

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



**JUZGADO CUARENTA Y SIETE (47) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil veinte (2020)

Clase de Proceso : **ACCIÓN DE TUTELA**

Radicación No. : **11001-33-42-047-2020-00091-00**

Accionante : **JEINNY ALEXANDRA ROMERO PÉREZ**

Accionado : **DIRECCIÓN GENERAL DEL INPEC y MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO**

Asunto : **DERECHOS FUNDAMENTALES A LA SALUD Y A LA VIDA**

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual el **Juzgado Cuarenta y Siete (47) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente

SENTENCIA

1.- ANTECEDENTES

Con fundamento en el art. 86 de la C.P., el Decreto 2591 de 1991 y el 1382 de 2000, procede el Despacho a decidir en primera instancia, la acción de tutela, promovida por la señora **JEINNY ALEXANDRA ROMERO PÉREZ**, quien actúa en nombre propio, contra la **DIRECCIÓN GENERAL DEL INPEC** y el **MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO**, por presunta vulneración a sus derechos fundamentales a la salud y a la vida.

1.1. HECHOS

- Debido a la emergencia que se afronta por la pandemia del Covid 19, el Gobierno Nacional ordenó el confinamiento obligatorio de toda la población.
- No obstante, no se han tomado las medidas de contingencia y prevención del virus en las prisiones colombianas donde se vive hacinamiento, falta de salubridad, problemas de suministro de agua y alimentación y, un precario sistema de salud, lo cual es propicio para que se genere un contagio masivo que resultaría mortal.
- Los protocolos de prevención adoptados no han sido suficientes, pues persisten las condiciones que impiden que la población reclusa de dicho establecimiento tenga el espacio vital necesario para guardar la distancia prudencial exigida, y además no se ha implementado ninguna medida para evitarlo, de acuerdo a las recomendaciones dadas por las Organizaciones de Derechos Humanos, la Unión Europea y el Subcomité de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura.
- La accionante se encuentra detenida por el delito de hurto agravado y calificado, condenada a 27 meses a disposición de un Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, en los cuales ha cumplido algunos meses físicos, considerando tener derecho a prisión domiciliaria o detención preventiva.

1.2. DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

La accionante sostiene que con el actuar de las entidades accionadas, se le han vulnerado sus derechos fundamentales a la salud y a la vida.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

Como la solicitud reunió los requisitos de ley, se le dio curso a través del auto admisorio del 18 de mayo de 2020, que notificó su iniciación al **DIRECTOR GENERAL DEL INPEC** y a la **MINISTRA DEL INTERIOR Y DEL DERECHO**, para que informaran a éste Despacho sobre los hechos expuestos en la acción de tutela respecto a los

derechos invocados por la actora y dispuso la vinculación oficiosa de la Cárcel de Mujeres "El Buen Pastor", por tener interés directo en los resultados de esta instancia.

III. CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Tanto las entidades accionadas como la vinculada guardaron silencio dentro del presente asunto, pese a haberseles notificado en debida forma el auto admisorio de la acción de tutela, a través de correo electrónico del 19 de mayo de los corrientes.

IV. CONSIDERACIONES

La acción de tutela, considerada como una de las grandes innovaciones del Constituyente de 1991, con la cual se pretendió salvaguardar en una forma efectiva, eficiente y oportuna los derechos fundamentales, pues se trata de un mecanismo expedito que permite la protección inmediata de aquellos.

Este mecanismo, de origen netamente constitucional ha sido propuesto como un elemento procesal complementario, específico y directo cuyo objeto es la protección concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos sean violados o se presente amenaza de su violación, sin que se pueda plantear en esos estrados discusión jurídica sobre el derecho mismo.

De esta manera el art. 86 de la C.P. lo consagró en los siguientes términos:

“ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

La mentada disposición constitucional fue desarrollada por el Decreto 2591 de 1991, en la que se dispuso además de los principios que la regían, su objeto y el procedimiento que ha de seguirse en los estrados judiciales.

Ha de advertirse que tanto en la norma constitucional como en la reglamentaria, el ejercicio de la citada acción está supeditado a la presentación ante el Juez Constitucional de una situación concreta y específica de violación o amenaza de vulneración, de los derechos fundamentales, cuya autoría debe ser atribuida a cualquier autoridad pública, o en ciertos eventos definidos por la ley a sujetos particulares; además, el sujeto que invoca la protección debe carecer de otro medio de defensa judicial para proteger los derechos cuya tutela pretende, pues de existir estos la tutela es improcedente, excepto cuando se use como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, al no ser suficientes los mecanismos ordinarios para lograr la protección reclamada.

4.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si la **DIRECCIÓN GENERAL DEL INPEC** y el **MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO**, han vulnerado los derechos a la salud y a la vida de la señora **JEINNY ALEXANDRA ROMERO PÉREZ**, ante el riesgo inminente en que se encuentran ella y sus compañeras de la Cárcel “El Buen Pastor” por las altas probabilidades de un contagio masivo por Covid 19, sin que cuenten con las condiciones médicas y de salubridad para atender dicha emergencia, que habilite el derecho a detención preventiva o a prisión domiciliaria como protección de sus garantías constitucionales.

4.2. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para resolver el problema jurídico planteado, el Despacho considera que se hace necesario estudiar la normativa aplicable al caso y la jurisprudencia de la Corte Constitucional en lo que atañe a los derechos presuntamente vulnerados.

4.2.1. Del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida.

El derecho a la vida se encuentra señalado en el artículo 11 de la Carta Magna, como un derecho fundamental, inviolable, protegido constitucionalmente. Así mismo se advierte que en el artículo 49 ibídem, se señaló que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, con el establecimiento de políticas para la prestación del servicio y el ejercicio de una vigilancia y control de las mismas, lo que deviene que el derecho a la salud tiene una doble perspectiva: por un lado constituye en un derecho fundamental y por otro, en un servicio público de carácter esencial.

El derecho a la salud ha sido definido por la H. Corte Constitucional como *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional tanto física como en el plano de la operatividad mental y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”*.¹

Luego, en la sentencia T-760 de 2008 la Alta Corte sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales que regulan el derecho a la salud, reiterando que este es un derecho fundamental autónomo y como tal, complejo, que protege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas.

Resulta necesario precisar que la salud es un elemento esencial para el desarrollo de los derechos a la vida, integridad personal y dignidad humana, por lo cual dicha Corporación en múltiples oportunidades ha establecido su carácter de derecho fundamental. En efecto en sentencia T- 185 del 2009 señaló:

“(...) la salud puede ser considerada como un derecho fundamental no solo cuando peligra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas y que (el acceso a tratamientos contra el dolor o el suministro de todo lo necesario, para aquellas personas que padecen de enfermedades catastróficas que si bien, algunas son incurables, debe propenderse por todo lo necesario para un padecimiento en condiciones dignas).

El carácter fundamental del derecho a la salud, sostuvo esta Corporación, se predica tanto del sujeto como del objeto de este derecho, “ya que se trata de un lado, de un derecho que es predicable de manera universal y sin excepción respecto de todas las personas sin posibilidad de discriminación alguna; de otro lado, se trata de un derecho que es predicable respecto de una necesidad básica de los individuos o seres humanos, esto es la salud, lo cual implica a su vez, la obligación de prestar todos los servicios necesarios para su prevención, promoción, protección y recuperación.... Este carácter fundamental del derecho a la salud se justifica también por la importancia y relevancia del mismo para la vida digna de las personas...”

¹ Sentencia T-407/08.

Más adelante, en pronunciamiento del diez (10) de junio de dos mil catorce (2014), Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, anotó lo siguiente:

“(…)

Posteriormente, la fundamentalidad del derecho a la salud fue establecida por la jurisprudencia de esta Corporación como un derecho autónomo, ante la necesidad de garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales.

Esta posición del alto Tribunal fue analizada en la sentencia T-144 de 2008 donde se precisó:

“Se trata entonces de una línea jurisprudencial reiterada por esta Corte, la cual ha establecido que el derecho a la salud es un derecho fundamental, que envuelve como sucede también con los demás derechos fundamentales, prestaciones de orden económico orientadas a garantizar de modo efectivo la eficacia de estos derechos en la realidad. Bajo esta premisa, el Estado a través del Sistema de Seguridad Social en Salud, proporciona las condiciones por medio de las cuales sus asociados pueden acceder a un estado de salud íntegro y armónico.

Es por ello que esta Corporación ha precisado que la salud puede ser considerada como un derecho fundamental no solo cuando peligra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas...

En conclusión, la Corte ha señalado que todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud. Por tanto, todas las entidades que prestan la atención en salud, deben procurar no solo de manera formal sino también material la mejor prestación del servicio, con la finalidad del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, pues la salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad; derechos que deben ser garantizados por el Estado Colombiano de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales...”

4.2.2. Del derecho a la salud de la población carcelaria

Sobre este aspecto, es importante señalar que el derecho a la salud de la población carcelaria debe ser asumido de manera integral por el Estado, en consideración a ello, el Congreso de la República, mediante el literal m) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, consagró que “la población reclusa del país se afiliará al Sistema General de Seguridad Social en Salud. El Gobierno Nacional determinará los mecanismos que permitan la operatividad para que esta población reciba adecuadamente sus servicios.”

Con fundamento en lo anterior el Gobierno Nacional profirió el Decreto 1141 de 1 de abril de 2009, “por el cual se reglamenta la afiliación de la población reclusa al Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, el cual dispuso:

“Artículo 1°. Objeto y ámbito de aplicación. El presente decreto tiene por objeto reglamentar la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud-SGSSS, de la población reclusa a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, que se encuentra en establecimientos de reclusión, en prisión y detención domiciliaria o bajo un sistema de vigilancia electrónica, y de la población reclusa, a cargo de las entidades territoriales, en establecimientos de reclusión del orden departamental, distrital y municipal.

Artículo 2°. Afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud de la población reclusa en los establecimientos de reclusión a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, se realizará al régimen subsidiado mediante subsidio total, a través de una entidad promotora de salud del régimen subsidiado de naturaleza pública del orden nacional.”

De acuerdo con la norma transcrita el derecho a la salud de los internos se debe garantizar a través de su inclusión en el Sistema General de Seguridad Social en Salud bajo el régimen subsidiado, el cual deberá dar respuesta oportuna y eficaz a las necesidades en salud de cada uno de los internos que se encuentran a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

Es preciso anotar que todos los reclusos de los establecimientos penitenciarios y carcelarios tienen derecho a que el Estado les garantice el acceso a los servicios de salud que requieran, prestados bien sea por la unidad de sanidad dentro del establecimiento o por la entidad promotora de salud contratada para tales fines.

De tiempo atrás, el Máximo Tribunal Constitucional ya lo había advertido:

“(…) por la salud del interno debe velar el sistema carcelario a costa del tesoro público, y la atención correspondiente incluye, también a su cargo, los aspectos médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos, entre otros. Los derechos fundamentales del preso resultarían gravemente violados por la negligencia estatal en estas materias, así como por la falta de cuidado y asistencia requeridos para la prevención, conservación y recuperación de su salud.

Además, el Estado responde por los daños que pueda sufrir el recluso en su integridad en el caso de riñas, atentados o motines en el interior de la cárcel. Y, por supuesto, es de su responsabilidad el mantenimiento de las condiciones mínimas de higiene, seguridad y salubridad, así como todo lo relativo a la debida alimentación del personal sometido a su vigilancia.”²

4.2.3. De la medida de prisión domiciliaria transitoria.

En ejercicio de las facultades constitucionales y legales conferidas en el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con Ley 137 de 1994, y el Decreto Ley 417 de 17 de marzo de 2020 “por la cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecología dentro del territorio nacional” fue expedido el Decreto Legislativo número 546 de 14 de abril de 2020, por medio del

² Sentencia T-535/98.

cual se adoptaron medidas para sustituir la pena de prisión y la medida de aseguramiento de la detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitoria de las personas privadas de la libertad que se encuentren en situación de vulnerabilidad frente a la pandemia de COVID – 19.

En efecto, el artículo 1º del referido estatuto, previo el cumplimiento de los requisitos allí expuestos, permite la concesión de las medidas de prisión domiciliaria transitoria a las personas privadas de la libertad con el fin de evitar el contagio del COVID 19.

Dichas medidas podrán ser concedidas a las personas privadas de la libertad que i) hayan cumplido 60 años de edad, ii) sean madres gestantes o con hijos menores de tres años de edad dentro del establecimiento penitenciario, iii) padezcan cáncer, VIH e insuficiencia renal crónica, diabetes, insulino dependientes, trastorno pulmonar, anticoagulación, hepatitis B y hemofilia, artritis reumatoide, enfermedades tratadas con medicamentos inmunosupresores, enfermedades coronarias, personas con trasplantes, enfermedades autoinmunes, enfermedades huérfanas y cualquier otra que ponga en grave riesgo la salud o la vida del recluso, iv) personas con movilidad reducida por discapacidad debidamente acreditada, v) condenados o con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento penitenciario y carcelario por delitos culposos, vi) condenados a penas privativas de la libertad de hasta cinco años de prisión y vii) quienes hayan cumplido el 40% de la pena privativa de la libertad en establecimiento penitenciario, con las respectivas redenciones a que se tiene derecho.

Sin embargo, conforme al **artículo 6** de la misma normativa, quedan **excluidos de las medidas de detención y prisión domiciliaria transitorias** allí contempladas quienes estén incurso en los siguientes delitos previstos en el Código Penal:

“(...)genocidio (artículo 101); apología genocidio (artículo 102); homicidio simple en modalidad dolosa, (artículo 103); homicidio agravado (artículo 104); feminicidio (artículo 104A); personales con pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro agravadas (artículo 116 en concordancia con artículo 119); lesiones causadas con químicos, ácidos y/o sustancias similares (artículo 116A); contenidos en el Título 11, Capítulo Único; desaparición forzada simple (artículo 165); desaparición forzada agravada (artículo 166); secuestro simple (artículo 168); extorsivo (artículo 169); secuestro agravado (artículo 170); apoderamiento y desvío de aeronave, naves o medios transporte colectivo (artículo 173); tortura (artículo 178); tortura agravada (artículo 179); desplazamiento forzado (artículo 180); desplazamiento forzado agravado (artículo 181); constreñimiento ilegal por parte de

miembros Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados (artículo 182A); tráfico migrantes (artículo 188); trata personas (artículo 188A); tráfico de niñas, niños y adolescentes (artículo 188C); uso de menores edad para la comisión de delitos (artículo 188O); amenazas contra defensores de derechos humanos y servidores públicos (artículo 188E); delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de que trata el Título IV; violencia intrafamiliar (artículo 229); **hurto calificado (artículo 240) numerales 2 y 3 Y cuando tal conducta se cometa con violencia contra las personas, no obstante lo cual procederán las medidas contempladas en este Decreto Legislativo en las hipótesis de hurto calificado cuando la persona haya cumplido el 40% de la condena; hurto agravado (artículo 1) numerales 3, 4, 12, 13 Y 15, no obstante lo cual procederán las medidas contempladas en este Decreto Legislativo en las hipótesis de hurto agravado cuando la haya cumplido el 40% de condena;** abigeato cuando se cometa con violencia las personas (artículo 243); extorsión (artículo 244); corrupción privada (artículo 250A); hurto por medios informáticos y semejantes (artículo 269I); captación masiva y habitual dineros (artículo 316); contrabando agravado (artículo 319); contrabando hidrocarburos y sus derivados (artículo 319-1); favorecimiento y facilitación del contrabando agravado (artículo 320); lavado de activos (artículo 323); lavado de activos agravado (artículo 324); testaferrato (artículo 326); enriquecimiento ilícito de particulares (artículo 327); apoderamiento hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o que los contengan (artículo 327A); concierto para delinquir simple, (artículo 340 inciso primero); concierto para delinquir agravado (artículo 340 incisos segundo, tercero y cuarto); asesoramiento a grupos delictivos organizados y grupos armados organizados (artículo 340A); entrenamiento para actividades ilícitas (artículo 341); terrorismo (artículo 343); terrorismo agravado (artículo 344); financiación del terrorismo y de grupos delincuencia organizada y administración recursos relacionados con terroristas y delincuencia organizada (artículo 345); amenazas agravadas (artículo 347); tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos (artículo 358); empleo o lanzamiento de sustancias u objeto peligrosos (artículo 365); fabricación, tráfico y municiones de uso restringido de uso privativo las fuerzas armadas o explosivos (artículo 366); fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares (artículo 367); empleo, producción, comercialización y almacenamiento de minas antipersonal (...)"

(...)

PARÁGRAFO 2°. No habrá lugar a detención o la prisión domiciliaria transitorias, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores (...)"

En lo referente al **procedimiento** para hacer efectiva la detención domiciliaria transitoria, el artículo 7 del Decreto multicitado señala que el **Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC** por medio de las **direcciones regionales y los directores de establecimientos penitenciarios y carcelarios verificarán preliminarmente el cumplimiento de requisitos** señalados para dar aplicación al mismo, y remitirá junto con cartillas biográficas digitalizadas, la información que obre en la hoja vida, antecedentes judiciales y los certificados médicos de las personas privadas de la libertad que se ajusten a cualquiera de las circunstancias descritas en el artículo segundo del Decreto Legislativo, **al Coordinador del Centro de Servicios Judiciales o a quien haga sus veces, quien de manera inmediata asignará por reparto a los Jueces Control, o Juez que este conociendo el caso.**

Ahora, si es el **sentenciado quien directamente** o por medio de su defensor de confianza o defensor público hace la **solicitud de prisión domiciliaria transitoria** deberá allegar la cartilla biográfica digitalizada y el certificado médico correspondiente, entregados por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y/o las direcciones regionales y los directores establecimientos penitenciarios y carcelarios, **al Coordinador del Centro de Servicios Judiciales o quien haga sus veces, quien de manera inmediata la asignará por reparto.**

Surtido el reparto, conforme lo prevé el ya citado artículo 7º ***“el juez realizará la verificación del cumplimiento requisitos objetivos y resolverá, en el término máximo cinco (5) días por medio auto escrito notificable por correo electrónico (...) el cual es susceptible de recurso de apelación en el efecto devolutivo”***.

4.3. DE LA IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

El Decreto 2591 de 1991 “Mediante el cual se regula la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política” establece las causales de improcedencia de este medio de acción de la siguiente manera:

“Artículo 6º. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.

3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.

4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.

5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto”. (Destacado fuera del texto).

De la normatividad transcrita se observa con mediana claridad que la acción de tutela resulta improcedente cuando **exista otro mecanismo o medio de defensa judicial para amparar los derechos del tutelante**, así como, resulte pertinente invocar el habeas corpus, o cuando se solicite proteger los derechos colectivos

de ciertos individuos, siempre y cuando no se trate de impedir un perjuicio irremediable, caso en el cual sería procedente la tutela.

Asimismo, es improcedente cuando la violación del derecho originó un daño consumado o que se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

Por consiguiente, concluye el Despacho que siempre que haya una amenaza evidente o un perjuicio irremediable que altere en cualquier forma la integridad de la accionante la acción de tutela puede activarse para proteger sus derechos fundamentales; sin embargo, dicho perjuicio debe estar sustentado en pruebas siquiera sumarias que demuestren al Despacho que la actuación de la administración o entidad accionada está causando un perjuicio irremediable en su persona y en su núcleo familiar si es el caso.

Sobre este punto cabe recordar que la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha resaltado la **subsidiaridad** de la acción tutela cuando no exista otro medio de defensa idóneo para proteger los derechos de la actora; de manera que de existir otro medio judicial de protección ordinario esta resulta improcedente.

En sentencia de T -177 del 14 de marzo de 2011 con ponencia del Doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, el Máximo Tribunal Constitucional explicó, entre otras cosas, la subsidiaridad de la acción constitucional de tutela y los parámetros que debe tener en cuenta el juez constitucional al determinar si es procedente la acción de tutela y el perjuicio inminente a tener en cuenta:

“(…)

Esta Corporación ha reiterado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual, es decir procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración. Sobre el particular, en la sentencia T-753 de 2006 esta Corte precisó: (subrayado fuera del texto)

“Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se ha sostenido que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos judiciales ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior.”

Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, en la sentencia T-406 de 2005, la Corte indicó:

“Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales. De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo.”

Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.” (Subrayado fuera del texto)

Bajo el contexto Jurisprudencial expuesto, es claro que la Corte Constitucional ha considerado que de manera excepcional procede la acción de tutela para debatir asuntos legales, teniendo en cuenta que se deben cumplir con una serie de requisitos, que se circunscriben a lo siguiente: (i) quien solicite el amparo de sus derechos debe ser persona de especial protección, (ii) probar siquiera sumariamente, que la solicitud del derecho reclamado ante un proceso ordinario, resulta ineficaz para la protección de sus derechos de manera inmediata y, (iii) que el mecanismo ordinario con el que cuenta, no es suficiente.

Así las cosas, no sólo basta con que la persona que depreca el amparo constitucional sea sujeto de especial protección, sino que además debe acreditar la existencia de un perjuicio irremediable y que el trámite de un proceso ordinario resultaría más grave y lesivo a sus derechos fundamentales.

Sentado lo anterior, corresponde aclarar aquellos eventos en los cuales la Jurisprudencia Constitucional se ha referido al perjuicio irremediable.

Con relación a este aspecto, la Corte Constitucional en sentencia T-583 del 29 de agosto de 2013, señaló:

“(…)

La Corte Constitucional ha sintetizado unas características para que proceda la acción frente al perjuicio irremediable. En primer lugar, debe ser inminente o próximo a suceder, acreditado ello con suficientes elementos fácticos y tomando en cuenta, además, el origen del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona, material y/o moralmente, susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas desde la doble perspectiva de dar respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y armonizar con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.

El perjuicio irremediable exigido se refiere entonces al “grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e impostergables” para neutralizar, cuando ello sea posible, la violación del derecho”.

Por su parte, el Consejo de Estado el 20 de marzo de 2014, con ponencia de la Doctora Susana Buitrago Valencia, dictada dentro del proceso con radicado el No. 25000-23-41-000-2013-02569-01, señaló:

“(…)

La acción de tutela no es el mecanismo indicado para ventilar este tipo de pretensiones, pues, como es sabido, se caracteriza por ser un remedio residual y excepcional. Solamente en el caso de que no exista otro medio adecuado de defensa judicial, puede el juez de tutela decidir sobre la posible violación de derechos fundamentales, a menos de que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el sub judice, el actor plantea la solicitud de amparo a título de mecanismo transitorio, con fundamento en los siguientes argumentos: “dependo de manera exclusiva, para la manutención de mi esposa y del tutelante, de los ingresos o emolumentos que percibo de mi función notarial tal como lo acredité sumariamente (...). Soy persona de avanzada edad, próximo a cumplir sesenta y seis años y por lo tanto sujeto de especial protección por parte del Estado, por encontrarme en circunstancias de debilidad manifiesta, además, mi esposa es de mayor edad a la mía (próxima a cumplir sesenta y nueve años, tal como acredito con fotocopia auténtica de su cédula de ciudadanía), quien por tal circunstancia no goza de buena salud, viéndose frecuentemente obligada al sometimiento de prolongados y costosos tratamientos médicos, con todas las erogaciones económicas que ello implica. Adjunto certificación del médico Dra. Dora Arias, relativa a los continuos tratamientos a que se somete mi esposa (...).”.

Pese a lo expuesto por el tutelante, para la Sala, las razones que esgrime no demuestran la existencia de un perjuicio irremediable. Las circunstancias especiales que alega como presentes en su caso, no evidencian que se encuentre en una situación de indefensión con las características que la Corte Constitucional ha señalado para que pueda calificarse como irremediable (inminencia del perjuicio, urgencia de las medidas que debe adoptar el juez para evitar la materialización del daño, gravedad de la vulneración e impostergabilidad de las medidas de restablecimiento), y que posibiliten por este motivo la prosperidad de la tutela pese a la existencia de otros mecanismo de defensa judicial. (Negrilla extra texto).

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha previsto que la valoración de los requisitos del perjuicio irremediable, debe efectuarse teniendo en consideración las circunstancias que rodean el caso objeto de estudio, en la medida en que no son exigencias que puedan ser verificadas por el fallador en abstracto, sino que requieren de un análisis específico del contexto en que se desarrollan.

Ahora bien, la Alta Corporación consideró que acudir a la tutela para resolver controversias ajenas a las garantías constitucionales desnaturaliza la esencia de la acción, en la medida en que puede llegar a deslegitimarla afectando a las personas que necesitan la protección de sus derechos y desconocería los procedimientos legales, que son los más propicios para garantizar la vigencia de los derechos, vulnerando así el debido proceso, pues el reconocimiento y la protección de los derechos cuya fuente no provengan de la Carta Política, no son materia de la jurisdicción constitucional sino de la legal u ordinaria, excepto cuando el no reconocimiento de la garantía legal quebrante un derecho fundamental, haciendo necesaria la intervención de juez de tutela.

4.3. HECHOS PROBADOS

En el presente asunto la parte accionante no aportó prueba alguna junto con el libelo de tutela y las entidades no dieron contestación a la misma.

4.4. CASO CONCRETO

La señora **JEINNY ALEXANDRA ROMERO PÉREZ**, considera vulnerados sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, por parte de la **DIRECCIÓN GENERAL DEL INPEC** y el **MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO**, ante el riesgo inminente en que se encuentran ella y sus compañeras de la Cárcel “El Buen Pastor” por las altas probabilidades de un contagio masivo por Covid 19, sin que cuenten con las condiciones médicas y de salubridad para atender dicha emergencia, por lo tanto, solicita el derecho a detención preventiva o a prisión domiciliaria como protección de sus garantías constitucionales.

La instancia judicial advierte que en el presente caso ni la parte accionada ni la entidad vinculada respondieron la acción constitucional de la referencia, por lo tanto, y conforme lo establece el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, en el presente caso se dará aplicación a la presunción de veracidad y se tendrán por

ciertos los hechos de la demanda, en desarrollo de los principios de inmediatez y celeridad que presiden a la tutela.

No obstante, pese a que el escrito de tutela se plantea un problema que en principio tendría naturaleza constitucional, pues señala la posible afectación de derechos que la demandante aduce como fundamentales, lo cierto es, que el presente asunto se encuentra dentro de la causal de improcedencia de la acción de tutela expuesta en el numeral 1ª del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, esto es, cuando se cuenta con otros mecanismos de defensa judicial.

Bajo este contexto, advierte el Despacho que tal como se expuso líneas atrás existe un procedimiento para hacer efectiva la detención domiciliaria transitoria, de que trata el Decreto 546 de 2020 en cabeza del Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC por medio de las direcciones regionales y los directores de establecimientos penitenciarios y carcelarios, quienes son los encargados de verificar preliminarmente el cumplimiento de requisitos señalados para dar aplicación al mismo, y remitirá junto con cartillas biográficas digitalizadas, la información que obre en la hoja vida, antecedentes judiciales y los certificados médicos de las personas privadas de la libertad que se ajusten a cualquiera de las circunstancias descritas en el artículo segundo ibídem, al Coordinador del Centro de Servicios Judiciales o quien haga sus veces, quien de manera inmediata asignará por reparto al Juez de Control, o Juez que esté conociendo el caso.

Conforme lo anterior, no se encuentra en la argumentación de la accionante, sustento alguno que lleve a concluir la existencia de un perjuicio irremediable que afecte los derechos invocados en la presente acción, que sirva como excepción legítima de carácter subsidiario de la acción de tutela.

Lo anterior, como quiera que esta acción es netamente personal y subjetiva y debe radicarse el agravio sufrido en cabeza de quien solicita la protección, situación que no se predica en el caso sub examine, pues, si bien la actora señala que dentro del establecimiento carcelario donde se encuentra reclusa se presenta un gran hacinamiento que es de conocimiento público, así como problemas de salubridad y atención médica, que están afectando los derechos a la salud y a la vida de las internas, no se demuestra un perjuicio irremediable e inminente que active la acción de tutela como subsidiaria, pues sólo se trata de

una situación de temor ante un posible contagio por la emergencia sanitaria que se está viviendo a nivel mundial a causa del Covid 19, más no se acredita encontrarse dentro de los eventos previstos por el legislador para otorgar dicha medida, sino que por el contrario, el delito por el que fue condenada (hurto agravado y calificado), se encuentra excluido de la aplicación de este subrogado penal, como tampoco se evidencia que la actora haya cumplido 60 años, que sea madre gestante o con un hijo menor de 3 años, que padezca de algunas de las enfermedades allí contempladas, que sea una persona con movilidad reducida, que su delito sea culposos, o mucho menos haya cumplido el 40% de condena, en atención a que de una vez verificado el sistema judicial SIGLO XXI³, se encontró que el 18 de febrero hogaño se libró su boleta de encarcelación con efectos a partir del 22 del mismo mes y año.

Bajo este contexto y ante la ausencia de gravedad y urgencia de la protección de los derechos fundamentales invocados; cabe advertir que la controversia planteada puede ser discutida ante la Jurisdicción Penal, el cual resulta ser el mecanismo idóneo y eficaz para la defensa de sus intereses.

Sumado a lo anterior, resulta valioso sostener que no se acreditó que la accionante se encuentre en estado de vulnerabilidad o que se está afectando su salud o su vida digna hasta el punto de someter al Despacho a sobrepasar los límites establecidos del juez natural y entrar a sustituir la prisión intramural por la detención domiciliaria por sede de tutela, en la medida en que no se evidencia las condiciones personales dispuestas por el Decreto 546 de 2020, como son las enfermedades allí determinadas y que dicha patología y el tratamiento que exige sean incompatibles con la estadía en reclusión y le impidan su subsistencia durante el término que emplee el trámite del mecanismo judicial correspondiente, pues a lo sumo, su caso sólo encaja dentro del literal que dirige este beneficio a las personas con penas privativas de la libertad de hasta cinco años de prisión.

En consecuencia, habrá de declararse improcedente la presente acción de tutela conforme lo mencionado en líneas anteriores.

³ Ver proceso 11001600002320190111401 Juzgado 001 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado 47 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE IMPROCEDENTE la acción de tutela presentada por la señora **JEINNY ALEXANDRA ROMERO PÉREZ** identificada con C.C. No. 1.010.169.479 de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a la accionante, al **Director General del INPEC**, a la **Ministra de Justicia y del Derecho** y al Defensor del Pueblo por el medio más expedito, de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Si no fuere impugnada la presente decisión judicial, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


LUZ NUBIA GUTIÉRREZ RUEDA
Juez