**DEBIDO PROCESO / TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO / IMPROCEDENCIA**

… frente a la pretensión de la accionante -que se deje sin efectos un actos administrativo-, se reitera en principio la tutela no procede cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, caso en el cual se debe demostrar la premura de la situación y la importancia del auxilio constitucional; es decir, que no puede utilizarse como forma de evadir los procesos ordinarios o especiales contemplados de manera general por la ley.

**DEBIDO PROCESO / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL TUTELA / PERJUICIO IRREMEDIABLE**

… es indispensable para resolver de fondo el problema jurídico planteado, superar el test de procedibilidad de la acción de tutela -legitimación, inmediatez y subsidiariedad-. Frente al primero y el segundo, no se observa reparo alguno; empero, en relación con la subsidiariedad, es claro que no se cumple, por cuanto no se acredita cuál es el perjuicio irremediable que se causaría en caso de que el que el juez de tutela no se pronuncie de fondo. Respecto de ese requisito, aunque el abogado de la accionante en el escrito de impugnación menciona que la señora sufre algunos problemas de salud, es madre cabeza de familiar y su sustento económico se deriva de la actividad que desempeñaba en el INPEC, no se puede decir que esas circunstancias en sí mismas constituyen un perjuicio irremediable, toda vez que el perjuicio que se alega debe ser la consecuencia de esas condiciones personales y familiares que vive la persona, y ese daño debe ser inminente.

**DEBIDO PROCESO / SUBSIDIARIEDAD / EXISTENCIA DE OTRO MEDIO DE DEFENSA**

… al ser evidente que el reclamo de la accionante va encaminado a cuestionar ese acto administrativo, ello no puede ser objeto de estudio por este mecanismo preferente y sumario sino por la jurisdicción contencioso administrativa donde se deberá debatir tal asunto, concretamente por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con miras a obtener la revocatoria de las decisiones que considera lesivas a sus intereses.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

**CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

Pereira, trece (13) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Acta de Aprobación N° 708

Hora: 10:20 a.m.

1.- VISTOS

Desata la Sala por medio de este proveído la impugnación interpuesta por el apoderado judicial de la señora **DIANA MARCELA NOVOA PÉREZ**, frente al fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con función de conocimiento de Dosquebradas (Rda.), con ocasión de la acción de tutela impetrada contra el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO -en adelante INPEC-.

2.- DEMANDA

Lo sustancial de los hechos que plantea en el escrito de tutela el abogado de la accionante se puede sintetizar así: (i) mediante Resolución No 004093 de noviembre 03 de 2017 la señora **DIANA NOVOA** fue nombrada en el cargo de dragoneante; (ii) en junio 25 de 2019 fue inscrita en el escalafón de carrera penitenciaria y carcelaria, código 4114, grado 11; (iii) prestó sus servicios en el complejo Penitenciario de Pedregal de la ciudad de Medellín hasta enero 03 de 2022, y le correspondió a ese establecimiento realizar las evaluaciones de desempeño para el período 2021-2022; (iv) en esa oportunidad se fijaron unos compromisos pero con desconocimiento del Acuerdo No 2018000006176 de octubre 10 de 2018 de la Comisión Nacional del Servicio Civil; (v) la entidad incumplió el correspondiente seguimiento; (vi) la evaluación parcial del desempeño laboral para el primer y segundo semestre del período 2021-2022, fueron por debajo del nivel satisfactorio, sin admitir ningún tipo de recurso; (vii) en febrero 21 de 2022 el Centro de Reclusión de mujeres hizo la evaluación definitiva para el período 2021-2022, con un porcentaje de 62.11%, es decir, por debajo del nivel satisfactorio; (viii) contra esa determinación se interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación; (ix) en marzo 15 de 2022 la Directora del Centro de Reclusión no repuso la decisión; (x) en marzo 21 de 2022 fue diagnosticada con “TRASTORNO DEPRESIVO RECURRENTE, EPISODIO DEPRESIVO GRAVE PRESENTE SIN SÍNTOMAS PSICÓTICOS”; (xi) en mayo 10 de 2022 la Coordinación del Grupo de Seguridad y Salud en el Trabajo del INPEC emitió concepto de reubicación laboral por siete meses; (xii) la Dirección Regional Viejo Caldas del INPEC resolvió en mayo 11 de 2022 confirmar la calificación de desempeño laboral; (xiii) en febrero 17 de 2023 nuevamente se emitió concepto de reubicación laboral por diez meses; (xiv) en marzo 02 de 2023 el Director General del INPEC **declaró insubsistente** a la señora **DIANA NOVOA**, con ocasión a la evaluación de desempeño laboral, decisión que fue recurrida, pero la resolvieron desfavorablemente; y (xv) la redacción de los compromisos los hicieron de manera general y en abstracto, y no fueron claros en señalar cuáles son las funciones de base, ni cuáles son las condiciones de resultado para dicho compromiso.

Solicitó que se deje sin efectos la Resolución No 003297 de abril 21 de 2023 proferida por el Director General del INPEC, hasta tanto la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se pronuncie de fondo respecto de la nulidad del mencionado acto administrativo.

3.- TRÁMITE Y FALLO

**3.1.-** Una vez admitida la tutela -mediante auto de mayo 12 de 2023-, el despacho de primer grado vinculó y corrió traslado de la demanda al INPEC y vinculó oficiosamente al complejo Penitenciario de Pedregales Medellín, Centro de Reclusión de Mujeres de Dosquebradas, el Instituto Nervioso Risaralda y el Grupo de Seguridad y Salud en el trabajo del INPEC. Las entidades se pronunciaron en los siguientes términos:

*- El Jefe de la Oficina Jurídica del INPEC* manifestó que la acción de tutela es improcedente por cuanto la inconformidad de la accionante gira en torno a la expedición de un acto administrativo. Por tanto, es la jurisdicción contenciosa administrativa la que dispone del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del cual el actor puede entrar a demostrar la nulidad del acto acusado y de esta manera acceder a sus pretensiones.

El proceso de evaluación se efectuó con observancia de la ley 909/04, que versa sobre los principios que orientan la permanencia en el servicio y de la evaluación del desempeño, artículos 37 y 38 de la citada norma. Y de conformidad con lo reglado en el artículo 41 literal “b” ibídem se procedió al retiro del servicio de la accionante.

*- El Director del Complejo Penitenciario y Carcelario y Mediana Seguridad el Pedregal de Medellín* expresó que no ha vulnerado los derechos de la accionante, toda vez que se dio aplicación a lo reglamentado en los artículos 1, 4 y del Acuerdo 201800006176 de octubre de 2018, y a los artículos 7 y 10 de la Resolución 000252 de enero de 2019. Todo lo anterior, luego de que se presentaron varios informes que pasaron los comandantes de compañía de la reclusión, en contra de las conductas que contravino la señora **DIANA NOVOA** en su servicio y que tenía que ver con sus evasiones, ausentismo laboral, conductas que presentó entre los años 2021 y parte del 2022, fecha en la que se encontraba laboral en ese centro de reclusión.

*- La Directora de Reclusión de Mujeres* informó que el período de evaluación por el cual fue declarada insubsistente la señora **DIANA NOVOA** comprende entre febrero 01 de 2021 a enero 31 de 2022, lo que significa que el mayor período de evaluación y calificación lo llevó a cabo el complejo Penitenciario y Carcelario Pedregal; es decir, entre febrero 01 de 2021 a enero 03 de 2022, cuando es trasladada al centro Carcelario de Pereira, por su propia solicitud.

En el primer período recibió la calificación de 5.9% y en segundo período recibió 6.3%. De enero 03 de 2022 a enero 31 de 2022 el Centro de Reclusión de Mujeres de Pereira la calificó con 77.7%, el cual se considera satisfactorio, pero la sumatoria final es de 62.11%, lo que se entiende por debajo del nivel satisfactorio. La calificación le fue notificada a la accionante, y contra ella interpuso el recurso de reposición y apelación, los cuales se resolvieron desfavorablemente.

El Director General del INPEC a través de la Resolución No 001736 de marzo 02 de 2023 declaró insubsistente el nombramiento de la señora **DIANA NOVOA** en el cargo de dragoneante, con ocasión a la evaluación de desempeño laboral, toda vez que obtuvo una calificación de 62.11%; es decir, por debajo del nivel satisfactorio que exige la norma para mantener los derechos de carrera administrativa. Contra la decisión la accionante interpuso los recursos de ley, pero la decisión fue confirmada.

**3.2.-** Culminado el término constitucional, el juzgado mediante fallo de **mayo 24 de 2023** decidió declarar improcedente la acción de tutela incoada por la señora **DIANA MARCELA NOVOA PÉREZ**, toda vez que la acción de tutela no es el mecanismo judicial alternativo o supletorio de los recursos o medios ordinarios previstos por el legislador para el amparo de un derecho. En este asunto no se cumplen los requisitos jurisprudenciales para debatir la decisión emitida por el INPEC, por cuanto la accionante cuenta con el mecanismo idóneo para satisfacer sus pretensiones. Además, no se evidencia vulneración al debido proceso y acceso a la justicia, como quiera que la accionante ejerció su derecho de defensa sin restricciones o limitaciones. Finalmente, no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable ni la afectación del mínimo vital.

4.- IMPUGNACIÓN

Dentro del término oportuno, el abogado de la señora **DIANA MARCELA NOVOA PÉREZ** impugnó la determinación de primer nivel y solicitó que se revoque el fallo y se amparen los derechos invocados en la acción de tutela, a cuyo efecto manifestó:

La situación de salud de la accionante no constituye el argumento central sobre el cual descansa la acción de tutela. Y aunque así se consignó en la sentencia, la situación de salud de la señora **DIANA NOVOA** tampoco fue objeto de análisis de por parte del juez constitucional.

La evaluación y calificación del desempeño laboral se hizo con violación a los derechos fundamentales al debido proceso y el principio de legalidad, toda vez que los compromisos: (i) no fueron concertados sino impuestos; (ii) fueron estructurados con desconocimiento de las normas que regulan la materia, por lo que no cuentan con una condición de cumplimiento que los haga medibles y realizables, por lo que la calificación se hizo de manera subjetiva; y (iii) las evidencias que sustentan las evaluaciones parciales no guardan relación directa con los compromisos laborales concertados.

El juez de primera instancia hizo un mal entendimiento del problema jurídico, toda vez que el mismo debió apuntar a verificar si el proceso de evaluación y calificación del desempeño de la señora **DIANA NOVOA** que dio lugar a la declaratoria de insubsistencia se hizo conforme a la ley y a la constitución, o si se desconoció su derecho al debido proceso y principio de legalidad, como se expuso en el escrito de tutela.

Luego de haberse constatado la vulneración de esos dos derechos, el juez a-quo debió analizar la procedencia de la acción de tutela para amparar los derechos fundamentales al trabajo, salud y mínimo vital de una mujer madre cabeza de familiar y con problemas de salud psicológicos.

Estudiar si la accionante contaba o no con otro medio legal de defensa de sus derechos no era la forma adecuada de abordar el caso bajo estudio, después de todo, desde el escrito de tutela se advirtió que la accionante cuenta con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa, pero ese medio no es idóneo para proteger de manera oportuna y efectiva los derechos de la señora **DIANA NOVOA**.

En este asunto el perjuicio irremediable es completamente notorio, en la media en que la accionante contaba como única fuente de ingresos el salario que percibía como dragoneante, y con ello satisfacía sus necesidades básicas y las de su hijo menor. Por tanto, los requisitos de procedibilidad deben ser menos exigentes frente a madres cabeza de familia, y el juez de primera instancia no hizo un análisis al respecto.

En la tutela no se señaló que existiera vulneración de derecho de defensa, lo que se precisó fue que el procedimiento de evaluación y calificación de desempeño laboral se hizo con desconocimiento al debido proceso. El análisis debió realizar conforme a lo establecido en el Acuerdo No 2018000006176 de octubre 10 de 2018.

Por último, hizo un análisis por parte del recurrente a las pruebas que fueron aportadas en la acción de tutela y que se relacionan con los informes para las actas de evaluación.

5.- POSICIÓN DE LA SALA

Se tiene competencia para decidir la impugnación incoada contra el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas (Rda.), según las facultades conferidas en los artículos 86 y 116 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591/91.

**5.1.- Problema jurídico planteado**

De lo expuesto en el escrito de impugnación, corresponde a esta instancia pronunciarse en relación con los motivos de inconformidad presentados por la señora **DIANA MARCELA NOVOA PÉREZ** por intermedio de su apoderado judicial, contra el fallo que declaró improcedente la acción de tutela. De acuerdo con el resultado, se procederá a tomar la determinación pertinente, ya sea convalidando la decisión, revocándola o modificándola.

**5.2.-** **Solución a la controversia**

La acción de tutela ha sido por excelencia el mecanismo más expedito en materia de protección de derechos fundamentales, gracias a ella el Estado Colombiano logró optimizarlos y hacerlos valer a todas las personas sin discriminación alguna.

Del escrito de solicitud de tutela se extrae que la señora **DIANA MARCELA NOVOA PÉREZ** por intermedio de su apoderado judicial reclamó al juez constitucional que se deje sin efectos la Resolución No 003297 de abril 21 de 2023 proferida por el Director General del INPEC.

Frente a esa pretensión, y luego de recibir las respuestas de la entidad accionada y vinculadas, el juez a quo declaró improcedente la acción de tutela por considerar que existe otro medio de defensa judicial, y no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable.

En la impugnación, el abogado de la señora **DIANA NOVOA** señala que el análisis del problema jurídico planteado en la acción de tutela debió comenzar por el estudio de la vulneración de los derechos fundamentales del debido proceso y principio de legalidad, para luego analizar la procedencia de la acción de tutela. Indicó que en este asunto se cumplen los presupuestos para accederse a las pretensiones, toda vez que se trata de una mujer con problemas de salud y que es cabeza de familia, quien, además, tiene como única fuente de ingresos el salario que devengaba como dragoneante del INPEC. Por tanto, el otro medio de defensa judicial no es idóneo para proteger oportunamente los derechos fundamentales de la accionante.

Sea lo primero decir, que contrario a las manifestaciones hechas por el abogado de la señora **DIANA NOVOA**, de ninguna manera se puede analizar primero la existencia o no de una vulneración de derechos fundamentales sin el estudio previo de los requisitos de procedibilidad que exige la acción de tutela. Sin duda alguna, seguir el orden que plantea el togado conllevaría necesariamente a realizar un estudio a profundidad del caso con el respectivo análisis de los elementos de prueba que fueron aportados en la demanda, y esa labor es exclusiva del juez natural. Cosa distinta es que de manera excepcional el juez de tutela efectúe dicha tarea con la finalidad de evitar un perjuicio irremediable, en cuyo caso podrá resolver de fondo o transitoriamente un asunto, conforme a las circunstancias que presente cada caso. De ahí entonces, la importancia de que el juez constitucional realice primero el estudio de procedibilidad de la acción de tutela.

Así las cosas, y frente a la pretensión de la accionante -que se deje sin efectos un actos administrativo-, se reitera en principio la tutela no procede cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, **salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable**, **caso en el cual se debe demostrar la premura de la situación y la importancia del auxilio constitucional**; es decir, que no puede utilizarse como forma de evadir los procesos ordinarios o especiales contemplados de manera general por la ley. Sobre el particular la Corte Constitucional ha dicho:

5. Sin embargo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, la tutela es procedente si se acredita que: (i) el mecanismo no es idóneo ni eficaz, o (ii) “*siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”.*[[1]](#footnote-1)

En efecto, es indispensable para resolver de fondo el problema jurídico planteado, superar el test de procedibilidad de la acción de tutela -legitimación, inmediatez y subsidiariedad-. Frente al primero y el segundo, no se observa reparo alguno; empero, en relación con la subsidiariedad, es claro que no se cumple, por cuanto no se acredita cuál es el perjuicio irremediable que se causaría en caso de que el que el juez de tutela no se pronuncie de fondo.

Respecto de ese requisito, aunque el abogado de la accionante en el escrito de impugnación menciona que la señora sufre algunos problemas de salud, es madre cabeza de familiar y su sustento económico se deriva de la actividad que desempeñaba en el INPEC, no se puede decir que esas circunstancias en sí mismas constituyen un perjuicio irremediable, toda vez que el perjuicio que se alega debe ser la consecuencia de esas condiciones personales y familiares que vive la persona, y ese daño debe ser inminente. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho:

“[…] De otra parte, en cuanto a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal, en la **sentencia T-225 de 1993**, señaló que de acuerdo con el inciso 3º del artículo 86 Superior, aquel se presenta cuando existe un menoscabo moral o material injustificado que es irreparable, debido a que el bien jurídicamente protegido se deteriora hasta el punto que ya no puede ser recuperado en su integridad.

Adicionalmente, en la **sentencia T-808 de 2010**, reiterada en la **T-956 de 2014**, la Corte estableció que se debe tener en cuenta la presencia de varios elementos para determinar el carácter irremediable del perjuicio.

En primer lugar, estableció que el daño debe ser ***inminente****,*es decir que está por suceder en un tiempo cercano, a diferencia de la mera expectativa ante un posible menoscabo. Este presupuesto exige la acreditación probatoria de la ocurrencia de la lesión en un corto plazo que justifique la intervención del juez constitucional. Es importante resaltar que la inminencia no implica necesariamente que el detrimento en los derechos este consumado. Asimismo, indicó que las medidas que se debían tomar para conjurar el perjuicio irremediable deben ser ***urgentes*y *precisas*** ante la posibilidad de un daño ***grave***evaluado por la intensidad del menoscabo material a los derechos fundamentales de una persona. En esa oportunidad, la Corte señaló que la gravedad del daño depende de la importancia que el orden jurídico le concede a determinados bienes bajo su protección.

Finalmente estableció que la acción de tutela debe ser ***impostergable*** para que la actuación de las autoridades y de los particulares sea eficaz y pueda asegurar la debida protección de los derechos comprometidos.[[2]](#footnote-2)

Ahora, si la existencia del perjuicio irremediable se centrara exclusivamente en la afectación que se puede estar causando a la señora **DIANA NOVOA** con la decisión que tomó el INPEC de declarar insubsistente, lo cierto es que ello solo se quedó en meras afirmaciones y no se probó cual es la real afectación, o por qué razón no podría acudir al otro medio de defensa judicial.

Por tanto, al ser evidente que el reclamo de la accionante va encaminado a cuestionar ese acto administrativo, ello no puede ser objeto de estudio por este mecanismo preferente y sumario sino por la jurisdicción contencioso administrativa donde se deberá debatir tal asunto, concretamente por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con miras a obtener la revocatoria de las decisiones que considera lesivas a sus intereses. E incluso, con la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto para que se protejan sus garantías fundamentales[[3]](#footnote-3). Medida esta última que permitiría suspender temporalmente los efectos del acto administrativo que le fue adverso y que puede ser objeto de revisión judicial.

Así las cosas, ninguna circunstancia excepcional se percibe que lleve a estimar que la intervención de la justicia constitucional se haga indispensable, toda vez que no se vislumbra la inminencia, urgencia y gravedad de la situación presentada; en consecuencia, se debe acompañar la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas (Rda.).

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución y de la ley,

FALLA

**PRIMERO: SE CONFIRMA** la sentencia proferida en **mayo 24 de 2023** por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas (Rda.), por medio de la cual se declaró improcedente el amparo de tutela que deprecó la señora **DIANA MARCELA NOVOA PÉREZ**, contra el INPEC.

**SEGUNDO:** Por secretaría se remitirá el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS ARTURO PAZ ZÚÑIGA**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

1. C.C. Sentencia T-086/18 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia T-471/17. [↑](#footnote-ref-2)
3. De acudir la actora ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone de la medida preventiva de la suspensión provisional del acto administrativo controvertido, cuyo fin sería el de lograr su admisión al concurso de méritos. El artículo 238 de la Constitución Política señala lo siguiente: “La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”. [↑](#footnote-ref-3)