

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO CUARENTA Y NUEVE PENAL DEL CIRCUITO
LEY 600 DE BOGOTÁ
Carrera 28 A Nro. 18 A 67 Piso 5 Bloque E.
Complejo Judicial de Paloquemao
Telefax 3753827
e-mail: pcto49bt@cendoj.ramajudicial.gov.co**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veinte (2020).

I. OBJETO DE LA DECISION

Decidir la acción de tutela interpuesta por la ciudadana **CAROLINA LAVERDE ROJAS**, contra el **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL**. De oficio se vinculó a la **ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ** y al **MINISTERIO DE SALUD**.

II. HECHOS

1°. La señora **CAROLINA LAVERDE ROJAS**, labora en el **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL**, entidad que el 31 de agosto de 2020, emitió la CIRCULAR # 25 mediante la cual se dan instrucciones para el retorno presencial de los servidores públicos en la sedes de la entidad para la prestación gradual y progresiva del servicio, acto administrativo que tilda de ilegal y vulnerador de los derechos fundamentales a la vida y salud, al considerar que se dio una interpretación errada al proceso de transición gradual, prevista por el gobierno nacional, pues la entidad convocó al 100% de los trabajadores con excepción de los que se encuentran en condiciones especiales, en dos jornadas, con aforo del 30%, sin que se tenga un estudio que le permita establecer el porcentaje de la población laboral que está dentro de ese grupo de excepción, tampoco se tiene un análisis de qué actividades requieren su ejecución de manera presencial, además el protocolo de bioseguridad no se encuentra acorde con la reglamentación en esa materia prevista en la circular # 17 del 30 de abril de 2020 para la cuarentena inteligente, tampoco se han entregado los elementos de protección incumpliendo el deber de cuidado y protección para los trabajadores, no se tiene conocimiento si el mismo fue aprobado por el Ministerio de Salud y si ha sido socializado con la ARL, tampoco se ha realizado el cerco epidemiológico ante el reporte de trabajadores contagiados, ni se tiene control de la información diaria sobre contagios; además, no se tuvo en cuenta las aglomeraciones que se pueden presentar en los cambios

de turno y por la movilización en la ciudad ante la apertura de actividades económicas distritales que conlleva una mayor afluencia de personas en la calle, ni las restricciones de movilidad impuestas por las Alcaldías locales.

De acuerdo con lo anterior, la accionante considera que la expedición de tal acto administrativo conlleva una sobre exposición de las personas de ser contagiadas lo que afecta sus derechos fundamentales, por lo que solicita disponer a la entidad demandada revoque el mismo por su contenido ilegal o en su defecto se suspenda el mismo.

2º. La tutela fue repartida por correo electrónico, por el aplicativo web, el 8 de septiembre de 2020.

III. PRUEBAS

Junto con la demanda de tutela se allegaron las siguientes:

- Circular # 25 del 31 de agosto de 2020, del DPS.
- Circular # 17 -protocolo de seguridad del DPS.
- Informe dado a SIESSOCIAL sobre protocolo.

IV. CONTESTACIÓN DE LA TUTELA

1º. La Coordinadora del Grupo Interno de Trabajo de acciones constituciones y procedimientos administrativos del **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL – DPS** - , alegó la improcedencia de la acción constitucional por cuanto la actora, cuenta con otro medio de defensa judicial para controvertir los actos administrativos y la circular atacada, es un acto administrativo de carácter general que goza de la presunción de legalidad, por ende, es de estricto cumplimiento, hasta cuando se disponga por autoridad competente que cesen sus efectos.

Dio a conocer que el DPS, en la sede de Bogotá, tiene seiscientos treinta y dos (632) servidores públicos activos, de los cuales doscientos cuatro (204), están dentro del grupo de protección especial por el Covid -19: por enfermedad, discapacidad, embarazo, lo que significa que solamente cuatrocientos veintiocho (428) empleados deben asistir a la sede, en cinco (5) turnos, es decir, que ochenta y cinco (85) personas se presentan en cada jornada laboral en un edificio de 19 pisos, lo que conlleva a predicar que solo el 20% de la población total asiste por turno, un aforo inferior al impuesto por el Gobierno Nacional, por lo que no se advierte aglomeración en sedes comunes, por el contrario, se está garantizado el distanciamiento social.

Indicó que la señora CAROLINA LAVERDE ROJAS está vinculada en el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO CODIGO 2028, GRADO 18, de la Dirección de infraestructura y habidad, servidora que debe asistir dos (02) veces por semana en turnos

seleccionados libremente bajo las medidas de protección y autocuidado y el acatamiento de los protocolos de bioseguridad, hecho este que no afecta sus derechos fundamentales.

Resaltó que el retorno laboral es una nueva realidad que deben realizar todos los ciudadanos y esa entidad por tener dentro de sus funciones y competencia la asistencia de la población vulnerable que se ha visto incrementada, requiere para su labor toda la fuerza laboral para atender la emergencia propendiendo siempre por el bienestar y salud de sus servidores formulando permanentemente medidas y toma de decisiones para el adecuado desarrollo de las actividades propias de la entidad y el protocolo de bioseguridad quedó plasmado en la Circular #17 del 30 de abril de 2020, para la prevención y mitigación de las situaciones de riesgo frente al covid-19.

La circular expedida para el inicio de la fase de aislamiento selectivo y distanciamiento individual responsable, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Covid-19, contiene las medidas necesarias para que los servidores retomen las labores de manera presencial en las sedes de la entidad, estableciendo cinco (5) jornadas laborales para la prestación del servicio para evitar aglomeraciones en el transporte público y en la entidad, disposición que debe ser acatada por todos los trabajadores, por lo que solicitó negar las pretensiones de la demanda, agregando que mediante la Resolución 1582 del 3 de septiembre de 2020, se estableció con carácter temporal extraordinario la jornada laboral de los servidores publico del DPS.

2º. Por su parte la **ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA**, mediante correo electrónico del 10 de septiembre del 2020, puso de manifiesto la falta de legitimación en la causa por pasiva, pues no tiene injerencia alguna frente a las disposiciones tomadas por el DPS, ni ha vulnerado derechos fundamentales a la actora.

3. El **MINISTERIO DE SALUD**, no se pronunció pese a que fue vinculado por el Despacho y se le corrió traslado de la demanda de tutela junto con sus anexos,

V. CONSIDERACIONES

• DERECHO A LA SALUD:

La Corte Constitucional en un principio no le dio a la salud la calidad de un derecho autónomo, pero posteriormente de manera reiterada le dio ese carácter poniendo de presente que la salud no solamente se protege cuando está en peligro la vida. Al respecto, dijo lo siguiente:

“... Inicialmente la jurisprudencia de la Corte Constitucional se caracterizó por diferenciar los derechos susceptibles de protección mediante la acción de tutela y los derechos de contenido meramente prestacional, los cuales para ser amparados por vía de tutela, debían tener conexidad con los derechos inicialmente nombrados, es decir, los de primer orden.

“En la Sentencia T-016 de 2007, la Sala Séptima de Revisión de esta Corporación, desarrolló el criterio jurisprudencial sostenido por esta Corte, sobre el carácter fundamental de todos los derechos sin distinguir si se trata de derechos políticos, civiles, sociales, económicos o culturales, así como que dicha fundamentalidad tampoco debe derivar de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la realidad.

“Al respecto se señaló:

“De acuerdo con la línea de pensamiento expuesta y que acoge la Sala en la presente sentencia, la fundamentalidad de los derechos no depende –ni puede depender- de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención).

“Significan de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios –económicos y educativos- indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción)”. Subrayado fuera del texto original.

“Acertadamente, la jurisprudencia de la Corte, para establecer la fundamentalidad del derecho a la salud, se ha apoyado de instrumentos internacionales de distinto orden,¹ por ejemplo por lo estipulado en la Observación N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece:

¹ Entre otros: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales.

“La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos”. ”
Subrayado por fuera del texto original.

➤ PROBLEMA JURÍDICO:

El problema jurídico radica en establecer si a pesar de la existencia de otro medio de defensa judicial e inclusive del acatamiento de las normas de bioseguridad, se debe suspender el acto administrativo que dispuso el regreso al trabajo presencial de la accionante, pese al riesgo de contagio del COVID-19.

➤ CASO CONCRETO

En el caso sometido a estudio, se alega una puesta en peligro de los derechos fundamentales a la vida y la salud de la accionante, por cuanto la entidad accionada, según el criterio de la actora, expidió la Circular #25 del 31 de agosto de 2020, cuyo contenido es ilegal, para el retorno de los trabajadores a las sedes a prestar el servicio de manera presencial.

Aunque la accionante no ha agotado los mecanismos legales dispuestos para la resolución de la controversia frente a un acto administrativo, que en su entender es ilegal, ya que el artículo 238 de la Constitución Política dispone que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo puede suspender provisionalmente los efectos de cualquier acto administrativo susceptible de ser impugnado por vía judicial, por los motivos y por los requisitos que establece la ley, pues el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 establece que el juez o magistrado ponente, a petición de parte, con la debida sustentación, puede decretar no solamente la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos sino las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, y entre las medidas cautelares que pueden ser decretadas por el juez o el magistrado ponente, el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011 prevé la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado. De otra parte, el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 señala que la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo procede por la violación de las normas invocadas como violadas en la demanda o en la solicitud que se presente en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto administrativo y de su confrontación con las normas invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

En síntesis, la medida cautelar procede cuando la transgresión de las normas invocadas como violadas surja: i) del análisis del acto demandado y de su confrontación con las

normas superiores que se alegan como violadas o ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. De modo que la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo está atada a un examen de legalidad o de constitucionalidad que el juez debe hacer para anticipar de alguna manera un caso de violación de norma superior por parte del acto acusado

De manera que a pesar que la acción de tutela no ha sido concebida para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencias de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurar el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la Carta le reconoce², también es cierto que en este caso es posible acudir a la tutela para evitar un perjuicio irremediable ante el riesgo de contagio del COVID-19, que puede provocar la muerte de la persona contagiada.



DEL REBROTE DEL COVID-19

A pesar que las medidas estrictas de aislamiento que iniciaron en el mes de marzo del 2020, después de seis meses, ya para el presente mes de septiembre del 2020, se han flexibilizado permitiendo a casi todos los sectores de la industria y comercio a comenzar las labores de los trabajadores de manera presencial, también es cierto que: (i) aún no ha llegado a COLOMBIA una vacuna con comprobada eficacia que proteja de ese contagio (ii) que en los países europeos donde se habían flexibilizado con mucha antelación a Colombia las medidas de distanciamiento social, les ha tocado volver a reimplantarles ante lo que se llama el rebrote de la epidemia.

Al respecto, el periódico EL TIEMPO describe el problema del rebrote del COVID-19 en España, siendo de importancia lo que se indica de las causas de ese rebrote³

“... Veinte científicos españoles firman un artículo en la revista The Lancet, donde se preguntan cómo llegó España a la situación actual.

“Plantean algunas explicaciones, como la falta de preparación ante la pandemia (sistemas de seguimiento débiles, poca capacidad para practicar test, escasos equipos de protección personal y de cuidado), una reacción tardía de las autoridades, altos niveles de movilidad y migración, pobre coordinación entre las autoridades, poca confianza en los consejos científicos, población de edad avanzada, grupos vulnerables con desigualdades sociales y falta de preparación de los ancianos.

² Fallo T-01 del 3 de abril de 1.992

³ <https://www.eltiempo.com/mundo/europa/por-que-espana-tiene-rebrotes-tras-el-desconfinamiento-534983>

“Aparte de esas razones, los expertos señalan otras causas. **Por un lado, algunos creen que la desescalada fue muy rápida y que faltó planificación,** sobre todo ante el verano, que es la época de vacaciones, cuando se presentan más circulación y contactos sociales.

“En ese orden de ideas, era necesario contar con sistemas de rastreos y cuarentenas de contactos positivos, además de una mejor dotación de los sistemas de atención primaria y de salud pública. Faltaron también test masivos de detección.

De acuerdo con Joaquín Estévez, presidente de la Sociedad Española de Directivos de la Salud, los políticos deben trabajar en conjunto y es necesaria **“una coordinación eficiente entre el Ministerio de Sanidad y las comunidades autónomas (departamentos)”**.

“Otra causa, con peso importante, es cultural. Los españoles —como los latinos— son cercanos: se besa, se abrazan, conversan sin guardar distancias. La población, en general, se ha relajado al tomar las medidas de prevención. En palabras de Rafael Cantón, jefe de servicio de Microbiología del Hospital Ramón y Cajal, se le ha perdido **“el respeto al virus”**. De hecho, los orígenes de múltiples rebrotes han sido reuniones sociales y familiares.

“Los botellones (grupos de jóvenes que socializan y beben en la calle) y los centros de ocio nocturno son centros de propagación.

“Miguel Hernán lo explicó de la siguiente manera en el diario El País: “Las epidemias son como los incendios: **pueden resurgir por una chispa, aunque no todas las chispas producen un incendio.** El número de chispas es probablemente mayor en España que en otros países europeos por la espontaneidad y cercanía de nuestras relaciones personales en condiciones normales”.

“En menor medida también ha influido el miedo de los contagiados a perder el empleo si hacen pública su condición. Esto está asociado al irrespeto a las cuarentenas. También han tenido relación los trabajos temporales de recogida de cosechas en el campo.

“Los rebrotes han surgido durante el verano, y el turismo, aunque haya sido menor que otros años, ha influido también en su propagación. Es una época en la que la gente pasa más tiempo al aire libre, en situaciones sociales y se presenta movilidad también dentro del país...”.

De manera que, ante el peligro de contagio de COVID-19 que sigue latente, no solo en Europa sino en COLOMBIA, por los llamados rebrotes, y ante la carencia de una vacuna que evite el contagio, para proteger el derecho a la salud de la accionante y su fundado temor de resultar contagiada si realiza trabajo presencial, SE ORDENARA a la señora SUSANA CORREA BORRERO, DIRECTORA DEL DEPARTAMENTO

ADMINISTRATIVO DE LA PROSPERIDAD SOCIAL que ante el riesgo del rebrote del COVID-19. se analice dentro de las cuarenta y ocho (48) horas -corridas- siguientes a la notificación de esta sentencia, por parte de su jefe inmediato, si es indispensable y urgente el trabajo presencial de la señora CAROLINA LAVERDE ROJAS, vinculada en el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO CODIGO 2028, GRADO 18, de la Dirección de infraestructura y habidad, con el fin de eximirla de realizar su trabajo de manera presencial, y se prefiera el trabajo en casa o teletrabajo. Siendo obligatorio que dicho trabajo se haga en caso o mediante teletrabajo ante el primer reporte que se dé respecto de cualquiera de los trabajadores que deban realizar ese trabajo presencial.

Con la anterior medida, se protege el derecho a la salud de la accionante, sin necesidad de ordenar la suspensión del acto administrativo que dispuso el trabajo presencial para los servidores públicos que laboran en la entidad accionada, ya que la tutela protege derechos individuales y no derechos colectivos,

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito Ley 600 de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR el derecho a la salud de la ciudadana **CAROLINA LAVERDE ROJAS**, puesto en peligro por su empleador, el **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL**.

SEGUNDO: ORDENAR a la señora **SUSANA CORREA BORRERO, DIRECTORA DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PROSPERIDAD SOCIAL** que ante el riesgo del rebrote del COVID-19, so pena de la sanción de arresto y multa por desacato y de la respectiva investigación penal por el delito de fraude a resolución judicial, se analice dentro de las cuarenta y ocho (48) horas -corridas- siguientes a la notificación de esta sentencia, por parte de su jefe inmediato, si es indispensable y urgente el trabajo presencial de la señora **CAROLINA LAVERDE ROJAS**, vinculada en el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO CODIGO 2028, GRADO 18, de la Dirección de infraestructura y habidad, con el fin de eximirla de realizar su trabajo de manera presencial, y se prefiera el trabajo en casa o teletrabajo. Siendo obligatorio que dicho trabajo se haga en caso o mediante teletrabajo ante el primer reporte que se dé respecto de cualquiera de los trabajadores que deban realizar ese trabajo presencial.

TERCERO: DISPONER que en caso de no ser impugnada la sentencia, dentro del término previsto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 –tres días siguientes a la notificación-, se remita la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Las notificaciones se harán por correo electrónico, de la siguiente manera:

Al Departamento Administrativo de la Seguridad Social, al correo:
notificaciones.juridica@prosperidadsocial.gov.co

Al Ministerio de Salud, al correo: notificacionesjudiciales@mintrabajo.gov.co

A la Alcaldía Mayor de Bogotá, al correo:
notificacionesarticulo197secgeneral@alcaldiabogota.gov.co

A la accionante CAROLINA LAVERDE ROJAS, al correo: claverder@gmail.com

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JUAN PABLO LOZANO ROJAS
JUEZ.