

NUEVO TEST DE PONDERACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN COLOMBIA EN VIRTUD DEL COVID-19

Ronald Picón Sarmiento¹

RESUMEN

El Covid-19 visibilizó la ostensible vulneración de derechos humanos de la población privada de la libertad en Colombia en razón a la marcada ausencia de política criminal en el poder de configuración legislativa cuyas iniciativas se ven empañadas por populismo punitivo, cuyo único interés es ganar adeptos en los comicios electorales de una sociedad moralmente degradada que ve con buenos ojos la no garantía de sus más intrínsecos derechos constitucionales. Precisamente en el presente artículo se aborda la problemática jurídica que surge en Colombia en los sitios de reclusión intramural, toda vez que en razón del coronavirus existe una sobrepoblación en las estaciones de policía y sitios de reclusión transitorio de personas condenadas y en detención preventiva, que dificultan garantizar las condiciones mínimas de salubridad para mitigar la propagación del Covid-19, en consecuencia, se conculcan sus derechos fundamentales y estas nuevas circunstancias inusuales producto de la pandemia no son objeto de valoración por parte de los Jueces de Garantías al imponer una medida de aseguramiento: mi propuesta *lege referenda* es que mientras dure la vigencia de la Emergencia Sanitaria se debe adicionar nuevos elementos al test de ponderación que permitan a los Jueces tomar decisiones ajustadas a nuestro modelo constitucional.

¹ Abogado, Universidad Santo Tomas Seccional Tunja, con Especialización en Derecho Penal, Especialización en Derecho Penal y Procesal Penal, Magister en Derecho Penal y Procesal Penal. Candidato a Magister de Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás de Tunja. Correo electrónico: ronaldpicon@gmail.com.

Palabras Claves:

Test de Ponderación, Control difuso de convencionalidad, Control concentrado de constitucionalidad, Derechos humanos.

Abstract:

Covid-19 made visible the ostensible violation of human rights of the population deprived of liberty in Colombia due to the marked absence of criminal policy in the power of legislative configuration whose initiatives are clouded by punitive populism, whose only interest is to gain followers in the electoral elections of a morally degraded society that welcomes the non-guarantee of its most intrinsic constitutional rights. Precisely in this article, the legal problems that arise in Colombia in intramural detention sites are addressed, since due to the coronavirus there is overcrowding in police stations and temporary detention sites for convicted persons and in preventive detention, which make it difficult to guarantee the minimum health conditions to mitigate the spread of Covid-19 and, consequently, their fundamental rights are violated and whose new unusual circumstances as a result of the pandemic are not subject to assessment by the Judges of Guarantees when imposing a measure of protection. assurance: my lege referendum proposal is that while the Health Emergency lasts, new elements should be added to the weighting test that allow decisions to be made in accordance with a Social State of Law.

Keywords:

Weighting test, Fuzzy control of conventionality, Concentrated control of constitutionality, Human rights.

INTRODUCCIÓN

A finales del año 2019, un nuevo coronavirus SARS-CoV-2 empezó a propagarse desde Wuhan hacia el resto del mundo, en cuestión de meses, se convirtió en una pandemia, en donde nos reveló la fragilidad de nuestros ordenamientos jurídicos internos para afrontar los estragos que traía consigo su alta intensidad de propagación, afectando con mayor ahínco a los sistemas económicos y sociales de los países comúnmente denominado de tercer mundo.

Ahora bien, Colombia no fue ajena de los estragos ocasionados por el Coronavirus, frente a este nuevo reto jurídico tomó protagonismo el Presidente de la república quién investido de sus facultades excepcionales, se vio abocado a expedir centenares de Decretos Legislativos tomando medidas drásticas tales como el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la república de Colombia (Decreto Legislativo 457, 2020), suspensión de términos legales en las actuaciones administrativas y jurisdiccionales (Decreto Legislativo 491, 2020) el uso de las TICS en la Administración de Justicia (Decreto Legislativo 806, 2020) y en materia carcelaria se pretendió sustituir las penas de prisión y medidas de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios por domiciliarias en virtud del Covid-19 (Decreto Legislativo 546, 2020), empero, en razón a la marcada ausencia de política criminal dicho precepto normativo no presentó soluciones reales al Hacinamiento carcelario, *contrario censu*, agudizó las tasas de sobrepoblación en los sitios de reclusión, toda vez que en su artículo 27 suspendió el traslado de personas privadas de la libertad a establecimientos penitenciarios y carcelarios del orden nacional y su reclusión obligatoria en las URI y ESTACIONES DE POLICIA, medida que pese a que se limitó por un periodo de 3 meses, abrió la puerta para que el INPEC no ordene los respectivos traslados aún en la actualidad, sometiendo a la población carcelaria a tratos crueles e inhumanos durante su sitio de reclusión

en estaciones transitorias cuyas instalaciones no garantizan las condiciones mínimas de salubridad para mitigar el impacto del coronavirus.

El presente artículo pretende indicar la crisis actual de hacinamiento en las estaciones de policía y sitios de reclusión transitorios en Bucaramanga, orientado al régimen de imposición de medida de aseguramiento en Colombia con el fin de exponer una propuesta *lege referenda* en el test de ponderación que permita a los jueces de la república tomar decisiones ajustadas a derecho y admisibles en nuestro Estado social y democrático de derecho.

Actualmente, los agentes policiales realizan funciones propias de un guardián del INPEC porque se ven obligados a custodiar al personal privado de la libertad que no reciben en las cárceles, situación que no solo podría tener incidencia en un régimen de responsabilidad extracontractual del Estado al obligar a los policías a extralimitarse de sus funciones sino que, además, se está sometiendo a tratos crueles e inhumanos a las personas que se encuentran en dichos sitios de reclusión transitorios en condiciones infrahumanas y atentatorias de cualquier concepto de dignidad humana, totalmente inadmisibles no solo por nuestro modelo constitucional sino en virtud de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y de la cual, Colombia es estado parte.

Curiosamente dentro de nuestro marco jurídico existen herramientas jurídicas que pueden solventar estas dificultades en procura de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas cuando el Estado hace uso del IUS PUNIENDI, no obstante, se adolece de dicha posibilidad en el régimen de imposición de medida de aseguramiento, siendo esta la primera oportunidad que tiene el Estado para privar de la libertad a un ciudadano mientras es llevado juicio oral.

- **Objetivo general**

Proponer una fórmula de interpretación *lege referenda* que permita a los jueces control de garantías imponer medidas de aseguramiento, teniendo en cuenta la crisis de hacinamiento carcelario en las estaciones de policía y unidades de reacción inmediata en Bucaramanga, en virtud del covid-19.

Objetivos específicos

- Realizar un estudio doctrinal y de las disposiciones legales que regulan la imposición de la medida de aseguramiento en Colombia.
- Identificar los derechos vulnerados de la población privada de la libertad que se encuentran en detención preventiva en sitios de reclusión transitorios.
- Exponer la realidad de las condiciones de detención en las URI y ESTACIONES DE POLICIA de Bucaramanga.

SUMARIO

1. La medida de aseguramiento en Colombia. 1.1 Requisitos objetivos de la imposición de la medida de aseguramiento. 1.2 Requisitos subjetivos de la imposición de la medida de aseguramiento. **2. Control de convencionalidad en Colombia.** **3. Derechos de las personas privadas de la libertad.** 3.1. Relación de sujeción especial entre el Estado y las personas privadas de la libertad. 3.2. Derecho a no ser sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, y a tener condiciones dignas de reclusión. 3.3. Competencias en materia de atención a la población privada de la libertad. 3.4. Competencia respecto del lugar de la privación de la libertad y las condiciones del mismo. 3.5. Detención en unidades de reacción inmediata. 3.6 Regulación en materia del sistema penitenciario en vigencia de la emergencia económica, social y ecológica producto del coronavirus en Colombia. **4. Situación**

actual en las estaciones de policía y unidades de reacción inmediata en Bucaramanga. 5. ¿El juez control de garantías en Colombia se puede abstener de imponer una medida de aseguramiento intramural teniendo en cuenta las condiciones infrahumanas de reclusión en los sitios de detención transitoria, tales como estaciones de policía y unidades de reacción inmediata?. 6. Propuesta de un nuevo test de ponderación en sede de imposición de medida de aseguramiento en Colombia en ejercicio del control difuso de convencionalidad. 7. Conclusiones.

1. Imposición de la medida de aseguramiento en Colombia.

El fundamento de las medidas de aseguramiento se encuentra en la norma fundamental en el artículo 250, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, artículo 2, numeral 1 en la que se asigna la función a la fiscalía general de la Nación de “ solicitar al juez que ejerza funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, especialmente las víctimas” (Constitución Política de Colombia, 2002, 19 de diciembre, p. 9)

En Colombia a través de la Ley 906 de 2004 se adoptó por un sistema de partes en un proceso adversarial modulado con tendencia acusatoria y claramente adjudicativo, puesto que tal y como lo refiere Saray (2017) :

Con el Acto Legislativo 03 de 2002 se introdujo la más importante modificación que se haya realizado al diseño constitucional del régimen de procedimiento penal en Colombia, pues se acogió un sistema procesal de tendencia acusatoria que abandonó el tradicional sistema inquisitivo o mixto inquisitivo que tradicionalmente ha regido en el país. (p. 9)

Así las cosas, la Fiscalía General de la Nación se convierte en parte dentro del proceso penal, y, en consecuencia, toda afectación de derechos fundamentales del investigado es definida por un Juez que debe autorizarla o convalidarla en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de las garantías constitucionales.

Es por ello que el legislador reguló los requisitos formales y sustanciales que debe satisfacer el solicitante (Fiscalía General de la Nación o Víctima) destacando que la restricción a la libertad es excepcional y que solo procederá cuando además de satisfacer los requisitos objetivos y subjetivos, dicha medida es necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales, conforme se extrae del artículo 295 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906, 2004)

1.1 Requisitos objetivos de la solicitud de la medida de aseguramiento.

Como requisitos objetivos de la solicitud de medida de aseguramiento, tenemos:

- Individualización y/o identificación del imputado. El artículo 128 del Estatuto Procesal prescribe “ La Fiscalía General de la Nación estará obligada a verificar la correcta identificación o individualización del imputado, a fin de prevenir errores judiciales” (Ley 906, 2004, p. 3)
- Enunciación de la calificación jurídica, pues con ello se habilitaría el control material del Juez de dicha calificación provisional.
- Argumentación de la inferencia razonable de autoría o participación, conforme el artículo 208 del C.P.P. (Ley 906, 2004,) a partir de:

- Los hechos jurídicamente relevantes, recordemos que se entiende por hecho jurídicamente relevante la descripción típica objetiva de la conducta punible señalada con su debida circunstancias de tiempo, modo y lugar (Corte Suprema de Justicia,sentencia radicado 51007,2019).
- Los medios cognoscitivos que los soportan.
- Las razones que permiten vincular al imputado con el delito.
- Justificación de la urgencia de la medida de aseguramiento: la urgencia es requisito de procedencia de la medida cualquiera sea su modalidad (Corte Constitucional,sentencia C-695, 2013).
- Acreditación de la necesidad de la medida, a partir de los fines constitucionalmente validos y admisibles para su imposición.

Resulta importante destacar que el grado de conocimiento exigible por el legislador en este estadio procesal es el de inferencia razonable de autoría o participación sin que exista una definición en la Ley en sentido material, no obstante, la doctrina especializada como criterio auxiliar del Derecho ha intentado definirla encontrándose con mayor aceptación la ofrecida por el doctor Londoño (2018):

La inferencia razonable es una operación lógica – analítica encargada de determinar la existencia de una situación a partir de la realidad objetiva de otra. Comprende un juicio de valor de probabilidad o potencialidad inminente. La inferencia razonable atiende a dos presupuestos conceptuales derivadas de su misma estructura lingüística. (p. 391)

1.2 Requisitos subjetivos imposición de la medida de aseguramiento.

Ahora bien como requisitos subjetivos, el artículo 208 del Estatuto procesal refiere como fines de la detención preventiva:

- Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
- Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
- Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia. (Ley 906, 2004)

Al respecto es loable destacar que Colombia pese a que es Estado parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos desconoce el criterio de detención preventiva que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha decantando a través de una línea jurisprudencial pacífica, puesto que se ha puntualizado que la detención preventiva cumple una finalidad meramente procesal cuyo fin constitucionalmente admisible es la obstrucción a la administración de justicia y/o peligro de fuga, empero, el peligro a la comunidad no es un fin convencionalmente admisible porque la prevención general y especial es un fin propio de la pena y no de la detención preventiva. No obstante la anterior, nuestro máximo Tribunal Constitucional en control concreto de constitucionalidad declaró la exequibilidad del artículo 310 de la Ley 906 de 2004 aplicando el bloque de constitucionalidad en sentido lato aplicando la función interpretativa como criterios para clarificar el contenido y el alcance de los derechos y deberes consagrados en la Constitución (Corte Constitucional, Sentencia C-469, 2016).

Sin perjuicio lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos puntualizó que las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son por sí mismas justificación suficiente de la detención preventiva (CIDH, Caso Bayarri vs Argentina, 2008)

Adicional a lo anterior, la Fiscalía General de la Nación tiene el deber de demostrar la insuficiencia de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad de cara a los fines

admisibles de la medida de aseguramiento, al tenor de lo consagrado en el parágrafo 2 del artículo 307 del C.P.P. que prescribe que:

Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien las solicita pruebe, ante 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 (Ley 906, 2004, p. 8).

Ahora bien y conforme al artículo 295 del C.P.P. en razón a que la detención preventiva es la excepción y la libertad es la regla general, el juez de control de garantías en Colombia solo podrá imponer una medida de aseguramiento cuando del juicio de proporcionalidad o test de ponderación determine que la misma es idónea (aptitud de éxito en procura de que el riesgo se materialice) , es necesaria, es decir, es la menos restrictiva posible pero igualmente idónea para cumplir el mismo fin constitucional y es proporcionalidad en sentido estricto en el sentido de resolver la tensión de intereses entre el derecho fundamental a la libertad y el fin constitucionalmente valido para imponer la medida (Ley 906, 2004).

2. El control de convencionalidad en Colombia.

Sea lo primero en señalar que la Convención Americana de Derechos Humanos hace parte de nuestro ordenamiento jurídico desde mucho antes de la Constitución Política de Colombia de 1991, pues Colombia es Estado parte desde el 31 de 1973 – a través de la Ley aprobatoria 16 de 1972- y reconoció la competencia contenciosa de este Tribunal el 21 de Junio de 1985 (C.I.D.H., Caso Petro Urrego Vs Colombia,2020). Empero, el Modelo Institucional adoptado por Colombia a partir de la Carta Política del 91, facilitó la exigencia del deber a los Jueces de la república como a las autoridades con funciones jurisdiccionales a

ejercer un control convencional de los preceptos legales reinantes en el ordenamiento jurídico interno, en virtud del artículo 4 de la Carta Magna.

El auge y desarrollo del control de convencionalidad en países latinoamericanos ha tenido 3 etapas, siendo la última de ellas la que ha dado lugar a la aplicación del control de convencionalidad. Describe Quinche (2017) como primera etapa, en la que se desarrolló un proceso de legalización del derecho por alrededor de dos siglos, en donde el principio de legalidad era prevalente y predominante, por supuesto, una concepción de la legalidad únicamente vinculada a la ley en su sentido común o más estricto, con la concurrencia de una marcada defensa a la soberanía nacional.

Posterior a ello, expone Quinche (2017) que se produjo un proceso de constitucionalización del derecho legal en la segunda mitad del Siglo XX que permitió la instauración del principio de supremacía de la Constitución al igual que la asunción de su carácter normativo. Bajo tal paradigma, el Juez no solamente es la boca de la ley o resuelve sus casos a partir de las leyes expedidas por la rama legislativa, sino que la Constitución, al ser el fundamento axiológico de las leyes, exige que estas deben ser interpretadas de acuerdo con los principios consagrados en aquella.

Por último, concluye Quinche (2017) que en el siglo XXI ha sido ostensible la interferencia y decidida modificación de los ordenamientos jurídicos nacionales por la aplicación de normas de derecho internacional de los derechos humanos, de derecho penal internacional, del derecho internacional humanitario y del derecho internacional privado, que conllevan a replantear el sistema de fuentes como clásicamente se había erigido.

Ahora bien y en consonancia con lo expuesto por la H. Corte Constitucional en providencia C-469 de 2016, el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia consagra el bloque de constitucionalidad: en el inciso 1 regula el bloque de constitucionalidad en sentido

estricto, a través del cual las disposiciones legales que consagran los tratados internacionales de derechos humanos que ratifique el Estado Colombiano vía congreso de la república integran el ordenamiento jurídico del Estado Colombiano y no necesariamente infra o supra constitucional sino simplemente hacen parte de la constitución en aplicación del principio de Interpretación; *contrario censu*, en su inciso 2 prescribe que los demás tratados internacionales que suscriba Colombia como Estado parte hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido amplio y por ende solo integran el ordenamiento jurídico interno las disposiciones que puedan ser armonizadas con nuestra Constitución en aplicación del principio de Integración o función integradora.

La anterior intelección expuesta por nuestro Máximo Tribunal Constitucional es importante para la propuesta contenida en este artículo académico, pues es el sustento normativo para facultar a los jueces de la república para aplicar un test de ponderación sin reserva legal pero con respaldo en la garantía de los derechos humanos exigibles a través del control difuso de convencionalidad con aplicación directa de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En la precitada sentencia la Honorable Corte Constitucional se vio avocada a realizar un control abstracto de constitucionalidad al artículo 310 de la Ley 906 de 2004,

toda vez que, en opinión del accionante, se vulneraban los artículos 28 y 93 de la Constitución y los artículos 7 (nùm 2,3 y 5) y 8 (nùm. 1 y 2) de la CADH, en el entendido que la disposición legal demandada faculta la imposición de la detención preventiva en base en el supuesto para imponer la medida cuando el proceso constituye un peligro a la sociedad, lo que es contrario al bloque de constitucionalidad y a la interpretación del artículo 7.3 de la CADH efectuada por la Comisión IDH (Gil, 2019, p. 271)

Así mismo, el accionante manifestó, con base en un informe emanado de la Comisión I.D.H., que la imposición de la prisión preventiva debe estar conforme con los principios de presunción de inocencia y libertad, por lo que solo puede ser ordenada en dos situaciones: ante la existencia de riesgo de que el procesado eluda a la justicia o cuando su proceder pueda obstaculizar la investigación penal.

Para estudiar el estudio de exequibilidad de las normas demandadas, la Corte Constitucional se refirió a varias sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tales como: el caso de Tibi Vs Ecuador y Ricardo Canese vs Paraguay; adicional a ello, se tuvo en cuenta que al evaluar el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, las autoridades judiciales debe tener en cuenta la gravedad del crimen, por lo que la prisión preventiva se justifica sólo en la medida en que la reiteración delictiva sea real, y se debe analizar la historia personal, profesional y el carácter del acusado (C.I.D.H., Informe Anual, 1997)

En este punto es menester acotar, que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos está constituido por un órgano denominado la Corte Interamericana de Derechos Humanos quién es el único autorizado para interpretar los tratados internacionales cuyo criterio se reproducen a través de su jurisprudencia. De otro lado, está la Comisión Interamericana de Derechos Humanos quién se encarga de emitir informes que sirven de criterio orientador de los estados partes en temas específicos cuando aún no ha existido un pronunciamiento jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – en adelante CIDH-

Finalmente el máximo tribunal constitucional en Colombia declaró exequible los apartes demandados del artículo 310 de la Ley 906 de 2004, con aplicación de un bloque de constitucionalidad en sentido estricto y garantiza los derechos fundamentales de la víctimas prevalentes en el ordenamiento jurídico interno, en una decisión muy debatida y que incluso fue objeto de un salvamento de voto de parte del Magistrado doctor^{3.4} Luis Ernesto Vargas Silva,

quien refirió su disenso con la decisión tomada por la sala en el entendido que dicho precepto legal desconoce los estándares interamericanos en materia de detención preventiva, las cuales han pregonado y facultado las detenciones preventivas en fines netamente procesales, entiéndase estos a la obstrucción a la justicia y peligro de fuga y no sustanciales, como erradamente lo ha interpretado la alta corte guardiana de los derechos fundamentales en Colombia.

3. Derechos de las personas privadas de la libertad.

3.1 Relación de especial sujeción entre el Estado y las personas privadas de la libertad.

Siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia decantada por la Corte Constitucional, tenemos que el máximo tribunal constitucional ha explicado la relación de especial sujeción administrativa de los internos del sistema penitenciario y carcelario del país, así como las consecuencias de la misma en el ejercicio de derechos fundamentales.

Frente a este punto, tanto la jurisprudencia de la Corte (Corte Constitucional, Sentencia T-075, 2016) como la doctrina especializada (López, 1994) señalan que la relación de especial sujeción es el estrecho y fuerte vínculo que surge entre la administración pública (carcelaria) y los reclusos, a partir de la cual una persona queda a merced del poder público, esto debido a la situación de dependencia de los últimos sobre la primera. Se entiende que esta relación especial tiene como efecto que la administración pública queda dotada de extraordinarias facultades debido al debilitamiento o restricción de algunos derechos de los ciudadanos.

De la jurisprudencia constitucional se extraen seis elementos característicos de la relación de especial sujeción administrativa de internos al sistema penitenciario y carcelario: (i)

existe subordinación de una parte (el recluso), a la otra (el Estado); (ii) esta subordinación se materializa en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial (controles disciplinarios y administrativos especiales y posibilidad de limitar el ejercicio de derechos fundamentales); (iii) este régimen en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial debe estar autorizado por la Constitución y la ley; (iv) la finalidad del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales, es la de garantizar los medios para el ejercicio de los demás derechos de los internos y lograr el cometido principal de la pena.

De esta manera, de la relación de especial sujeción administrativa, emerge (i) la posibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales de los reclusos (intimidad, reunión, trabajo, educación), (ii) la imposibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales (vida, dignidad humana, libertad de cultos, debido proceso, habeas data, entre otros) y (iii) el deber positivo en cabeza del Estado de asegurar el goce efectivo tanto de los derechos no fundamentales como de los fundamentales, en la parte que no sea objeto de limitación cuando la misma procede, y en su integridad frente a los demás, debido a la especial situación de indefensión o de debilidad manifiesta en la que se encuentran los reclusos (iv) el deber positivo en cabeza del Estado de asegurar todas las condiciones necesarias que permitan a su vez condiciones adecuadas para la efectiva resocialización de los reclusos.

3.2 Derecho a no ser sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, y a tener condiciones dignas de reclusión.

La prohibición de someter a las personas a tratos crueles o penas crueles, inhumanos o degradantes, contenida en el artículo 12 de la Carta Política (Constitución Política de Colombia, 1991) , desarrolla de manera concreta el derecho al reconocimiento de la dignidad humana y es aplicable en cualquier circunstancia ya que no puede ser suspendida, ni siquiera en estados de

excepción. En el marco de la ejecución de medidas privativas de la libertad dispuestas con ocasión de un proceso penal esta prohibición hace parte de las garantías de un juicio justo.

En igual sentido, el artículo 5, numeral 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que “nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (Par. 25) y el numeral 4 establece que “los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas” (Par. 27).

El Comité de Derechos Humanos al referirse a esta disposición ha indicado que los reclusos no pueden ser sometidos a un trato que implique restricciones distintas de las que resulten de la privación de la libertad, pues la prohibición antes señalada es una norma universal que no se excusa por deficiencias materiales (falta de infraestructura) o limitaciones económicas de los estados para satisfacer las necesidades básicas de los detenidos.

El artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento o experimentos médicos o científicos” (Par. 40) y en coherencia con ello el artículo 10 señala que “toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”(Par. 58) , proposición que ha sido desarrollada en otros instrumentos internacionales como el conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión y las reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos, normas de soft law que describen las condiciones mínimas acordes con el principio de dignidad humana.

Aunque son múltiples y variadas las reglas adoptadas por las Naciones Unidas por una buena organización penitenciaria y el tratamiento digno de los reclusos, entre ellas cabe

destacar las siguientes, porque son particularmente relevantes en la definición del problema jurídico que se planteará en el presente escrito:

En materia de higiene los reclusos condenados deben contar con agua y los artículos de aseo indispensables para su salud y limpieza, además de los medios para el cuidado personal, al fin de que “se presenten de un modo correcto y conserven el respeto de sí mismos”.

De manera particular, respecto del trato y condiciones en que deben permanecer las personas en detención preventiva, esto es, los procesados no sentenciados, la (Oficina de Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Para el Tratamiento de los Reclusos, 2015) sección C reglas 84 a 93, de las reglas mínimas establece que podrán, si lo desean, alimentarse por su propia cuenta procurándose alimentos del exterior por conducto de la administración, de su familia o de sus amigos. En caso contrario, la administración suministrará la alimentación.

Ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que las deficientes y antihigiénicas condiciones de detención y antihigiénicas condiciones de detención constituyen formas de tortura psicológica que ponen en riesgo otros derechos de las personas afectadas como el derecho a la salud, a la integridad personal e incluso a la vida.

Respecto de tratos degradantes, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que para que el castigo sea degradante, la humillación debe exceder determinado nivel y en todo caso, entrañar otros elementos que vayan más allá del simple hecho de ser privado de la libertad.

La condición de marginalidad y precariedad de las personas privadas de la libertad dentro de la deliberación y el debate democrático, supone que el juez constitucional sea especialmente sensible con la protección de sus derechos. Especialmente, el derecho

constitucional de toda persona privada de la libertad a estar en condiciones respetuosas de un mínimo vital en dignidad, implica, por lo menos: una reclusión libre de hacinamiento; una infraestructura adecuada; el derecho a no estar sometido a temperaturas extremas; el acceso a servicios públicos ; a alimentación adecuada y suficiente; al derecho a la salud, a la integridad física y mental y a vivir en un ambiente salubre e higiénico; el derecho de toda persona a las visitas íntimas; el derecho a poder regresar a una sociedad en libertad y democracia; así como el derecho de acceso a la administración pública y a la administración de justicia. (Corte Constitucional, T-388, 2013)

3.3 Competencias en materia de atención a la población privada de la libertad.

Con ocasión de la situación carcelaria que ha dado lugar a declarar el estado de cosas inconstitucional en la sentencia T-153 de 1998, luego en la sentencia T-388 de 2013, y reiterado recientemente en la sentencia T-762 de 2015, se adoptaron medidas legislativas de reorganización del Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario, el cual parte de la atribución en el (Decreto 2636, 2004) en su artículo 3, al Gobierno Nacional por conducto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario Inpec, de la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta a través de una sentencia penal condenatoria, el control de las medidas de aseguramiento, del mecanismo de seguridad electrónica y de la ejecución del trabajo social no remunerado.

Posteriormente se creó la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios USPEC por el (Decreto 4150, 2011), para que, en coordinación con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario Inpec, gestione y garantice el suministro de bienes y la prestación de servicios necesarios para atender a la población privada de la libertad.

Así, la gestión administrativa y de soporte logístico fue asumida por la USPEC, en tanto el Inpec, de acuerdo al (Decreto 4151, 2011) se encarga de la función de vigilancia y custodia, atención y tratamiento de las personas privadas de la libertad, vigilancia y seguimiento del mecanismo de seguridad electrónica y de la ejecución del trabajo social, entre otros.

Para coordinar y atender de manera efectiva los requerimientos que surgen para el cumplimiento de las medidas privativas de la libertad en los distintos establecimientos de reclusión, se creó el Comité de Coordinación de Funciones y Competencias INPEC-USPEC.

3.4 Competencia respecto del lugar de privación de la libertad y las condiciones del mismo.

Para efecto de determinar el lugar de ejecución de las medidas privativas de la libertad, el artículo 304 de la Ley 906 de 2004, dispone:

Cuando el capturado deba privarse de la libertad, una vez se imponga la medida de aseguramiento o la sentencia condenatoria, el funcionario judicial a cuyas órdenes se encuentre lo entregará inmediatamente en custodia al Inpec o a la autoridad del establecimiento de reclusión que corresponda, para efectuar el ingreso y registro al sistema penitenciario y carcelario. Antes de los momentos procesales indicados el capturado estará bajo la responsabilidad del organismo que efectuó la aprehensión (pág. 8)

A su turno, el artículo 51 de la Ley 1709 de 2014 establece que:

El Juez de Conocimiento o el Juez de Control de Garantías, según el caso, señalará el centro de reclusión o establecimiento de rehabilitación donde deban ser recluidas las personas en detención preventiva. En el caso de personas condenadas, la autoridad

judicial la pondrá a disposición del Director del INPEC, en el establecimiento más cercano, quien determinará el centro de reclusión en el cual deberá darse cumplimiento de la pena. En caso de inimputables por trastorno mental o enfermedad mental sobreviniente, el Juez deberá ponerlas a disposición del servicio de salud (p. 1)

Estas medidas se ejecutan a través de los establecimientos de reclusión que, de acuerdo con (Ley 1709, 2014) se clasifican en:

1. **Cárceles de detención preventiva**, que son establecimientos a cargo de las entidades territoriales que están dirigidos exclusivamente a la atención de personas en detención preventivas.
2. **Penitenciarías**, que son establecimientos destinados a la reclusión de condenados y en las cuales se ejecuta la pena de prisión, mediante un sistema progresivo para el tratamiento de los internos.
3. **Casas para detención y cumplimiento de la pena por conductas punibles culposas cometidas en accidente de tránsito o en ejercicio de toda profesión y oficio.** Estos establecimientos serán autorizados por el INPEC y dependerán del respectivo establecimiento de reclusión del orden nacional de su jurisdicción.
4. **Centros de arraigo transitorio**, en los cuales se da atención de personas a las cuales se les ha proferido medida de detención preventiva y que no cuentan con un domicilio definido o con arraigo familiar o social.

5. Establecimientos de reclusión para inimputables por trastorno mental permanente o transitorio con base patológica y personas con trastorno mental sobreviniente. Estos establecimientos estarán bajo la dirección y coordinación del Ministerio de Salud y Protección Social, en los cuales serán recluidas las personas con trastorno mental permanente o transitorio con base patológica, los cuales están destinados a alojar y rehabilitar a inimputables por trastorno mental, según decisión del Juez de conocimiento previo dictamen pericial del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y a aquellas personas a quienes se les sustituye la pena privativa de la libertad por internamiento en este tipo de establecimiento como consecuencia de un trastorno mental sobreviniente. La custodia y vigilancia externa de estos establecimientos estará a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.

6. Cárceles y penitenciarías de alta seguridad. Son establecimientos destinados al cumplimiento de la detención preventiva o de la pena impuesta a personas que ofrecen especiales riesgos de seguridad a juicio el Director del INPEC.

7. Cárcel para mujeres, que son destinadas para la detención preventiva de las mujeres procesadas, y la penitenciarías para mujeres que son establecimientos para el cumplimiento de la pena impuesta a las mujeres condenadas.

8. Cárceles y penitenciarías para miembros de la Fuerza Pública. El Ministerio de Defensa Nacional construirá o adecuará los centros de reclusión para miembros de la Fuerza Pública, previo concepto del INPEC.

9. Colonias, que son establecimientos para purgar la pena, preferencialmente para condenados de extracción campesina o para propiciar la enseñanza agropecuaria.

10. Demás centros de reclusión que se creen en el sistema penitenciario y carcelario.

La (Ley 65,1993) en su artículo 17, señala que es competencia de los departamentos, municipios, áreas metropolitanas y del distrito capital, la creación, fusión o supresión, dirección, organización, administración, sostenimiento y vigilancia de las cárceles para las personas detenidas preventivamente y condenadas por contravenciones que impliquen privación de la libertad, por orden de autoridad policiva, para lo cual deben proveerse los recursos en los presupuestos de dichos entes territoriales y pueden celebrarse con la Nación a efecto de mejorar la infraestructura y el sostenimiento de los centros de reclusión.

Empero, será el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario quien ejercerá la inspección y vigilancia de las cárceles de las entidades territoriales y, como lo resaltó (Corte Constitucional, Sentencia T-471, 1995), será éste el responsable de la ejecución de las sentencias penales y la detención precautelativa, la evaluación de las medidas de seguridad y la reglamentación y control de las penas accesorias.

En este orden, la posición de garante del INPEC no surge por el lugar en donde haya sido confinado el detenido o condenado (si es o no un establecimiento de reclusión), sino porque en virtud de orden judicial la persona debe permanecer privada de la libertad en un establecimiento carcelario o penitenciario.

Cabe resaltar que conforme a los artículos 19 y 21 de la (Ley 65, 1993), las cárceles y pabellones de detención preventiva son establecimientos dirigidos exclusivamente a la atención de personas en detención preventiva, que están a cargo de las entidades territoriales.

En materia de infraestructura y dotación, el (Decreto 204, 2016) en su artículo 2.2.1.12.2.7 determina que la infraestructura para la efectiva vigilancia, custodia, atención y

tratamiento de las personas privadas de la libertad, incluyendo la dotación de saneamiento básico (elementos y las condiciones necesarias para garantizar la higiene y salubridad dentro de los establecimientos de reclusión), y todos los bienes y servicios que se requieran para el funcionamiento del sistema penitenciario y carcelario, estaría a cargo de la USPEC.

3.5 Detención en Unidades de Reacción Inmediata.

Además de la regulación señalada para los establecimientos de reclusión, el legislador con carácter restrictivo y excepcional consagró la posibilidad de albergar a personas privadas de la libertad sin sentencia en las Unidades de Reacción Inmediata URI, que son centros de servicio al ciudadano a cargo de la Fiscalía General de la Nación. La organización de estas unidades también corresponde a la necesidad, conforme al artículo 28 de la (Constitución Política de Colombia, 1991), le corresponde legalizar la situación de la persona detenida en un término no mayor a 36 horas.

Es preciso hacer mención a la naturaleza de estas unidades en orden a resaltar que las URI no son lugares destinados a la reclusión de personas procesadas o condenadas o en ejecución de una sentencia. Es así como la (Ley 1709, 2014) consagró la posibilidad de albergar en detención transitoria a personas en Unidades de Reacción Inmediata o una unidad similar.

Dice esta norma:

Artículo 28A. Detención en Unidad de Reacción Inmediata o similar. La detención en Unidad de Reacción Inmediata (URI) o unidad similar no podrá superar las treinta y seis (36) horas, debiendo garantizarse las siguientes condiciones mínimas: separación entre hombres y mujeres, ventilación y luz solar suficientes, separación de los menores de edad y acceso a baño.

Parágrafo. Dentro de los dos años siguientes a la vigencia de la presente ley las Entidades Territoriales adecuarán las celdas a las condiciones de las que trata el presente artículo (Ley 1709, 2014, p. 1).

Para materializar la reclusión de las personas aprehendidas, señala la ley que es competencia de la Dirección del INPEC disponer del traslado de los internos condenados de un establecimiento a otro, por decisión propia, motivada o por solicitud formulada ante ella, conforme al artículo 73 de la Ley 65 de 1993.

3.6 Regulación en materia del Sistema Penitenciario en Vigencia de la Emergencia Económica, Social y Ecológica producto del Coronavirus en Colombia.

El objetivo del presente artículo es exponer la crisis sanitaria en los centros de detención preventiva en Bucaramanga, para tal efecto es menester traer acotación como antecedente normativo que motivó la actual crisis sanitaria el (Decreto Legislativo No. 546, 2020) que en su artículo 27 señaló:

ARTÍCULO 27°.- Suspensión del traslado de personas privadas de la libertad de entes departamentales o municipales. A partir de la fecha de vigencia del presente Decreto Legislativo, quedan suspendidas por el término de tres (3) meses, los traslados de personas con medida de 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).

Para tal efecto, las entidades territoriales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 80 de 1990 y el artículo 17 de la Ley 65 de 1993, deberán adelantar las gestiones para garantizar las condiciones de reclusión de las personas privadas de la libertad, con medidas de aseguramiento y condenadas en centros transitorios de detención como Estaciones de Policía, Unidades de Reacción Inmediata y otros; durante este periodo podrán acudir a los fondos de infraestructura carcelaria municipales o departamentales que hayan creado, con las fuentes previstas en el párrafo 3° del artículo 133 e la Ley 1955 de 2019. (p.26)

Si bien es cierto el sentido del aludido Decreto era combatir el hacinamiento carcelario y mitigar el riesgo de propagación del Coronavirus en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica; no es menos cierto que el aludido Decreto solo facultó al INPEC de suspender el traslado de los PPL solo por un término excepcional de 3 meses, y no de forma indefinida como erróneamente lo ha entendido el INPEC, yerro que tiene abarrotadas las Estaciones de Policía y URI en el país.

Previendo lo anteriormente descrito es que se expide el (Decreto Legislativo No. 804, 2020) a través del cual se estableció que durante la vigencia de la emergencia sanitaria generada por la enfermedad coronavirus Covid-19, las entidades territoriales podrán adelantar la adecuación, ampliación o modificación de inmuebles destinados a centros transitorios de detención. Sólo requerirán autorización de la autoridad municipal o distrital competente y concepto sobre las condiciones de sismo resistencia y de seguridad humana, emitido por la autoridad municipal o distrital encargada de la gestión de riesgo.

De otra parte, la Fiscalía General de la Nación a través de la (Resolución No. 0674, 2020), por medio del cual se adopta el direccionamiento estratégico de la Fiscalía General de la Nación en tiempos de covid-19, señaló en el objetivo estratégico No. 6 la aplicación de criterios de priorización y racionalización de la privación de la libertad recalcando la excepcionalidad de

las medidas de aseguramiento; No obstante lo anterior, la realidad es que actualmente, el ente acusador en las audiencias preliminares en el 98% de las órdenes de captura solicita imposición de las medidas de aseguramiento obviando las condiciones infrahumanas en que son puestas las personas detenidas preventivamente mientras se le vence en juicio.

4. Situación actual de las Estaciones de Policía y Unidades de Reacción Inmediata en Bucaramanga.

Los antecedentes normativos expuestos en líneas anteriores originaron el caos institucional y sanitario que se vive actualmente en las estaciones de Policía y URI en Colombia: si bien es cierto el artículo 27 del (Decreto 546, 2020,) suspendió por 3 meses el traslado de los ppl a los centros carcelarios, no es menos cierto que el (Decreto 804, 2020) estableció que durante la emergencia sanitaria generada por el coronavirus las entidades territoriales podrán adelantar la adecuación, ampliación o modificación de inmuebles destinados a centros transitorios de detención. Empero, lo acontecido en la realidad es que actualmente y sin sustento legal el INPEC se está absteniendo de recibir ppl y las entidades territoriales no han realizado esfuerzos para garantizar centros de detención transitorios dignos; en consecuencia, los ppl se encuentran en estaciones de Policía y URI bajo custodia de agentes de Policía en condiciones infrahumanas y con hacinamiento carcelario.

En Bucaramanga las cifras de sobrepoblación son alarmantes y las condiciones de reclusión son atentatorias de los derechos humanos a la vida, salud y dignidad humana de la población privada de la libertad, veamos:

- En las estaciones de Policía de Bucaramanga existe un hacinamiento del 602% y en URI aproximadamente del 500% , en el (Jugado Primero Laboral del Circuito de

Bucaramanga, Sentencia de Tutela Rad. 68001310500120200018501, 2020) se describen las pésimas condiciones y cifras de hacinamiento en dichos lugares:

- En el Bunker de la Fiscalía General de la Nación (todos sindicados):
 - Las celdas están ubicadas en el sótano del edificio y por funcionar allí el parqueadero existe una exposición constante de los reos y sindicados a los gases contaminantes de los vehículos.
 - Existen 3 celdas con capacidad para una persona cada una, empero la realidad es que allí se encuentran reclusas 16 personas con un hacinamiento cercano al 500%.
 - Existe solo un baño sanitario en regular de estado para garantizar el acceso a 16 personas.
- En la estación de Policía del centro de Bucaramanga (64 sindicados y 54 condenados) :
 - Las celdas no tienen luz artificial ni ventilación y están divididas en 4 improvisadas salas: una sala 01 que alberga 06 personas que no tiene baño, la sala 02 que alberga 47 personas que cuentan con un sanitario y una ducha, una sala 03 que alberga 51 personas cuenta con un sanitario y una ducha y la sala 04 que es un espacio debajo de las escaleras que alberga 14 mujeres.
- En la estación de Policía del norte de Bucaramanga (80 sindicados y 30 condenados):
 - Hay 3 celdas con capacidad de 4 personas (no obstante albergan cerca de 110 personas) cada una sin que cumplan con los mínimos de higiene, ventilación e iluminación para el albergue de tantas personas, así mismo se habilitó la zona de parqueaderos para albergar más personas privadas de la libertad, las que están en la zona del parqueadero deben estar esposadas todo el día para evitar fugas y solo cuentan con un baño.

- Estación de Policía del sur de Bucaramanga (74 Sindicados y 4 Condenados):
- Están distribuidas 3 celdas con capacidad para 4 personas, no obstante, se encuentran reclusas 78 personas, no hay duchas ni baño y los ppl los desplazan a otro lugar y en la noche deben ser esposados para evitar fugas.

Tabla 1*Hacinamiento Estaciones de Policía en Bucaramanga*

Estación	Capacidad	Cantidad	%	No. PPL	No. PPL
		PPL	Hacinamiento	Condenados	Sindicados
Norte	15	110	633	23	87
Centro	15	104	593	48	56
Sur	12	81	575	5	76
Total	42	295	602	76	219

Como se puede observar en líneas anteriores, las estaciones de Policía y URI en Colombia no tienen la infraestructura idónea para albergar a personas privadas de la libertad, en dichos sitios de detención no se garantiza el acceso al agua, no existen distinción entre sindicados y condenados, existe una sobrepoblación que no permite garantizar las condiciones de aislamiento necesarias para evitar el contagio del Covid-19, no tiene una ventilación suficiente ni mucho menos iluminación artificial, y en algunos casos, ni siquiera la existencia de ducha sanitaria o baños, adicional a ello, duermen esposados.

Corolario con lo anterior, no debemos olvidar que por la omisión del Leviatán (Estado) a través de las entidades territoriales de readecuar espacios dignos de reclusión transitoria durante la vigencia de la pandemia, los guardianes de la Policía se están extralimitando en sus

funciones porque están prestando servicios propios de un guardián del INPEC descuidando la seguridad de la comunidad en el casco urbano de los municipios.

5. ¿ El Juez Control de Garantías en Colombia se puede abstener de imponer una medida de aseguramiento intramural teniendo en cuenta las condiciones infrahumanas de reclusión en los sitios de detención transitoria, tales como estaciones de Policía y Unidades de Reacción Inmediata?

En primer lugar se debe destacar que las imposiciones de medidas de aseguramiento en Colombia gozan de reserva judicial y reserva legal, significa lo primero que solo las puede imponer un Juez de la república en un proceso penal y en cuanto a la reserva legal, que dicho Juez solo puede imponer la misma bajo el imperio de la ley y he ahí el problema que pretende solucionar el presente escrito : por disposición legal, en el juicio de ponderación la ley señaló el siguiente silogismo de tensión de derechos fundamentales que se debe evaluar (junto a otros requisitos objetivos y subjetivos) en la imposición de las medidas de aseguramiento:

Presunción de inocencia + libertad personal VS fines constitucionales (peligro de fuga, obstrucción a la justicia y peligro a la comunidad).

En ese test de ponderación, el Juez de la república tiene que sopesar el sacrificio de los derechos fundamentales del acusado (presunción de inocencia y libertad personal) con el fin de garantizar los fines constitucionales, o como lo señala el doctor Londoño (2021):

La ley de ponderación tiene estos pasos basilares:

- i) Definición del grado de la no satisfacción (o restricción o afectación) de uno de los principios.
- ii) Definición de la importancia del principio correlativo que deberá ser satisfecho.
- iii) Definición de la justificación de la importancia del principio favorecido con su elección.
- iv) Definición de la justificación de la no satisfacción del principio sacrificado o no escogido, del principio que no ha de ser satisfecho. (p. 502)

Ahora bien, en las condiciones actuales dicho test de ponderación (inmodificable por tener reserva legal) es insuficiente para afrontar una realidad social que nos demanda en el hacinamiento carcelario en las estaciones de Policía, donde es evidente la vulneración de los derechos humanos en dichos sitios de reclusión por incapacidad del Estado de garantizar un espacio idóneo y adecuado para los detenidos preventivamente, quienes por supuesto aún se les debe respetar y preservar su presunción de inocencia por lo tanto todo castigo es más severo porque se entenderá con fines de sanción, pese a que aún no ha sido vencido en juicio.

En ese orden de ideas y conforme a lo hasta aquí expuesto, la respuesta al interrogante planteado sería no por la reserva legal y la estricta interpretación que los Jueces de Garantías deben realizar del compendio normativo vigente en la Ley 906 de 2004. ¿Qué podemos hacer? ¿será que la ley en sentido material es una camisa de fuerza para los Jueces en las imposiciones de medida de aseguramiento en Colombia? Dicho interrogante se resolverá en líneas subsiguientes.

6. Propuesta de un nuevo test de ponderación en sede de imposición de medida de aseguramiento en Colombia en ejercicio del control difuso de convencionalidad.

Considera el suscrito que el control difuso de convencionalidad por parte de un Juez de la república en Colombia lo faculta para tomar decisiones ajustadas a la realidad social actual: el test de ponderación se deben adicionar derechos tales como la dignidad humana, la salud y la vida del acusado, derechos humanos que no se pueden suspender ni siquiera en estados de excepción.

Recordemos que el control difuso de convencionalidad consiste en el deber de los jueces nacionales de realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Según Ferrer (2013):

Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (p. 4)

Significa lo anterior que en Colombia, al ser estado parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos un Juez de la república puede inaplicar disposiciones legales propias del ordenamiento jurídico interno con el fin de proteger la garantía de los Derechos Humanos contenidos en los distintos tratados internacionales ratificados vía Congreso.

En el caso *in examine*, propone el suscrito que el Juez realizando una excepción de constitucionalidad en sentido estricto inaplique el test de ponderación propuesto por el legislador para tiempos normales (entiéndase no en estados de excepción producto de la

pandemia) con el fin de adicionar derechos o elementos que arrojen decisiones ajustadas en Derecho.

En la actualidad el Juez de la república en aplicación del control difuso de convencionalidad está obligado a realizar el siguiente silogismo en el test de ponderación de las imposiciones de medida de aseguramiento:

Presunción de inocencia + libertad + **dignidad humana + salud + vida** VS fines constitucionales

¿Por qué adicionar dignidad humana, salud y vida en el test de ponderación de las medidas de aseguramiento? Sencillamente porque en las condiciones actuales, y ante la imposibilidad de garantizársele a futuro a quienes son imputados en el Sistema Penal Acusatorio en Colombia una reclusión en condiciones dignas de carácter intramural y si con mayor certeza y probabilidad, se puede prever que su detención preventiva la cumplirá en sitios destinados para una detención preventiva, lugares en los que se itera conforme lo expuso la H. Corte Constitucional en sentencia T-151/2016 se somete a tratos crueles, inhumanos y degradantes su retención cuando es superior a las 36 horas, toda vez que no se tiene las instalaciones higiénicas adecuadas para su custodia.

El derecho a la salud y en consecuencia en la vida, por cuanto la improvisación de sometimiento de condenados y detenidos preventivamente en estaciones de Policía y URI no permite garantizar las condiciones de salubridad mínimas orientadas por la OMS para mitigar el impacto del coronavirus: es imposible garantizar un distanciamiento social en una estación de policía con el 600% de hacinamiento, en consecuencia, se pone en riesgo la salud por un eventual brote de covid y por ello, frente a las variantes que incluso no respetan vacunas, ponen en riesgo la vida de los allí detenidos.

No sobra advertir que este test de ponderación que se propone en virtud del control difuso de convencionalidad, faculta al Juez de la república aplicar directamente tratados internacionales que disponen a la dignidad humana, la salud y la vida como derecho humano cuyos estados partes están obligados a garantizar en su ordenamiento jurídico interno; en consecuencia, resulta desproporcionada la imposición de una medida de aseguramiento en las condiciones actuales, y dicho nuevo test de ponderación se aplicará dependiendo de cada caso concreto y hasta que el estado garantice un sitio de reclusión para la detención preventiva que no solo garantice condiciones mínimas dignas de reclusión sino además, las condiciones de salubridad necesarias que permitan mitigar el impacto del covid durante su permanencia en tales instalaciones.

Siempre he creído que el uso del derecho penal solo es legítimo cuando al mismo tiempo se esté protegiendo al procesado, sino protegemos al procesado sino solamente lo usamos se estaría legitimando a un sistema violento, desproporcionado y que socaba las bases del acuerdo fundamental al que nosotros pertenecemos: Estado Social de Derecho, además de que se estaría utilizando al procesado únicamente para prevenir delitos cercenando su libertad y sobre todo su dignidad porque a nadie se le puede utilizar como un medio siendo un fin en si mismo conforme el artículo 1 del Código Penal Colombiano.

CONCLUSIONES

- El control difuso de convencionalidad habilita al Juez de Garantías en Colombia para inaplicar la reserva legal de los requisitos de la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva previstos en el artículo 313 de la Ley 906 de 2004 con el fin de garantizar el derecho humano de la vida, la dignidad humana y la salud de la población privada de la libertad que actualmente se vulneran en las estaciones de Policía de Bucaramanga.
- El inciso segundo del artículo 2 de la Ley 906 de 2004 faculta a los Jueces Control de Garantías a sustituir la imposición de medida de aseguramiento cuando las circunstancias hubieren variado y la convierten en irrazonable o desproporcionada; en la actualidad con la negativa del INPEC de traslado de las personas privadas de la libertad a los centros de reclusión y las condiciones inhumanas actuales de las estaciones de Policía y URI, el Juez Control de Garantías puede sustituir la detención preventiva de carácter intramural por una domiciliaria porque la medida de carácter cautelar es desproporcionada e irrazonable al vulnerar los derechos humanos de los privados de la libertad siendo su garantía de protección un deber del estado en virtud de la relación de sujeción especial.
- El artículo 295 de la Ley 906 de 2004 establece la excepcionalidad de la imposición de medidas de aseguramiento en Colombia, pues por la naturaleza de las mismas suponen afectaciones drásticas a un derecho fundamental; no obstante su uso es muy común y su excesiva imposición se traduce en el hacinamiento carcelario que enfrenta las estaciones de Policía de Bucaramanga, cercanos a un 603%.
- La vida, dignidad humana y la salud son derechos humanos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos que no pueden ser suspendidos en estados de excepción, sin embargo, en Colombia a la población privada de la libertad recluida en estaciones de detención transitoria no se les garantiza dichas prerrogativas constitucionales en virtud de la negativa del INPEC del traslado de la PPL a los centros de reclusión intramural.

BIBLIOGRAFÍA

Congreso de Colombia. (10 de Febrero de 2016). Por el cual se adiciona un capítulo al Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho. [Decreto 204 de 2016]. D.O. 49782.

Congreso de Colombia. (19 de Agosto de 1993). Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. [Ley 65 de 1993]. D.O. 40999. .

Congreso de Colombia. (19 de Agosto de 1993). Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. [Ley 65 de 1993]. D.O. 40999.

Congreso de Colombia. (19 de Agosto de 2004). Por el cual se desarrolla el Acto Legislativo número 003 de 2002. [Decreto 2636 de 2004]. D.O. 45645. .

Congreso de Colombia. (19 de diciembre de 2002). Constitución Política de Colombia. D.O. 51942.

Congreso de Colombia. (20 de enero de 1993). Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. [Ley 65 de 1993]. D.O. 40999.

Congreso de Colombia. (20 de Enero de 2014). Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. [Ley 1709 de 2014]. D.O. 49039.

Congreso de Colombia. (20 de Enero de 2014). Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. [Ley 1709 de 2014]. D.O. 49039.

Congreso de Colombia. (20 de Enero de 2014). Por medio del cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. [Ley 1709 de 2014]. D.O. 49039.

Congreso de Colombia. (20 de julio de 1991). Constitución Política de la República de Colombia. D.O. 51942.

Congreso de Colombia. (20 de julio de 1991). Constitución Política de la República de Colombia. D.O. 51942.

Congreso de Colombia. (25 de Noviembre de 2011). Por el cual se efectúa un ajuste en el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2011.[Decreto 4451]. D.O. 48264.

Congreso de Colombia. (3 de Noviembre de 2011). Por el cual se crea la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios-SPC, se determina su objeto y estructura.[Decreto 4150]. D.O. 48242.

Congreso de Colombia. (31 de Agosto de 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. [Ley 906 de 2004]. D.O. 45658.

Congreso de Colombia. (31 de Agosto de 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. [Ley 906 de 2004]. D.O. 45658.

Congreso de Colombia. (31 de Agosto de 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. [Ley 906 de 2004]. D.O. 45658.

Congreso de Colombia. (31 de Agosto de 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. [Ley 906 de 2004]. D.O. 45658.

Congreso de Colombia. (31 de Agosto de 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. [Ley 906 de 2004]. D.O. 45658.

Congreso de Colombia. (31 de Agosto de 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. [Ley 906 de 2004]. D.O. 45658.

Congreso de Colombia. (31 de Agosto de 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. [Ley 906 de 2004]. D.O. 45658.

Congreso de Colombia. (4 de Junio de 2020). Por el cual se establecen medidas para la adecuación, ampliación o modificación de inmuebles destinados a centros transitorios de detención a cargo de los entes territoriales. [Decreto Legislativo 804 de 2020]. D.O. 51335.

Corte Constitucional. (19 de octubre de 1995). Sentencia C-471-D-814. [M.P. Hernando Herrera Vergara].

Corte Constitucional. (22 de Febrero de 2016). Sentencia T-075-D-5170. [M.P. Alberto Rojas Ríos].

Corte Constitucional. (28 de junio de 2013). Sentencia T-388-D-3526. [M.P. María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional. (31 de Agosto de 2016). Sentencia C-469-D-11214. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional. (9 de Octubre de 2013). Sentencia C-695-D-9570. [M.P. Nilson Pinilla Pinilla].

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (30 de Octubre de 2008.). Caso Bayarri vs Argentina.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (8 de Julio de 2020). Caso Petro Urrego vs Colombia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (5 de junio de 2019). SP2042-2019 Radicación 51007. [M.P. Patricia Salazar Cuellar].

Ferrer, E. (2013). El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional. *Urbe et ius: revista de opini3n jur3dica*, 2(11), 27-39.

Fiscal General de la Naci3n. (2 de junio de 2020). Por medio de la cual se adopta el Direccionamiento Estrat3gico de la Fiscalia General de la Naci3n en Tiempos de COVID-19.[Resoluci3n No. 0674] de 2020.

Gil, E. (2019). *Control de Convencionalidad en Colombia. Una experiencia de di3logo judicial*. Valencia: tirant lo blanch.

Gobierno Nacional. (14 de abril de 2020). Por medio del cual se adoptan medidas para sustituir la pena de prisi3n y la medida de aseguramiento de detenci3n preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisi3n domiciliaria.[Decreto Legislativo 546 de 2020]. D.O. 51285.

Gobierno Nacional. (14 de Abril de 2020). Por medio del cual se adoptan medidas para sustituir la pena de prisi3n y la medida de aseguramiento de detenci3n preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prision domiciliaria.[Decreto Legislativo 546 de 2020]. D.O. 51285.

Gobierno Nacional. (14 de Abril de 2020). Por medio del cual se adoptan medidas para sustituir la pena de prisi3n y la medida de aseguramiento de detenci3n preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisi3n domiciliaria.[Decreto Legislativo 546 de 2020]. D.O. 51285.

Gobierno Nacional. (22 de Marzo de 2020.). Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19 y el mantenimiento del orden p3blico.[Decreto Legislativo 457 de 2020]. D.O.51264.

Gobierno Nacional. (28 de Marzo de 2020). Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas. [Decreto Legislativo 491 de 2020]. D.O. 51270.

Gobierno Nacional. (4 de Junio de 2020). Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios.[Decreto Legislativo 806 de 2020]. D.O. 51335.

Gobierno Nacional. (4 de Junio de 2020). Por el cual se establecen medidas para la adecuación, ampliación o modificación de inmuebles destinados a centros transitorios de detención a cargo de los entes territoriales.[Decreto Legislativo 804 de 2020]. D.O. 51335.

Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bucaramanga. (22 de septiembre de 2020). Sentencia de Tutela Rad. 68001310500120200018500. [Juez Carlos Alberto Camacho Rojas]. .

Londoño, C. (2018). *Medidas de Aseguramiento - Análisis Constitucional* -. Ediciones Nueva Jurídica.

Londoño, C. (2021). *Instituciones Constitucionales: Postulación - Desarrollo de Pretensiones y Asunción de Decisiones en el Derecho Procesal Penal*. Bogotá: Saberes Jurídicos S.A.S.

López, M. (1994). *Naturaleza y Presupuestos Constitucionales de las Relaciones Especiales de Sujeción*. Madrid: Editorial Civitas .

Naciones Unidas Derechos Humanos. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Naciones Unidas Derechos Humanos. (2015). Reglas Mínimas de Las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos. Recuperado de https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

Organización de los Estados Americanos. (1969). Convención Americana de Derechos Humanos. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Organización de los Estados Americanos. (1997). Informe Anual. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/97indice.htm>

Quinche, M. (2017). *El Control de Convencionalidad*.

Saray, N. (2017). *Procedimiento Penal Acusatorio* . Leyer.