

HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, NORBERTO, "Comentario al auto del 29 de abril de 2020 (Radicación 56777) de la Corte Suprema de Justicia. Competencia para decidir sobre la detención y prisión domiciliarias transitorias en tiempos del COVID-19", *Nuevo Foro Penal*, 94, (2020).

Comentario al auto del 29 de abril de 2020 (Radicación 56777) de la Corte Suprema de Justicia. Competencia para decidir sobre la detención y prisión domiciliarias transitorias en tiempos del COVID-19.

Comment on the Judicial Decree of April 29, 2020 (56777) by the Supreme Court of Justice. Jurisdiction to decide on transitory house prison and house arrest in times of COVID-19.

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ**

Mediante auto del 29 de abril de 2020 (Radicado 56777, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa), la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia inadmitió la demanda de casación presentada por la defensa, lo que conllevaría a la captura del sentenciado, una vez cobre ejecutoria la decisión. En todo caso, por haber sido condenado a una pena privativa de la libertad inferior a 5 años y no encontrarse dentro de las exclusiones del artículo 6 del Decreto 546 de 2020, esa Corporación le concedió la prisión domiciliaria transitoria (artículo 8º del mismo decreto legislativo). En materia de competencia, resulta importante la siguiente reflexión que hace nuestro Tribunal de casación:

** Profesor asistente de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y miembro del grupo de investigación en Justicia Social, Teoría Jurídica General y Teoría Política. Correo electrónico: norbertofernandezj@javeriana.edu.co. Abogado, especialista y magister en derecho penal de la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá). Master en criminología y ejecución penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá).

(ii) Si bien el caso no se encuentra en el curso de las instancias de primer y segundo grado, sino en casación, con la misma teleología de agilidad y urgencia en la protección de la salud del sentenciado que configura el ámbito de protección de la norma excepcional, asiste competencia a la Corte para conceder la prisión domiciliaria transitoria.

Igualmente, al final de la decisión advierte que se trata de “(...) la aplicación inmediata y urgente de una norma excepcional contenida en el Decreto Legislativo 546 del 14 de abril de 2020, en desarrollo de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica dispuesta en el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020.”

Aplaudiendo esta interpretación, que parece obvia, el asunto no es pacífico. Así, el Tribunal Superior de Medellín, mediante providencia del 12 de mayo de 2020 (Radicado 050016000000201900857, M.P. Miguel Humberto Jaime Contreras), habilitó un escenario de definición de competencia (en contravía de la “agilidad y urgencia” que demanda la aplicación del decreto legislativo), congruente con la criticable práctica ritualista, que frente a la coyuntura de salud pública por la que atravesamos, puede vulnerar no solo el acceso a la administración de justicia (artículo 229 Constitucional), sino también la salud y la vida de la población privada de la libertad.

Con el objetivo de enfatizar la irracionalidad judicial evidenciada, procedo a describir la secuencia de actos que fue resuelta por ese Tribunal el pasado 12 de mayo de 2020 y que parece un juego de *ping pong* entre funcionarios judiciales: (i) el 29 de abril de 2020 se recibe la solicitud de sustitución por detención domiciliaria transitoria en el Tribunal, (ii) el 30 de abril de 2020 el Tribunal lo remite por competencia para que sea repartido entre los Jueces de Control de Garantías (por no existir sentido del fallo), (iii) el asunto fue repartido al Juzgado Treinta y Nueve Penal Municipal de Medellín, despacho que mediante auto del 30 de abril de 2020, decidió remitirlo por competencia al Juzgado Diecinueve Penal del Circuito de Medellín (por encontrarse en audiencia preparatoria), (iv) el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito de Medellín remite el asunto al Tribunal, para que dirima el conflicto de competencias (por no haber emitido sentido de fallo de carácter condenatorio). La competencia termina siendo asignada al Juez de Control de Garantías, siguiendo los lineamientos expresados por el Juzgado Penal del Circuito (ausencia del sentido de fallo).

Aunque el Tribunal Superior de Medellín hace referencia al auto del 20 de abril de 2020 de la Corte Suprema de Justicia, omite la teleología allí expresada. Resulta también importante tener en cuenta la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal (artículo 228 Constitucional), que en el presente caso es inaplicada

y permite la acumulación de días, en detrimento de los intereses del ciudadano sometido al proceso penal y especialmente de aquellos que se encuentran reclusos en un ambiente declarado como estado de cosas inconstitucional¹. Empero, de conformidad con la decisión de la Corte Suprema de Justicia y la lógica en medio de esta coyuntura, el Tribunal Superior de Medellín, que fue ante quien se radicó la solicitud y tenía los elementos para resolverla, incurrió en denegación de justicia al remitir por competencia la misma, en exceso de ritual manifiesto.

Continuando con la lamentable práctica de definición de competencia en medio de una situación enmarcada por la pandemia COVID-19, encontramos la decisión datada 11 de mayo de 2020 (Radicado 20180209901, M.P. Antonio Toro Ruíz). La secuencia de actos de esta providencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales, es la siguiente: (i) el 30 de abril de 2020 se recibe la solicitud de sustitución por detención domiciliaria transitoria en el Juzgado Penal Municipal con función de control de garantías, (ii) el Centro de Servicios Judiciales de los Juzgados Penales de Manizales remitió la solicitud para su decisión correspondiente al Juzgado Penal de Circuito Especializado de Manizales (autoridad que estaba conociendo del caso), (iii) el Juzgado Penal de Circuito Especializado (a través de su secretaria)² se rehusó a asumir el conocimiento del caso (por no existir sentido de fallo). La competencia termina siendo asignada al Juzgado Penal de Circuito Especializado de Manizales, absteniéndose el Tribunal de decretar la nulidad, con miras a no auspiciar una mayor dilación.

Parece acertada la interpretación que hace ese Tribunal (incluyendo la evitación del transcurso del tiempo), con base en lo normado en el artículo 7º del Decreto 546 de 2020 y la teleología que contiene este procedimiento especial: cualquier funcionario judicial que esté conociendo del caso debe resolver la solicitud de sustitución. Así lo hizo nuestro Tribunal de Casación, por encima del formalismo consagrado en el párrafo 1º del artículo 8 del decreto legislativo. Los jueces de inferior jerarquía no pueden ser indolentes frente a esta situación y ampararse en las formas, lesionando el fondo. En esta misma línea, resultan inaceptables los diferentes conflictos de competencia propuestos, que se repite, constituyen una denegación de justicia por parte de los despachos judiciales involucrados.

1 Sobre el tema ver HERNÁNDEZ, N. (2018). *El derecho penal de la cárcel. Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad EAFIT, pp. 95-161

2 Advierte el Tribunal que en este caso se presentó una clara usurpación de funciones, que a nuestro parecer amerita activar las respectivas investigaciones disciplinaria y/o penal.

Se suma a esta crítica (improcedencia de los conflictos de competencia frente a las medidas consagradas en el Decreto 546 de 2020 en un estado de emergencia), la situación evidenciada en la capital de la República. El Tribunal Superior de Bogotá, mediante providencia del 7 de mayo de 2020 (Radicado 11001609914420188011602, M.P. Manuel Antonio Merchán Gutierrez), otorgó la competencia al Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Bogotá. Frente al fondo de la decisión, compartimos la solución adoptada por esta Sala de Decisión, en cuanto la competencia corresponde a quien tiene a disposición la actuación: ***“Lo que significa que el común denominador, para asignar competencia en estas situaciones, es el funcionario que tiene a cargo, por asignación o reparto, la actuación procesal, y no el referido a los fines temporales y constitucionales de la medida aseguramiento originaria”*** (resaltado fuera del texto), a lo cual le añadiríamos que en caso de tener conocimiento varios jueces del caso, por ejemplo por la existencia de un recurso de alzada, el juez competente es quien reciba la solicitud.

Para concluir este debate, considero importante resaltar la apreciación del mismo Tribunal, mediante providencia del 12 de mayo de 2020 (Radicado 1100160001720191278901, M.P. Maria Stella Jara Gutiérrez), en el siguiente sentido:

“19. Y es que, si el trámite no demanda juicios de naturaleza subjetiva sino la mera constatación de algunos requisitos objetivos contemplados en la norma, a partir de la información que debe solicitarse a la Fiscalía General de la Nación, resulta del todo inapropiado dilatar la definición de dicho asunto mediante un conflicto de competencia, sometiendo la salud de los privados de la libertad al riesgo inmanente que significa el paso del tiempo en un espacio caracterizado por la aglomeración de personas.” (Resaltado fuera del texto).

Ahora bien, desbordando el análisis de competencia, brevemente quiero hacer referencia a dos decisiones más: (i) el 1º de mayo de 2020, la Magistrada Ana Julieta Arguelles Daraviña del Tribunal Superior de Bogotá, concedió un *habeas corpus* (Radicado 110012204000 2020 01008), teniendo en cuenta el contexto de la pandemia COVID-19 y la expedición del Decreto 546 de 2020. En consecuencia, ordenó el traslado del accionante (privado de la libertad en la Cárcel la Picota) a su lugar de domicilio en la ciudad de Medellín, previo el tamizaje tendiente a descartar su contagio. Esto por cuanto a favor del accionante se había otorgado el beneficio de la prisión domiciliaria por mitad de la pena³.

3 Sobre el tema ver HERNÁNDEZ, N. (2018). *El derecho penal de la cárcel. Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*. Bogotá: Siglo del

Esta concepción es importante y debe influenciar las decisiones judiciales dentro del ámbito penal, comoquiera que la situación de las personas privadas de la libertad es muy diferente con el advenimiento de la pandemia COVID-19. No podemos seguir pensando que la seguridad pública y la privación de la libertad tienen prevalencia, cuando la vulneración de los derechos superó la afectación de la dignidad humana y actualmente se encuentra en riesgo la salud y la vida.

Finalmente, considero imprescindible hacer mención a (ii) la providencia del 12 de mayo de 2020 (Radicado 110016000253201500072, M.P. Alexandra Valencia Molina), en donde la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá concede la detención preventiva transitoria (siguiendo la regla de competencia que acuñamos en este documento), dando prevalencia a la justicia transicional (dentro de la contingencia sanitaria que afrontamos) y al derecho a la salud, frente las exclusiones contenidas en el artículo 6 del Decreto 546 de 2020. Así, en aplicación del principio *pro homine*, termina privilegiando la interpretación menos restrictiva.

Reiteramos que la judicatura no puede ser ciega frente a la actual situación originada por la pandemia COVID-19 y el riesgo para las personas privadas de la libertad, razón por la cual resultan fútiles los debates de competencia, en procura de cuidar el incremento de la carga laboral o la maximización del formalismo. La otra cara de la moneda genera un panorama alentador, extendiendo las facultades correctivas que consagran las acciones constitucionales e incluso las excepciones de inconstitucionalidad, en procura de posicionar a la salud y la vida, por encima de la percepción de seguridad.

Como conclusión frente al análisis de las decisiones objeto de este comentario, la invitación para los operadores judiciales es ser más garantistas y menos formalistas, siendo conscientes de la realidad dentro de la cual se enmarca la actividad judicial y las condiciones en que se encuentra la población privada de la libertad frente al COVID-19.

Adenda. El Decreto 546 de 2020 se encuentra en trámite de control automático ante la Corte Constitucional (artículo 55 de la Ley 137 de 1994), siendo reprochado por muchas de las intervenciones ciudadanas (Decreto 2067 de 1991, artículo 37), el drástico régimen de exclusiones contenido en su artículo 6º. Desde el Semillero en Derecho Penitenciario de la Pontificia Universidad Javeriana, adicional al análisis de constitucionalidad⁴, se señaló la importancia que nuestro Tribunal Constitucional adopte medidas más ambiciosas que las hasta ahora desarrolladas en virtud

Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad EAFIT, pp. 305-306.

4 <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=14847>

del estado de cosas inconstitucionales en el sistema penitenciario y carcelario colombiano⁵, que para los años 2013 y 2015 no se encontraba en un contexto de salud determinado por la pandemia. Esto con miras a evitar cuestionamientos mayores, que pueden pasar de “¿Quién mató a la tutela en materia de privación de libertad en Colombia?”⁶ a “¿Quién dejó propagar la pandemia COVID-19 en los establecimientos de reclusión? u otros más fuertes, esperando que no se incrementen las muertes que oficialmente ya contabilizan 4 personas privadas de la libertad, cifra que de conformidad con la apreciación de algunos académicos⁷, se le debería sumar las muertes (23) acaecidas en los motines del 21 de marzo de 2020⁸.

5 Recientemente se profirió el auto 157 de 2020, relacionado con la situación de la Cárcel de Villavicencio, contando con aspectos positivos como la priorización del comportamiento intramuros frente la valoración de la conducta para la concesión de la libertad condicional y la valoración médica para la prisión intrahospitalaria por parte del personal médico penitenciario y carcelario.

6 Escobar, J.G. (2018). “¿Quién mató a la tutela en materia de privación de libertad en Colombia?”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 14, No. 91, pp.43-79.

7 Menciona el Profesor Manuel Iturralde: “Yo creo que también murieron 23 personas por hechos relacionados con el coronavirus y eso no lo podemos pasar por alto”(minutos 07:04 – 07:10 https://m.lasillavacia.com/coronavirus-estallo-olla-presion-las-carceles-76016?amp=1&__twitter__impression=true

8 “Cárcel La Modelo: un motín en una prisión de Colombia deja 23 muertos en medio de la tensión por el coronavirus” <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51998800>