conducen a que el ciudadano infiera la inexistencia de seguridad jurídica.

Es por ello que, como lo indica el Decreto 546 de 2020 en su artículo 30, es pertinente valorar entre otras la Ley 1786 de 2016, según la cual en relación con la persona procesada, artículo primero parágrafo 2, se debe verificar que: ° Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien las solicita **pruebe**, ante el Juez de Control de Garantías, que las **no privativas de la libertad resultan insuficientes** para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento”, condición que en consecuencia merece ser estudiada a efectos de que se verifique con el actuar del procesado si permanecen las condiciones que motivaron la detención intramural o si por el contrario frente al periodo transitorio en el domicilio se deduzca que se puede

<sup>26</sup> ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

<sup>27</sup> ARTICULO 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.

<sup>28</sup> Sentencia T-266/13



imponer bien una medida de aseguramiento en el domicilio o una no privativa de la libertad.

Ocurre lo mismo en relación con el penado, a quien según el artículo 150 de la Ley 65 de 1993, se le permite dentro del trámite penitenciario acudir a ciertos beneficios como la libertad o franquicia preparatoria previa al otorgamiento de la libertad plena, medidas en las que, como ocurre con la medida de aseguramiento domiciliaria o no privativa de la libertad, se parte de la confianza en el beneficiado para que por su buen comportamiento pueda gozar, en este caso, del beneficio de la prisión domiciliaria.

Con fundamento en lo dicho, y poniendo de presente que aplicar un término para el beneficio de la medida de aseguramiento o prisión domiciliaria transitoria evidencia vulneración a la igualdad, confianza e incluso a la armonía y tranquilidad del privado de la libertad y su familia, se solicita a la Honorable Corte Constitucional, decretar inexecutable el artículo tercero del decreto 546 de 2020 y, en su defecto, disponer como mecanismo garantista de los derechos de los procesados a su salud, seguridad jurídica, estabilidad familiar y social, que ante un buen comportamiento individual, familiar y social se disponga que el otorgamiento de las medidas relacionadas como transitorias, tengan efecto permanente hasta tanto la persona cumpla con las obligaciones suscritas en el acta de compromiso en que consta el otorgamiento del beneficio.

3.2 En cuanto Capítulo II, referente a los procedimientos, se considera respecto de los dos artículos previstos, lo siguiente:

3.2.1 En el caso de las medidas de aseguramiento de detención domiciliaria transitoria se debe:

- a. Por medio de las direcciones regionales y los directores de los establecimientos penitenciarios y carcelarios verificar preliminarmente el cumplimiento de los requisitos objetivos señalados en el Decreto Legislativo.
- b. Satisfecho el punto anterior, se deberá remitir el listado junto con las cartillas biográficas digitalizadas, la información que obre en la hoja vida, los antecedentes judiciales y los certificados médicos de las personas privadas de la libertad que se ajusten a cualquiera de las circunstancias descritas en el artículo segundo del Decreto Legislativo, al Coordinador del Centro de Servicios Judiciales o quien haga sus veces.
- c. Si el Defensor de confianza o público es quien realiza la solicitud, deberá requerir al Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, la documentación referida en el numeral anterior, para continuar con el trámite pertinente.
- d. El Coordinador del Centro de Servicios Judiciales o quien haga sus veces de manera inmediata asignará por reparto a los Jueces de Control de garantías o al Juez que este en conociendo el caso.
- e. Una vez asignado el juez pertinente, este requerirá a la Fiscalía General de la Nación, la información y documentación que resulte necesaria para emitir la respectiva decisión.
- f. El fiscal enviará lo solicitado dentro los tres (3) días siguientes a la fecha de recibo de la comunicación, al juez requirente.
- g. Una vez recibida la documentación enviada por la Fiscalía se dispondrá por el Juez competente la verificación de esta, a fin de pronunciarse por escrito en un término no superior a cinco (5) días.
- h. Decisión que admite la interposición del recurso de apelación dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación,
- i. En caso de que sea procedente el beneficio y se ordene la detención domiciliaria transitoria por parte del Juez de Control de Garantías, o el Juez que este conociendo del caso otorgue el beneficiario de la medida, previo a su salida, suscribirá acta de compromiso ante la oficina jurídica del Establecimiento



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá

Penitenciario y Carcelario respectivo o ante el responsable de las Estaciones de Policía y Unidades de Reacción Inmediata, según sea el caso.

3.2.2 Cuando se trata de la suspensión de la prisión intramural por prisión domiciliaria transitoria se debe:

- a. Remitir por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, por medio de las direcciones regionales y los directores de establecimientos penitenciarios y carcelarios, el listado de las personas que se encuentran dentro de los parámetros previstos en el Decreto 546 de 2020 artículo segundo, junto con las cartillas biográficas digitalizadas, el cómputo de la pena, la información que obre en la hoja de vida, los antecedentes judiciales y los certificados médicos correspondientes de personas privadas la libertad que se ajusten a cualquiera las circunstancias descritas en el artículo citado, al Juez de Ejecución de penas y medidas de seguridad, para que este en un término no superior a cinco (5) días proceda a verificar la viabilidad del otorgamiento del beneficio.
- b. Una vez notificada la decisión se admite la interposición de recurso de reposición dentro de los tres (3) días siguientes.

Em relación con el capítulo segundo del Decreto 546 de 2020, es preciso destacar que si bien es cierto el mismo referencia la necesidad de que se otorgue la detención domiciliaria transitoria en aras de proteger la salud y la vida de la población carcelaria, es claro que el artículo séptimo del Capítulo II del Decreto 546 de 2020, consagra un proceso dispendioso para aquel que no ha sido condenado y se encuentra inmerso en un proceso penal, pues, a más de requerir la verificación de que el procesado puede gozar del beneficio previsto en el decreto por cumplir las condiciones del Capítulo I, se debe remitir la solicitud con la documentación de cada procesado, lo cual se encuentra en cabeza del INPEC, solicitud y documentos que una vez lleguen al Centro de Servicios Judiciales o quien haga sus veces asignará por reparto a los Jueces de Control de Garantías o al Juez que esté conociendo el caso.

Posteriormente, el funcionario asignado requerirá a la Fiscalía General de la Nación la información y documentación que resulte necesaria para emitir la respectiva decisión, y este tendrá como se ha indicado tres días adicionales, para la remisión pertinente al Juez que se pronunciara, quien para analizar la documentación y elementos aportados en aras de emitir el pronunciamiento pertinente tendrá cinco días más. Por lo que, a todas luces se evidencia un término superior para pronunciarse frente al beneficio si se trata del procesado o del condenado, pues para este último, una vez recibida la solicitud y documentación por parte del Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad se fija un término no mayor a cinco días para la toma de decisión.

Luego, los términos previstos para el otorgamiento del beneficio contemplado en el decreto son ampliamente superados en caso de aquella persona que no está condenada, y a quien por demás se presume inocente, vulnerándose de tal suerte en relación con el procesado a más de su presunción de inocencia, el derecho a la igualdad.

En relación con la presunción de inocencia, es preciso destacar que la Corte Constitucional ha reiterado que: *“La presunción de inocencia es una garantía integrante del derecho fundamental al debido proceso reconocida en el artículo 29 de la Constitución, al tenor del cual “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”. Los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia –que hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución- contienen dicha garantía en términos similares. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 8 que “toda persona inculpada del delito tiene*



*derecho a que se presume su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*<sup>29</sup>. Y, a su turno, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que *“toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presume su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”*. Como se deriva de las normas transcritas, la presunción de inocencia acompaña a la persona investigada por un delito *“hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad.”*<sup>30</sup>

Teniendo en cuenta el concepto transcrito, resulta preocupante que en el otorgamiento de la detención domiciliaria transitoria, medida que se aplica a quien no ha sido vencido en juicio, se genere mayor tramitología, tiempo y desconfianza para la aplicación del beneficio, frente a lo que ocurre con la persona condenada, de quien si se encuentra dentro de las personas que pueden gozar del beneficio, se dispone el envío al juez de ejecución de penas de manera pronta de la totalidad de la documentación necesaria para la verificación de la viabilidad o no del beneficio, por lo que se considera que si como lo establece el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos *“toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presume su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”*<sup>31</sup> el termino para la toma de decisión debe ser igual, o incluso preferente para quien no ha sido declarado culpable.

Se hace necesario entonces, que en el trámite pertinente para al otorgamiento o no del beneficio de la detención domiciliaria, si se cumplen los presupuestos previstos en el Capítulo I del Decreto, se tenga especial responsabilidad y protección por la persona a quien se presume inocente, por lo que el trámite debe ser expedito a fin de que no se dilate el tiempo a través de la asignación de un juez que valora la solicitud y documentos aportados por el INPEC, posterior asignación de un fiscal para que aporte la documentación requerida por el juez designado y seguida valoración de los documentos remitidos por el funcionario fallador, pues a través de dicha dilación, se denota el desinterés, desmedro y puesta en riesgo de aquellas personas que bajo condiciones de especial protección por no estar condenadas deben esperar una tramitología en la cual por el contrario, se presume que son responsables y por ello se dispone un procedimiento dispendioso.

Téngase en cuenta que *“La presunción de inocencia “se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba” de acuerdo con la cual “corresponde siempre a la organización estatal la carga de probar que una persona es responsable de un delito (...) lo que se conoce como principio onus probandi incumbit actori. La actividad probatoria que despliegue el organismo investigador debe entonces encaminarse a destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado, a producir una prueba que respete las exigencias legales para su producción, de manera suficiente y racional, en el sentido de acomodarse a la experiencia y la sana crítica. Así pues, no le incumbe al acusado desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia, lo que conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, pues por el contrario es el acusador el que debe demostrarle su culpabilidad”*<sup>32</sup>.

En consecuencia, si se tiene un listado presentado por el INPEC en el que se advierte el cumplimiento de los requisitos objetivos, corresponde al Estado designar al Juez pertinente para que este en el menor tiempo posible, esto es, en los mismo términos en que se analizan los derechos para el condenado a pena privativa de la libertad valore la procedencia o no del beneficio, apreciándose por este funcionario, igual que como lo haría el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad la procedencia o no del beneficio. Pues *“Ni el legislador ni los jueces pueden presumir la culpabilidad de nadie”*. Así, *“todo proceso penal debe iniciarse*

---

<sup>29</sup> Sentencia C-289/12

<sup>30</sup> ibidem

<sup>31</sup> ibidem

<sup>32</sup> ibidem





*con una prueba a cargo del Estado que comience a desvirtuar la presunción de inocencia. Por ello, el legislador no puede implantar en una norma penal de carácter sustantivo una presunción de culpabilidad en sustitución de la presunción de inocencia so pena de violar el artículo 29 de la Constitución”. Más aun cuando “La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia, pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal”. Es decir, el detenido preventivamente debe seguir siendo tratado como una persona inocente en todos los ámbitos pues el hecho de que en su contra se haya dictado una medida de aseguramiento privativa de la libertad no equivale en modo alguno a una condena<sup>33</sup>. En el mismo sentido se había pronunciado la Corte indicando que “ el principio de la presunción de inocencia exige que la detención preventiva se aplique únicamente como medida extrema, tal como lo determina el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las Reglas Mínimas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad, conocidas también como las reglas de Tokio<sup>34</sup>.*

De acuerdo con lo anotado resulta importante destacar, que el otorgamiento de la detención domiciliaria transitoria a quien se presume inocente por no haber sido condenado, evidencia que el procesado sigue a disposición de la justicia, sólo que no cumplirá dicha medida en establecimiento de reclusión sino en su domicilio, en virtud a que el delito por el cual está siendo procesado, no se encuentra previsto como aquellos significativamente gravísimos y por ello aunado a las condiciones que le hacen más susceptible y proclive a contraer la enfermedad de la Covid-19 y posiblemente morir, (lo cual adicionalmente generaría graves responsabilidades para el Estado), debe tratarse mínimo en los mismo términos en los que se valorara la procedencia del otorgamiento de la sustitución de la pena intramural por prisión domiciliaria transitoria.

Si bien es cierto, se ha hecho alusión en párrafos anteriores al claro desconocimiento de la presunción de inocencia, es claro que el trato del presunto inocente es totalmente **desigual** frente al declarado culpable, por lo que del mismo modo en el artículo séptimo del Decreto 546 de 2020, se evidencia el desconocimiento del derecho a la igualdad, pues como se advierte de la estructura del artículo citado, para el presunto inocente que solicite o pueda tener derecho a la sustitución de la medida de aseguramiento intramural por medida de aseguramiento domiciliaria transitoria, son mayores los formalismos, tramitología y términos a los que se aplicarían en relación como se ha dicho y se insiste el responsable y condenado, según decisión judicial.

Al respecto la Corte Constitucional ha indicado que la igualdad, “es un mandato complejo en un Estado Social de Derecho. De acuerdo con el artículo 13 Superior, comporta un conjunto de mandatos independientes y no siempre armónicos, entre los que se destacan (i) la igualdad formal o igualdad ante la ley, relacionada con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la República y su aplicación uniforme a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto (no solo las leyes) que involucre una distinción basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la prohibición de distinciones irrazonables; y (iii) el principio de igualdad material, que ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales.”<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> ibidem

<sup>34</sup> Sentencia T-153/98

<sup>35</sup> Sentencia C-178/14



Resultando claro que, quien se encuentra privado de su libertad, en situación flagrante de hacinamiento, bien en desarrollo de un proceso con medida de aseguramiento intramural o en prisión intramural, se encuentra en las mismas condiciones y bajo las mismas directrices de valoración previstas en el Capítulo I del Decreto 546 de 2020, siendo la única diferencia que el primero se presume inocente, mientras que el último, como tantas veces se ha dicho ha sido declarado culpable, por lo que si el decreto objeto de estudio, pretende adoptar medidas para sustituir la pena de prisión y la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitorias en el lugar de residencia a personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente a la COVID-19, los unos y los otros deben gozar de la misma valoración jurídica y probatoria y por ende la tramitología, formalismos y términos deben ser similares.

No obstante, al revisar el artículo séptimo del Decreto 546 de 2020, resulta palpable que la tramitología es dispendiosa ante un evento imprevisto y grave como el que hoy vive Colombia y el mundo a consecuencia de la pandemia de la COVID-19. Ello se enfatiza en relación con la sustitución de la medida de aseguramiento intramural por domiciliaria, en donde se deduce que no es suficiente, como ocurre para el condenado, con enviar el listado de las personas que puedan tener derecho a la prisión domiciliaria transitoria de acuerdo con el decreto al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad para que decida, sino que, como se ha indicado, a más del envío del listado o requerimiento para disfrutar del derecho al centro de servicios judiciales para que se designe un juez competente, este una vez revise los documentos aportados deberá solicitar a la Fiscalía información del procesado, por lo que se habrá de designar un Fiscal para dicho protocolo, quien ahora revisará la situación del procesado, remitirá elementos probatorios al juez que le requirió información y este una vez valore la misma, dispondrá si procede o no el beneficio. Luego, el tiempo transcurrido no se limita en ocho días, sino que en acatamiento de la tramitología prevista es mucho más amplio, conllevando a que en dicho periodo la propagación y contagio se incremente, por lo que la disposición decretada siendo compleja, resulta ineficaz.

Con ocasión a lo brevemente expuesto, se demuestra que el artículo séptimo del Decreto 546 de 2020, al no ser expedito para el propósito creado, cual es de manera pronta evitar contagios, enfermedades y muertes, debe ser declarado inexecutable, y adicionarse un trámite eficaz y razonable que cumpla con el propósito teleológico tanto de la norma como del angustiante mundo actual. Esa disposición es ineficaz y atentatoria de los derechos de igualdad y de presunción de inocencia, motivo por el cual es inconstitucional y así debe declararse.

Pero, resulta importante advertir que le correspondió al ejecutivo a través de la Declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica contrarrestar la situación que hoy se presenta en las cárceles Colombianas y que se incrementan a consecuencia del hacinamiento y la pandemia de la COVID-19, lo anterior en atención a que por décadas se ha denotado la falta de aplicación de una política criminal coherente para evitar y controlar el hacinamiento penitenciario y carcelario, frente a un estado de cosas inconstitucional ya valorado por el máximo Tribunal Constitucional en diferentes pronunciamientos.

3.3. En lo atinente al artículo 27 del Decreto 546 de 2020, si bien es cierto se ha manifestado la necesidad de adoptar una medida pronta ante la problemática de salud derivada de la pandemia de la COVID-19, resulta neurálgica y preocupante la situación referente a suspender por el término de tres (3) meses a partir del 14 de abril hogaño, los traslados de personas con medida aseguramiento de detención preventiva y personas condenadas que se encuentren en los centros de detención transitoria como las Estaciones de Policía y Unidades de Reacción Inmediata, a los Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios del orden nacional por cuenta del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC),



Lo anterior por cuanto, si bien es cierto resulta comprensible impedir que se sigan trasladando a los centros penitenciarios y carcelarios a las personas que se encuentran en los centros de detención transitoria, no resulta aceptable que sean dichas dependencias en las cuales no se cuenta con las instalaciones, personal y medidas sanitarias adecuadas para afrontar la contingencia que hoy se presenta, las que deban asumir el control, colocando en riesgo a más de la seguridad ciudadana, la salud e incluso la vida de los privados de la libertad y de las personas que están a cargo de las Estaciones de Policía y Unidades de Reacción Inmediata.

Razón por la que no se puede trasladar la responsabilidad del hacinamiento y salud de los detenidos a los pocos funcionarios encargados de los centros de detención transitorio, precisamente por dicha condición, luego, al entender que con la decisión adoptada en el artículo 27 del Decreto 546 de 2020, a cambio de generar protección a los internos y funcionarios a cargo, lo que se evidencia es la afectación de los derechos de los mismos, quienes no cuentan con las mismas condiciones previstas por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC en sus establecimientos los cuales, aun cuando son habilitados para ello son insuficientes que se solicita se declare la inexecutable del artículo en mención, pues el estado de cosas inconstitucional y el hacinamiento ahora también afectaría a los centros de detención transitoria, esto es a las Estaciones de Policía y Unidades de Reacción Inmediata.

Téngase en cuenta que desproteger a los hoy privados de la libertad en los centros de detención transitoria, y a las personas que están a cargo de los mismos constituiría como lo ha manifestado el tratadista Eugenio Zaffaroni “una nueva modalidad de crimen de lesa humanidad: «Nos encontramos ante una nueva forma de crímenes de lesa humanidad, como es el caso de las cárceles. Si no se hace nada, se mueren»<sup>36</sup>, por lo que se deben tomar medidas urgentes para que la población detenida y sus cuidadores-responsables no se contagien, ni propaguen la epidemia, pues al no tomarse medidas prontas, coherentes y eficaces bien se podrá hablar de la responsabilidad del Estado con efectos gravemente honerosos tanto a nivel económico como social.

#### **4. Ausencia de política criminal para evitar y controlar el hacinamiento penitenciario y carcelario, frente a un estado de cosas inconstitucional ya decretado**

Colombia, a lo largo de la historia, ha sido prolífera en la creación de Constituciones y Leyes, presumiendo que por este medio se lograra combatir la desigualdad social, la corrupción y el delito, entre otras múltiples problemáticas que presenta el Estado. Bajo ese entendido, a través del denominado “populismo punitivo” se han diseñado diferentes códigos penales, como nuestra actual Ley 599 de 2000, disposición a la que se le han incrementado varios títulos, capítulos y artículos, a más de aumento en las penas.

Parece ser que la lógica del Legislador es que, judicializando, criminalizando y prisionalizando gran parte del comportamiento humano se lograra un país pacífico, decente y próspero. Sin embargo, la única respuesta lógica y comprensible ha sido la congestión judicial y el insostenible hacinamiento carcelario.

Ha olvidado el legislador que más que sancionar, castigar y reprimir, lo que se debe es prevenir, generando políticas criminales que conduzcan a controlar el delito y que, de contera, el derecho penal sea aplicado según su concepción como la última ratio.

Es así como la Honorable Corte Constitucional señalo que la Política Criminal es “...el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio

<sup>36</sup> <https://lpderecho.pe/zaffaroni-coronavirus-carceles-encontramos-nueva-forma-crimenes-humanidad/>



*social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole.*<sup>37</sup>, por lo que la única respuesta que se puede concebir no debe ser la generación de más delitos y mayores penas, ya que dicho fenómeno no ha logrado controlar el delito.

En este sentido se advierte que es tal la carencia de una política criminal adecuada para controlar los hechos que puedan afectar a la sociedad, que hoy, condiciones como el hacinamiento y la congestión judicial, están generando grandes inconvenientes, al punto que al enfrentar una problemática tan delicada como la producida por la pandemia derivada de la COVID-19, conlleva tomar medidas urgentes para contrarrestar la condición en que se encuentran los reclusos.

Y surge el cuestionamiento ¿el Decreto 546 del 14 de abril de 2020 es acorde al Estado de emergencia decretado? El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre seccional Bogotá, considera que sí, excluyendo los apartes que se consideran contrarios al Ordenamiento Superior.

Lo anterior por cuanto, infortunadamente, el Estado a través de sus representantes no ha cumplido con sus obligaciones y, como corolario, no ha generado políticas reales encaminadas a prevenir el delito, resocializar al privado de la libertad y controlar el hacinamiento carcelario, el cual ya se había visto como una preocupación que había generado que se decretara el estado de cosas inconstitucional por la Corte Constitucional, por lo que resulta procedente emitir el decreto objeto de estudio.

En relación con el estado de cosas inconstitucional en las cárceles, la Corte Constitucional, a través de diferentes pronunciamientos, ha llamado la atención en relación con las condiciones de hacinamiento en los centros penitenciarios y carcelarios, resaltando que dicha condición impide “...brindarle a todos los reclusos los medios diseñados para el proyecto de resocialización (estudio, trabajo, etc.). Dada la imprevisión y el desgredo que han reinado en materia de infraestructura carcelaria, la sobrepoblación ha conducido a que los reclusos ni siquiera puedan gozar de las más mínimas condiciones para llevar una vida digna en la prisión, tales como contar con un camarote, con agua suficiente, con **servicios sanitarios, con asistencia en salud**, con visitas familiares en condiciones decorosas, etc. De manera general se puede concluir que el hacinamiento desvirtúa de manera absoluta los fines del tratamiento penitenciario. Con todo, la Corte quiere concentrar su atención en una consecuencia que considera de mucha gravedad, cual es la de que **la sobrepoblación carcelaria impide la separación de los internos por categorías**”<sup>38</sup>. (Resaltado fuera de texto).

Por lo que ya la Corte en la decisión T-153 de 1998, hace 22 años, evidenciaba la preocupación por la condición de hacinamiento en las cárceles que impedía e impide la separación y servicios en salud para los reclusos, situación que a cambio de mejorar en Colombia por el contrario se ha incrementado, elevando aún más la población carcelaria, ante la falta de políticas públicas que controlen y prevengan el comportamiento humano, por lo que cada vez es mayor la privación de la libertad.

En la sentencia citada, ya la Corte había indicado que, “Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, **las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales**, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de

---

<sup>37</sup> Sentencia C-646/01

<sup>38</sup> Sentencia T-153/98





*un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como **la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc.** Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. **Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida.** Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia.”<sup>39</sup> Por lo que todas las ramas y órganos del poder público, conocen y han sido conocedores de la problemática en las cárceles, debieron preocuparse y ocuparse en la solución de la problemática existente. Todo ello motivó la decisión tomada por el ejecutivo el pasado 14 de abril 2020, por lo que se considera ajustada a derecho, pues, la falta de compromiso del Estado a través de sus instituciones ha evidenciado el abandono de estas personas, muchas de ellas ni siquiera condenadas, por lo que gozan aun de su presunción de inocencia.*

Por la anterior razón, en aras a proteger la vida y salud de esta población excluida del interés y trabajo del legislativo, de manera excepcional se considera que las disposiciones contempladas en el decreto que concreta el análisis cumplen con los principios derivados de la Constitución, la ley y la jurisprudencia, como la necesidad, proporcionalidad y conexidad. Son medidas extraordinarias para situaciones graves y sobrevinientes.

Téngase en cuenta que el hacinamiento carcelario ha sido un problema que se viene denunciando desde hace décadas, como se puede verificar en la parte motiva del decreto y, como ya se anotó, en la sentencia de constitucionalidad de 1998. Esta problemática ya debió ser resuelta. No obstante, la respuesta que se ha obtenido es acudir al populismo punitivo generando mayores tipos penales y aumento en penas, sin acudir a políticas públicas y políticas criminales adecuadas para prevenir el delito, controlar el hacinamiento y resocializar a las personas que se han visto inmersas en una conducta desviada, a fin de evitar la ocurrencia y reincidencia.

De no tomarse medidas en este momento, más aún como se indicó por la Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el 17 de marzo de 2020, entre otros organismos, corresponde al Estado adoptar las medidas de contención, básicas de higiene, distanciamiento social y el aislamiento personal, en los establecimiento penitenciarios y carcelarios, en aras a que se pueda garantizar la supervivencia de los internos durante el brote de la COVID-19, se estaría actuando, como lo han hecho hasta ahora nuestras instituciones, con total desprecio y desinterés por el privado de la libertad. Luego, al tener la obligación los estados de afrontar la problemática existente, en procura de evitar la propagación de la epidemia e incluso la pérdida de vidas y asonadas en los establecimientos carcelarios, resulta acertada la decisión adoptada.

Con base en los anteriores argumentos, el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional considera que el Decreto 546 del 14 de abril de 2020 se ajusta y es procedente frente al Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, en virtud de lo cual se considera debe ser declarado exequible parcialmente, en atención a que los artículos tercero, séptimo y veintisiete, se consideran inconstitucionales como se expresó en la parte motiva de este escrito al vulnerar derechos a la igualdad, presunción de inocencia, familia, salud y vida, entre otros.

---

<sup>39</sup> ibidem



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá

### C. Petición

Con base en lo expuesto, el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre Seccional Bogotá, solicita a la Honorable Corte Constitucional declare inexecutable los artículos, tercero, séptimo y veintisiete del Decreto Legislativo 546 de 2020.

De los señores Magistrados, atentamente,

**Jorge Kenneth Burbano Villamarín**  
**Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional**  
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.  
Calle 8 No. 5-80, Segundo Piso - Cel. 3153465150 - Correo: [jkbv@hotmail.com](mailto:jkbv@hotmail.com)

**Claudia Patricia Orduz Barreto**  
**Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional**  
Docente del Área de Derecho Penal, Facultad de Derecho Universidad Libre,  
Bogotá.  
C.C. 52104170. Tel. 3118868819 - Correo: [claudiaorduz@yahoo.com.mx](mailto:claudiaorduz@yahoo.com.mx)