

República de Colombia
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
MAGISTRADO PONENTE Dr. CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ

Ibagué, veinte (20) de mayo de dos mil veinte (2020).

Radicación: No. CAMR – AT - 001
Medio de control: **ACCIÓN DE TUTELA** – PRIMERA INSTANCIA
Demandante: CARLOS MIGUEL HORTA PERDOMO
Demandado: NACIÓN – PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO “INPEC”, UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS “USPEC”, MINISTERIO DEL TRABAJO, DIRECCIÓN REGIONAL CENTRAL DEL INPEC, DEPARTAMENTO DEL TOLIMA - SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL, MUNICIPIO DE EL ESPINAL – TOLIMA - SECRETARÍA DE SALUD MUNICIPAL, ARL POSITIVA, y el CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL.
Vinculados: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, y el ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO DE EL ESPINAL TOLIMA.
Asunto: **Fallo de Primera Instancia.**

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Se encuentran las presentes diligencias al despacho a efectos de proferir el fallo de primera instancia, el cual se resolverá conforme a lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

1.1. *El escrito de tutela*

El señor CARLOS MIGUEL HORTA PERDOMO, obrando en nombre propio y en calidad de servidor público adscrito al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, y como miembro de la Asociación Sindical – SINTRAPECUN – FILIAL DE FECOSPEC – UTC – Seccional – Espinal – Tolima, interpone acción de tutela contra la Nación – Presidencia de la República, Ministerio de Salud y Protección Social, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario “INPEC”, Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios “USPEC”, Ministerio del Trabajo, Dirección Regional Central del INPEC, Departamento del Tolima - Secretaría de Salud Departamental, Municipio de El Espinal – Tolima - Secretaría de Salud Municipal, ARL POSITIVA, y Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019, y las vinculadas Ministerio de Justicia y del Derecho, y el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de El Espinal Tolima, por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la igualdad y a la dignidad humana de los empleados del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC, personal administrativo, y de las personas privadas de la libertad – PPL -, del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de El Espinal Tolima, en relación con los siguientes:

HECHOS

Del sustento fáctico expuesto por el demandante, se relacionan los hechos jurídicamente relevantes para el *sub lite* de la siguiente manera:

Sentencia de Primera Instancia

1. El Estado Colombiano declaró la emergencia económica, social y ecológica ante la presencia de la pandemia COVID -19.
2. Refiere que es de público conocimiento que varias penitenciarías del país se han visto afectadas por la propagación de la nueva enfermedad – Coronavirus – COVID -19, tanto así que a la fecha ya se cuenta con un número significativo de servidores públicos del INPEC y población privada de la libertad - PPL con resultados positivos de contagio, con síntomas asociados, y víctimas mortales en la ciudad de Villavicencio.
3. Pese a que se han anunciado la realización de acciones para la contención del virus por parte del INPEC, considera que las mismas no han sido suficientes para su mitigación, ni para proteger la vida y la salud de la población carcelaria en general.
4. Que ante la situación que se ha presentado por la presencia del virus y la falta de medidas en pro de proteger a la población carcelaria; los servidores públicos del INPEC se han visto en la necesidad de hacer recolectas para adquirir elementos de protección personal, como quiera que las entidades accionadas no han brindado la atención que requiere la emergencia sanitaria declarada por el Gobierno Nacional.
5. Que el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de El Espinal – Tolima, está integrado por 1000 reclusos y 200 servidores públicos entre los empleados del cuerpo de custodia – vigilancia y el personal administrativo, que no cuenta siquiera con los elementos de bioseguridad para su protección, estando en total desamparo por la falta de salubridad, carencia de recursos, deficiencia del sistema de salud, y ausencia de apoyo de los entes territoriales que tiene personas privadas de la libertad en dicho establecimiento.
6. Considera que de darse algún caso de contagio por Coronavirus – COVID-19 al interior del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de El Espinal Tolima, la situación podría convertirse en una tragedia inmanejable, no sólo por la letalidad del virus respecto del cual no existe una vacuna para el tratamiento, sino por el hacinamiento que se presenta en éste.
7. Que las condiciones del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de El Espinal Tolima, generan temor en toda la población carcelaria, más cuando no se cuenta con suficiente suministro de agua potable disponible por falta de baños e instalaciones adecuadas, y por el espacio reducido donde no existe la más remota posibilidad de que se garantice un distanciamiento o aislamiento social, entre la PPL, el cuerpo de custodia y vigilancia, y el personal administrativo.
8. Señala que no se han realizado pruebas del Coronavirus – COVID-19 a la población carcelaria privada de la libertad, ni a los funcionarios del EPMSC de El Espinal – Tolima.
9. Sostiene que no se ha hecho entrega del suficiente material de protección y/o prevención, ni se han establecido unos protocolos claros y tendientes a determinar los casos de sospecha por COVID – 19, y aplicables dentro de la PPL, los servidores públicos que conforman el cuerpo de custodia y vigilancia, y el personal administrativo del EPMSC de El Espinal – Tolima, de manera discriminada.
10. Que a los funcionarios de la guardia también les atribuye la obligación de asumir el control de los sujetos que gozan del beneficio de la detención domiciliaria, y que a la fecha suman un total de 180 PPL en tal situación.
11. Estima que no hay suficiente personal de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria, así como personal administrativo, para atender todas las necesidades del EPMSC de El Espinal – Tolima.

PRETENSIONES

El señor **CARLOS MIGUEL HORTA PERDOMO**, obrando en nombre propio y en su calidad de servidor público adscrito al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, y como miembro de la Asociación Sindical – SINTRAPECUN – FILIAL DE FECOSPEC – UTC – Seccional – Espinal – Tolima, elevó sus peticiones, solicitando que se le ampare los derechos fundamentales a la **VIDA**, a la **SALUD**, a la **IGUALDAD** y a la **DIGNIDAD HUMANA** de la población privada de la libertad, del cuerpo de custodia y vigilancia, y personal administrativo del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de El Espinal Tolima; y en virtud de ello se ordene que:

1. La **PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA**:

- Expida el decreto conforme al cual se incluya el COVID 19 como enfermedad laboral para los servidores públicos adscritos al INPEC.
- Incluya a los trabajos del sector penitenciario y carcelario dentro de lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto Legislativo 538 de 2020.
- Impulse el reconocimiento pensional para el personal de la guardia penitenciaria, de conformidad a la actividad de alto riesgo que estos cumplen, tanto por el riesgo que conlleva las actividades con el personal privado de la libertad y la exposición permanente de contagio a enfermedades infecciosas como el COVID-19.

2. El **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO “INPEC”**:

- Realice la respectiva trazabilidad de los planes de contingencia de los diferentes escenarios de crisis carcelaria.
- Disponga el fortalecimiento de la planta de personal administrativo y del cuerpo de custodia y vigilancia del EPMSC de El Espinal, en cantidad suficiente para atender a los cerca de 1000 privados de la libertad que se encuentran en las instalaciones del penal, y mitigar la debilidad en seguridad y gestión administrativa generada por los contagios del COVID 19.
- Suministre los elementos coercitivos, y practique el arreglo de cámaras de vigilancia para prevenir amotinamientos, actos violentos de la PPL, agresiones y fuga de presos.
- Disponga la dotación de armamento para la seguridad del EPMSC de El Espinal por cuanto el que existe es insuficiente.

3. La **UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS “USPEC”**:

- Planifique, y disponga la ejecución presupuestal y realización del nuevo centro penitenciario.
- Incremente el personal de salud para atender a la PPL que pudieren ser contagiados por el COVID 19, o que tengan otros diagnósticos que requieran servicio médico, así: 3 médicos, 1 fisioterapeuta, 2 odontólogos, 1 regente de farmacia, 3 auxiliares de enfermería, y 2 jefes de enfermería.
- Establezca la programación de horarios nocturnos para la atención médica del personal recluso en el EPMSC de El Espinal.
- Disponga el monitoreo médico constante de la PPL que sea diagnosticada como positivo para COVID -19, y el suministro de una adecuada alimentación.
- Apropie los recursos para la realización de pruebas de COVID 19 para funcionarios y todo el personal privado de la libertad del EPMSC de El Espinal, sin excepción.

4. La **SECRETARÍA DE SALUD DEL MUNICIPIO DE EL ESPINAL – TOLIMA**:

- Realice el respectivo diagnóstico de las condiciones en las que se encuentra alojadas la población privada de la libertad del EPMSC de El Espinal, así como, del personal de cuerpo de custodia y vigilancia para prevenir que la pandemia se expanda por todo el penal.

Sentencia de Primera Instancia

- Determine si la infraestructura del EPMSC de El Espinal es adecuado, en condiciones de salud para la PPL y los funcionarios del INPEC.
- Efectúe el correspondiente diagnóstico de las condiciones de todos los puestos de trabajo de los funcionarios del INPEC del EPMSC de El Espinal, de acuerdo a las normas vigentes de salud ocupacional y demás normas concordantes.
- Realice brigadas de salud de manera periódica para toda la PPL del EPMSC de El Espinal.

5. El MUNICIPIO DE EL ESPINAL – TOLIMA:

- Asuma la responsabilidad de los privados de la libertad sindicados en el EPMSC de El Espinal de acuerdo a lo consagrados en las Leyes 65 de 1993 y 1709 de 2004.
- Realice los convenios interadministrativos con el INPEC, conforme a las disposiciones normativas que regulan la materia en el año 2020 y los futuros, siempre y cuando no construyan su propio centro de reclusión para sindicados.
- Asigne docentes contratados por el municipio, con el objeto de que cumplan con las obligaciones establecidas en el artículo 19 de la Ley 65 de 1993, para certificar a la PPL en sus diferentes cursos de las etapas del tratamiento penitenciario.
- Coordine con el INPEC, USPEC, Ministerio de Justicia, Gobernación del Tolima, y demás municipios y/o entidades las responsabilidades que éstas deban asumir, para la planificación, ejecución presupuestal y construcción de una nueva cárcel para los municipios que no establezcan convenios.

6. El DEPARTAMENTO DEL TOLIMA:

- Coordine con el INPEC, USPEC, Ministerio de Justicia, Gobernación del Tolima, y demás municipios y/o entidades las responsabilidades que éstas deban asumir, para la planificación, ejecución presupuestal y construcción de una nueva cárcel para los municipios que no establezcan convenios.
- Realice brigadas de salud para todos los privados de la libertad del EPMSC de El Espinal, con periodicidad de cada 30 días.
- Asuma la responsabilidad para con los privados de la libertad y los funcionarios del EPMSC de El Espinal, como quiera que hasta la fecha no se ha visto su gestión.

7. La DIRECCIÓN REGIONAL CENTRAL DEL INPEC:

- Se abstenga de continuar realizando traslados y/o remisiones de la PPL para evitar la propagación del COVID 19 e impida que se coloque en riesgo a la población carcelaria en general y a terceros.

8. La ARL POSITIVA:

- Establezca un procedimiento para que se reconozca el COVID-19, como enfermedad laboral dado la alta probabilidad de contagio de los funcionarios del INPEC en las cárceles del país.
- Realice la respectiva trazabilidad del contagio COVID-19 en los funcionarios del EPMSC de El Espinal.
- Envíe los elementos de protección personal para los 200 funcionarios del EPMSC de El Espinal, para mitigar el virus, tales como: tapabocas certificados por el Invima y acordes para prevenir el contagio, caretas, overoles de bioseguridad, trajes especiales para el servicio de hospital, guantes de nitrilo, gel antibacterial, jabón líquido para manos, y la instalación de tres cabinas de desinfección.

9. El MINISTERIO DE JUSTICIA:

- Impulse el reconocimiento pensional para el personal de la guardia penitenciaria, de conformidad a la actividad de alto riesgo que estos cumplen, tanto por el

riesgo que conlleva las actividades con el personal privado de la libertad y la exposición permanente de contagio a enfermedades infecciosas como el COVID-19.

10. EL MINISTERIO DEL TRABAJO:

- Coordine con las EPS y con el INPEC para que los casos de aislamientos preventivos por el posible COVID 19, no sean descontados en la nómina del trabajo.
- Realice el respectivo seguimiento de las represalias y persecución sindical y laboral, a los funcionarios y líderes sindicales que denuncien públicamente el abandono del Estado frente a la crisis carcelaria por el COVID-19.
- Estudie las condiciones de seguridad industrial en que cumple su labor los 200 funcionarios del EPMSC de El Espinal.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La presente acción constitucional fue presentada ante la Oficina Judicial el 6 de mayo de 2020, correspondiéndole por reparto a esta Corporación Judicial, quien mediante auto del 8 de mayo del mismo mes y año dispuso su admisión conforme a lo previsto en los artículos 14 y 16 del Decreto 2591 de 1991, y en los numerales 1º y 5º del Decreto 1382 de 2000, se vinculó en calidad de accionado al Ministerio de Justicia y del Derecho, y al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de El Espinal Tolima, quienes junto con las entidades accionadas se les requirió para que dentro de los dos (2) días siguientes a la notificación del mencionado proveído rindieran informe respecto de la tutela entablada.

Asimismo, y ante la solicitud de medida provisional elevada por el actor, el Despacho de conocimiento en virtud del principio de prevención DECRETÓ:

... de oficio y a solicitud de parte unas medidas provisionales, con el objeto de prevenir, mitigar y atender los efectos de la emergencia sanitaria decretada por causa del Coronavirus - COVID 19; y en consecuencia se **ORDENÓ**:

- a) A la Administradora de Riesgos Profesionales – ARL POSITIVA, o a la cual se encuentren afiliados, que de forma inmediata garanticen, suministren y/o entreguen los elementos de bioseguridad (tapabocas, guantes, jabón y/o alcohol, y kits o equipos - trajes de protección) de acuerdo a las necesidades, al personal que integra el cuerpo de custodia y vigilancia, y miembros administrativos del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de El Espinal – Tolima.
- b) Al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO “INPEC”, y la UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS “USPEC” que, de forma inmediata y de acuerdo a sus competencias, garanticen, suministren y/o doten a la Población Privada de la Libertad de los elementos de bioseguridad como tapabocas, guantes, jabón y/o alcohol.
- c) Al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de El Espinal (Tolima), que garantice el acceso de lavado de manos tanto de la Población Privada de la Libertad, como los servidores públicos que integran el cuerpo de custodia y vigilancia, y miembros administrativos de dicha penitenciaría.
- d) Al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO “INPEC”, a la UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS “USPEC”, al CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL, y a la Administradora de Riesgos Profesionales – ARL POSITIVA o la que se encuentren afiliados que, de manera inmediata, coordinada y mancomunada procedan a emitir protocolos de protección, prevención y control para la población carcelaria en general del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de El Espinal – Tolima, en relación con el nuevo coronavirus COVID 19, esto, de acuerdo a los

protocolos de bioseguridad dispuestos por el Ministerio de Salud y Protección Social en el marco de la emergencia decretada por la pandemia.

III. INFORMES RENDIDOS

3.1. Nación – Presidencia de la República

A través de apoderada judicial el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República refiere que la presente acción carece de fundamento fáctico, probatorio y jurídico, por no evidenciarse ningún elemento de juicio que confirme la real, actual e inminente vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, a la salud o la dignidad humana, y con relación a la nula prestación de servicios médicos cuando así lo ha requerido por el riesgo de contagio por el COVID-19, ni mucho menos se determinó la pertinencia y necesidad prioritaria de las medidas que en sede de tutela reclama, lo cual torna improcedente el mecanismo de amparo por inexistencia del flagrante menoscabo aducidos en tanto y cuanto se basó en suposiciones que parten de conclusiones subjetivas frente a un eventual y futuro contagio con COVID 19, que pudiere darse en el centro carcelario de El Espinal.

Adicionalmente sostiene que, el accionante tampoco acreditó la representación que se asigna como dirigente de la junta directiva sindical a la que dice pertenecer, por lo que solicita se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva como por activa, pues estima que se dio una indebida vinculación de la Presidencia de la República al presente trámite, como quiera que en el marco de figuras propias de la administración como la desconcentración, la descentralización y la delegación, no es ésta entidad la llamada a adoptar medidas y acciones que reclama en la tutela.

3.2. Ministerio de Salud y Protección Social

La Directora Jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social en primer lugar alega la improcedencia de la acción en el caso concreto y, solicita se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva de su representada, por cuanto ésta bajo ninguna circunstancia funge como superior del INPEC, ni de ninguna entidad o institución prestadora de salud pública o privada, como que tampoco interviene en las funciones administrativas otorgadas por ley a cada entidad, y que puntualmente y en temas de riesgos laborales la responsabilidad recae exclusivamente en el empleador y en las Administradoras de Riesgos Laborales.

Acto seguido señala que, cada una de las disposiciones y medidas que el Ministerio ha implementado como lineamientos preventivos y sanitarios relacionados con la gestión del riesgo y emergencias, contemplado en el “*Plan Nacional de Gestión del Riesgo*”, y las demás normas que lo regulan, lo hizo en aras de evitar una posible propagación del Coronavirus (COVID – 19), en coordinación con las autoridades nacionales, departamentales y locales.

Finalmente manifiesta que a la población en general se ha impartido recomendaciones básicas de higiene y prevención a través de los medios de comunicación - audiovisuales, virtuales - página web del Ministerio de Salud y Protección Social, junto con los Ministerios de Educación Nacional, del Trabajo, Puertos y Transporte y de Comercio.

3.3. Ministerio del Trabajo

A través del Inspector del Trabajo y de Seguridad Social, el Ministerio de Trabajo contestó el informe indicando que conforme a lo preceptuado en los artículos 3, 17, 485 y 486 del C.S.T., le compete adoptar medidas pertinentes en los eventos en donde se advierta la vulneración de las normas laborales y las demás disposiciones concordantes, cuyo objeto no es otro que establecer el cumplimiento de las normas de derecho individual del trabajo de carácter particular, y las de derecho colectivo del trabajo de los servidores públicos y particulares, a través de un procedimiento reglado de forma general por el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo - Ley 1437 de 2011. No obstante, precisa que no le consta la veracidad de los mismos, como quiera que a la fecha

no se había radicado queja de las presuntas irregularidades, y que una vez se notificó la presente acción de tutela, requirió al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC, CPMS Espinal – Regional Central para le informara las medidas que han implementado para la contención del COVID-19 en la institución a su cargo, y la disponibilidad, entrega, uso correcto de los elementos de protección personal EPP y acatamiento de las demás medidas del protocolo de bioseguridad, con lo cual definirá el inicio o no de una averiguación preliminar y el mérito que pudiera existir para instruir el proceso administrativo sancionatorio, y en consecuencia, arrió copia del requerimiento.

3.4. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC

El Coordinador de Grupo de Tutelas del INPEC rindió informe en oportunidad y en términos generales solicita la desvinculación de la Dirección General de la entidad por cuanto considera que no ha vulnerado derecho fundamental alguno como lo argumenta el accionante, máxime cuando la competencia funcional de gestionar la entrega de elementos de bioseguridad para funcionarios, recae en la Subdirección de Talento – Grupo de Seguridad y Salud en el Trabajo, junto con la ARL POSITIVA.

A continuación, afirma que con relación al nuevo virus denominado SARS-CoV-2 causante de la enfermedad conocida como COVID-19, la Dirección General del INPEC emitió la Directiva No. 000004 de fecha 11 de marzo de 2020 dirigida a las Direcciones Regionales, Directores y Subdirectores de los ERON, en la cual se hace una actualización de las medidas sanitarias que se recomienda sean implementadas en cada uno de los establecimientos de reclusión a cargo del INPEC y dependencias, así como a los funcionarios y personas privadas de la libertad para disminuir el riesgo de contagio de la enfermedad y para dar manejo a los casos probables o confirmados, cuya coordinación e implementación está a cargo del Director del Establecimiento de Reclusión y de los jefes de las demás dependencias.

Que expidió la resolución 001144 de fecha 22 de marzo de 2020 por medio de la cual declaró el estado de emergencia penitenciaria y carcelaria en los establecimientos de reclusión del orden nacional del INPEC, y las Circulares Nos. 009 del 26 de marzo y 00016 del 7 de abril de 2000, conforme a la cuales impartió instrucciones con el fin de prevenir, mitigar y contener el contagio y propagación del COVID-19, al interior de los establecimientos de reclusión.

Frente a la asignación de elementos de protección refiere que, mediante Oficio 85109 – GUSST – emitido por el Grupo de Seguridad y Salud en el Trabajo el 21 de abril de 2020, se dispuso 1700 unidades de tapabocas, en consideración a el número de Funcionarios del Cuerpo de Custodia y Vigilancia asignado al establecimiento CPMS – JYP de El Espinal (170), esto con el fin de tener un uso y asignación de 10 unidades de tapabocas por funcionario.

En lo que respecta a la falta de personal de Personal de Custodia y Vigilancia y Personal Administrativo del INPEC, manifiesta que para solventar esta necesidad se están adelantado convocatorias de personal y nombramiento en provisionalidad para proveer vacantes, pues actualmente la Comisión Nacional del Servicio Civil, se encuentra desarrollando dos convocatorias para la vinculación de personal al Instituto – Convocatorias - 1356 de 2019 INPEC Cuerpo de Custodia-, y 1357 de 2019 INPEC Administrativos.

Finalmente precisó que los elementos de dotación necesarios para el cumplimiento de la función de custodia y vigilancia, corresponden a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC).

De otro lado y con respecto a la medida provisional afirmó que ofició a la Subdirección de atención y tratamiento y a La Coordinación Grupo Logístico, a fin de que se informen gestiones adelantadas para el suministro de jabón, alcohol o geles antibacteriales. Y que los elementos de bioseguridad, tales como tapabocas y guantes, es responsabilidad exclusiva de la UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS “USPEC” toda vez que la competencia legal de la contratación, supervisión, prestación del servicio de salud y en las especialidades requeridas así como la entrega de elementos a las personas privadas de la libertad a cargo del INPEC, recae en ésta.

3.5. Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019 (Integrado por las Sociedades Fiduprevisora S.A. y Fiduagraria S.A.)

El Fondo de Atención en Salud PPL 2019 quien actúa como vocero y administrador del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional en Salud a las Personas Privadas de la Libertad, arrió escrito conforme al cual solicita se deniegue por improcedencia el amparo constitucional por inexistencia de vulneración a los derechos fundamentales alegados por la parte accionante, y se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva, y por activa del agente oficioso, bajo los siguientes argumentos:

Luego de exponer los antecedentes contractuales, preliminarmente estima que el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019 carece de legitimación, toda vez que su finalidad es la celebración de contratos derivados y pagos necesarios para la prestación de los servicios en todas sus fases a cargo del INPEC en los términos las normas que enmarcan el modelo de atención en salud para la población privada de la libertad-, en concordancia con lo dispuesto por el contrato de fiducia mercantil No. 331 de 2016. En suma a que por ley los servicios médico-asistenciales están reservados a las Entidades Promotoras de Salud, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, las Empresas Sociales del Estado y demás entidades que conforman la Organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Dicho lo anterior, arguye que el señor Carlos Miguel Horta Perdomo no está legitimado para actuar como agente oficioso en representación de la población privada de la libertad que se encuentra a cargo del INPEC, toda vez que, la legitimación “*por activa*” exige que el derecho cuya protección se invoca, sea un derecho fundamental radicado en cabeza del demandante y no, en principio, de otra persona, pues, para el caso en particular precisa que el actor no allegó prueba sumaria alguna de la imposibilidad de las personas privadas de la libertad, para la presentación de la acción de tutela en nombre propio, y que si bien no desconocer que los derechos de la PPL se encuentran en parte limitados, en el *sub examine* dicha limitación no existe.

En cuanto al incremento del personal médico y horarios de atención, refirió que ha adelantado las obligaciones conforme con el convenio de fiducia mercantil suscrito con la USPEC, y ha contratado la red prestadora de servicios de salud intramural y extramural para el CPMS ESPINAL según las instrucciones impartidas y la normativa vigente, y de acuerdo con el número poblacional de internos (969), cubriendo el total de los servicios de cada uno de los reclusos; y que sin una directriz de la USPEC, el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019, no puede realizar ninguna modificación en la necesidad de personal de prestaciones de los servicios de salud de la CPMS ESPINAL. Así como que, no es dable que se extienda el horario de atención a 24 horas, por ser éste un Establecimiento de mediana seguridad que no cumple con lo establecido en las Resoluciones Nos. 5159 de 2015 y 3595 de 2016 que garantiza atención médica general y enfermería de 24 horas para los establecimiento de reclusión de alta seguridad y justicia y paz.

A continuación, expone que con el fin de mitigar la posibilidad de contagio del COVID 19 en la población privada de la libertad a cargo del INPEC, ha implementado programas de promoción, prevención, y de auto cuidado para la protección, según las orientaciones del Ministerio de Salud y Protección Social, contando en estos momentos con la dotación de los elementos de bioseguridad al interior del CPMS ESPINAL, frente a las necesidades de elementos de protección personal (EPP) para la prestación de servicios de salud en atención de la PPL, que está definida por el Lineamiento de control, prevención y manejo de casos por COVID-19 PPL – año 2020, documento donde se indicó que el personal de sanidad requiere para los proceso de Atención usar mascarilla quirúrgica (tapabocas corriente) y respiradores de alta eficiencia N95 por parte del personal de salud intramural cuando supervise o manipule toma de muestra de secreciones respiratorias. Así como que, CPMS ESPINAL cuenta con farmacia y bodega que garantiza la disponibilidad de insumos e inventario, de 100 gorros desechables, 1000 guantes para examen en diferentes tallas, 50 tapabocas N95, 20 mascarillas quirúrgicas (tapabocas), 2.833 analgésicos, 8.797 antihistamínico y 4.197 antipirético; y que se encuentra en gestión 4 escudos facial o gafas, 500 polainas, 1800 mascarillas quirúrgicas, 100 gorros desechables y 180 batas manga larga antifluido.

Por último, manifiesta que fueron entregados 468 litros de antibacterial y 559 litros de jabón, así como 3 termómetros infrarrojos, cuyo uso es exclusivo para la población privada de la libertad, puesto que para los funcionarios del INPEC, este como empleador debe suministrar los mismos, por tanto solicita se declare la figura de carencia actual del objeto por hecho superado.

3.6. Positiva Compañía de Seguros S.A.

Por intermedio de apoderada judicial Positiva Compañía de Seguros contestó el escrito de tutela, bosquejando como premisa principal de su defensa que la entidad que representa no ha ejecutado acción ni omisión alguna que afecte en forma ostensible – ni siquiera difusa – los derechos fundamentales que el accionante aquí reclama, y en consecuencia, solicita se declare la improcedencia del presente mecanismo constitucional y se denieguen las súplicas en el contenidas.

En este sentido, advierte que la ARL previo a la medida provisional decretada por el Despacho ya venía apoyando a la empresa con elementos de protección y bioseguridad para el personal que presta servicios en las cárceles y penitenciarias del país, tal y como lo dispone el Decreto Legislativo 500 del 31 de marzo de 2020 y la Circular 029 de 2020 del Ministerio del Trabajo, y que han sido entregados al nivel central del INPEC, junto con programas de asesoría y acompañamiento sobre promoción, prevención y contención del COVID-19; fijando a la fecha un reporte de entrega de 29.900 tapabocas y 2.000 antibacteriales, correspondiéndole al INPEC la distribución en todos los centros del país, sin que con estos se pretenda eximir la responsabilidad de los empleadores frente al cuidado de los trabajadores.

De igual manera, y con respecto a la emergencia decretada refiere que con el fin de garantizar la obtención de recursos económicos para destinarlos a los sectores de la sociedad más impactados, el Gobierno Nacional a través de los Decretos Legislativos 488 y 500 de 2020 procedió a dictar medidas de orden laboral, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por la Pandemia por el COVID - 19, entre ellas la modificación transitoria del artículo 11 de la ley 1562 de 2012, numerales 1 y 3, destinando el 5% del total de la cotización para realizar actividades de promoción y prevención dirigidas a los trabajadores de sus empresas afiliadas que, con ocasión de las labores que desempeñan, están directamente expuestos al contagio del virus, y 2% de los aportes del sistema de riesgos laborales que tenían destinación al fondo de riesgos laborales, se redirigieron a la adquisición de elementos de protección de los trabajadores expuestos al nuevo Coronavirus.

Que en cumplimiento de su deber legal y en especial de las instrucciones impartidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, la aseguradora ha desarrollado acciones de apoyo a sus afiliadas y en especial al INPEC, no sólo con el suministro de EPP, sino con actividades de asesoría técnicas profesionales SST, psicológicas, médicas, con la creación de lineamientos técnicos de prevención y contención, y protocolos de desafección, todo como un plan de contingencia implementado frente al COVID-19.

En consecuencia precisa que, de acuerdo a la normatividad que regula el Sistema General de Riesgos Laborales, (Ley 100 de 1993, Decreto 1295 de 1994, Decreto 600 de 2008, Ley 1562 de 2012) se debe tener presente que las ARL cumplen una función de asesoría y asistencia técnica de análisis de riesgos a sus empresas afiliadas, sin que ello implique que deban asumir las obligaciones propias de los empleadores para con sus trabajadores, puesto que es claro que la obligación de suministrar los elementos necesarios para la realización de la actividad laboral, el cual incluye los elementos e implementos de protección requeridos durante el tiempo que duró la relación laboral, recae en cabeza de empleadores.

En cuanto a la inclusión en el listado oficial de enfermedades laborales del contagio por COVID-19, esgrime que el Decreto 538 de 2020 lo consideró única y exclusivamente respecto de los trabajadores del sector salud, incluyendo al personal administrativo, de aseo, vigilancia y de apoyo que preste servicios en las diferentes actividades de prevención, diagnóstico y atención de esta enfermedad del mismo campo de acción, esto como una medida para garantizar la protección de la población afiliada que se encuentra más expuesta y en contacto directo.

Por todo, es que concluye que la entidad Positiva Compañía de Seguros S.A. ha realizado, dentro del marco de sus competencias todas las gestiones necesarias para cumplir con los mandatos legales y constitucionales, evitando que se vulneren y pongan en riesgos los derechos fundamentales invocados por el extremo actor, motivo por el cual solicita se declare su falta de legitimación en la causa por pasiva en el presente tramite, como quiera que la acusación se dirige en contra del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC y otros.

3.7. Dirección Regional del INPEC

La Directora regional Central del INPEC en suma refiere que lo suplicado por el accionante no es competencia de dicha unidad, pues en primer término refiere que carecer de recursos propios, como quiera que estos son entregados al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario “INPEC” a través de presupuestos nacional; aunado a que no tiene competencia funcional para garantizar la atención en salud de la PPL y el suministro de EPP a los servidores públicos, ya que estas recaen en el INPEC y la USPEC, tal y como lo dispone los Decretos 4150 y 4151 de 2011.

Asimismo, manifiesta que carece de competencia para ordenar y/o realizar traslados de la PPL, siendo esto de resorte funcional de la Dirección General del INPEC – en cabeza de la Coordinación de Asuntos Penitenciarios, dependencia encargada de dirimir aquellos asuntos contemplados dentro del marco legal de la Ley 65 de 1993, ante la Junta Asesora de Traslados; en consecuencia solicita se desvincule del presente trámite por falta de legitimación en la causa por pasiva y se declare falta de legitimación en la causa por activa respecto del demandante.

3.8. Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de El Espinal – Tolima

La Representante Legal del EPMSC de El Espinal Tolima, rindió informe en uso de su derecho de defensa y contracción, e indicó que *“... a través de la gestión realizada por la por la coordinación del área de tratamiento del establecimiento carcelario, se le ha brindado a los PPL el servicio médico de manera integral dentro del establecimiento, entrega de medicamentos elemento de autoprotección, se les suministra el agua necesaria para efectuar labores de aseo personal y locativo, atendiendo a los protocolos establecidos por la Organización Mundial de la Salud, Ministerio de Salud y demás disposiciones Departamentales y Locales, para mitigar el contagio y propagación de la pandemia COVID-19, de igual manera con relación a las medidas para efectuar labores de aseo personal y locativo, se han tomado las siguientes medidas: toma de temperatura, desinfección de calzado y ropa al momento de ingreso, todo el personal de interno que vaya a salir del pabellón a cualquier área del establecimiento debe llevar tapabocas, lavado y desinfección semanal y a diario de celdas pabellones, vehículos y áreas de trabajo del establecimiento como se puede evidenciar en el material fotográfico, control de ingreso del personal de funcionarios administrativos y personal civil que ingrese al establecimiento debe acatar los protocolos sugeridos por la OMS y secretaria (sic) departamental de Salud e INPEC, desde el lavado de manos, tamizaje, reutilización del tapabocas y desinfección al ingreso es obligatorio para el personal, con relación al suministro de agua potable, esta establecimiento a diferencia de los demás del país no sufre por inconvenientes ya que el agua se suministra 24 horas como se ha demostrado y verificado a los organismo de control que han visitado las instalaciones, de igual manera se ha suministrado el jabón líquido para lavado de manos de todos los PPL del establecimiento, también se han realizado campañas de lavado de manos, desinfección de celdas y pasillos, el día 15/04/2020 se suministró a todos los PPL un kit de aseo tal como aparece en el Acta No. 397, por lo anterior esta administración realiza las acciones pertinentes para garantizar los derechos fundamentales de todos los PPL de este establecimiento.”*

3.9. Secretaría de Salud Departamental del Tolima

En oportunidad, la Secretaría de Salud del Departamento del Tolima contestó en escrito de la referencia oponiéndose a los cargos expuestos contra su representada por carecer de competencia para ello, pues indica que el EPMSC de El Espinal Tolima no está dentro de su órbita territorial establecida por el artículo 43 de la Ley 715 de 2001, correspondiéndole la misma al Municipio de El Espinal.

3.10. Secretaría de Salud del Municipio de El Espinal – Tolima

El Director Administrativo de Salud, junto con el Alcalde del Municipio de El Espinal Tolima, rindieron informe con relación al situación fáctica planteada por el demandante y en correspondencia señaló que la administración municipal ha cumplido cabalmente con la responsabilidad inherente que recae en ésta, realizando en tiempo la vigilancia y control al cumplimiento de las medidas sanitarias pertinentes para mitigar la propagación del Coronavirus COVID- 19 al interior del EPMSC de El Espinal Tolima.

En consecuencia del control ejercido, precisa que el plan de contingencia para el manejo de la pandemia del EPMSC de El Espinal Tolima no se ajusta a los lineamientos emitidos por el Gobierno Nacional, como quiera que el personal del INPEC no posee los elementos de protección personal según los protocolos de bioseguridad, en suma a que desconocen los de limpieza y desinfección que se deben aplicar para mitigar la propagación del virus, y como prueba de ello arrima copia del Acta No. 034 del 28 de abril de 2020.

3.11. Ministerio de Justicia y del Derecho

La Dirección de Política Criminal y Penitenciaria de dicha cartera ministerial presentó escrito conforme al cual intervine dentro del asunto de la referencia, e indica que tanto ésta como sus entidades adscrita viene ejecutando las acciones correspondientes para la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores que laboran en centros de detención y de reclusión a nivel nacional, así como también, de quienes se encuentran privados de la libertad.

Al hilo de lo anterior, precisa que el Ministerio carece de competencia sobre los asuntos objeto de la acción, en razón a que no tiene poder coercitivo para exigir el asunto que se debate, y de realizar esta actuación, claramente desbordaría los límites constitucionales y legales a su cargo, requisito que adquiere especial relevancia en atención a que, por disposición constitucional, los servidores públicos están facultados solamente para cumplir aquellas funciones que estén expresamente contempladas en la Constitución y la ley.

En este contexto, el Ministerio de Justicia y del Derecho concluye que no es la entidad competente, ni funcional, ni legalmente, para proteger los derechos invocados por el accionante, ni para dar cumplimiento a las pretensiones expuestas en el escrito genitor, y en tal sentido solicita su desvinculación de la acción constitucional por falta de legitimación en la causa por pasiva, o en su defecto se denieguen las súplicas que recaen sobre éste.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Precisiones preliminares

4.1.1. Competencia

Es competente este Tribunal para conocer de la presente acción de tutela promovida contra la Nación – Presidencia de la República, Ministerio de Salud y Protección Social, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario “INPEC”, Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios “USPEC”, Ministerio del Trabajo, Dirección Regional Central del INPEC, Departamento del Tolima - Secretaría de Salud Departamental, Municipio de El Espinal – Tolima - Secretaría de Salud Municipal, ARL Positiva, y Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL, y las entidades vinculadas Ministerio de Justicia y del Derecho, y el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de El Espinal -Tolima, esto, teniendo en cuenta que la jurisprudencia constitucional ha indicado que las únicas normas que determinan la competencia en materia de tutela, son el artículo 86 de la Constitución que señala que ésta se puede interponer *ante cualquier juez*, y el artículo 37 de Decreto 2591 de 1991, que establece la competencia territorial y la correspondiente a las acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación, la cual es asignada a los jueces del circuito.

En este sentido, al artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, dispone:

“Art. 37. – Primera instancia. Son competentes para conocer de la acción de tutela, **a prevención**, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud...” (Negrilla fuera de texto original.)

En armonía con el anterior precepto, el artículo 1º del Decreto No. 1382 de 2000, literalmente señala:

“ARTICULO 10. Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeran sus efectos, conforme a las siguientes reglas:

1. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad pública del orden nacional, salvo lo dispuesto en el siguiente inciso, serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Administrativos y Consejos Seccionales de la Judicatura.”

“(...)”

En este orden de ideas, evidentemente se observa que conforme a las reglas de reparto contempladas en el Decreto N°. 1382 de 2000, esta Corporación es competente para resolver la presente acción.

En suma, se advierte que de acuerdo con lo previsto en el numeral 3¹ del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1983 del 30 de noviembre de 2017, las acciones de tutela dirigidas contra actuaciones de la Presidencia de la República serán repartidas para su conocimiento en primera instancia a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial o los Tribunales Administrativos.

Por otra parte, según el numeral 2º del citado artículo, las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden nacional serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces del Circuito o con igual categoría.

No obstante, encuentra este Tribunal que al tenor de lo dispuesto en el numeral 11 del artículo en cita, “cuando la acción de tutela se promueva **contra más de una autoridad y estas sean de diferente nivel**, el reparto se hará al juez de mayor jerarquía, de conformidad con las reglas establecidas en el presente artículo”.

En el presente asunto, como quiera que se trata de una acción de tutela dirigida contra la Nación – Presidencia de la República, y también frente al Ministerio de Salud y Protección Social, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario “INPEC”, Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios “USPEC”, Ministerio del Trabajo, Dirección Regional Central del INPEC, Departamento del Tolima - Secretaría de Salud Departamental, Municipio de El Espinal – Tolima - Secretaría de Salud Municipal, ARL Positiva, Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL, Ministerio de Justicia y del Derecho, y el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de El Espinal Tolima, - organismo o entidad pública del orden nacional, es procedente dar aplicación a la regla de reparto contenida en el numeral 11 en cita.

4.1.2. Marco Jurídico de las Acciones de Tutela

El artículo 86 de la Constitución política expresa que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces en todo momento y lugar mediante un procedimiento breve y sumario, por sí misma o quien actúe en su nombre la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública.

El inciso tercero de la anterior disposición igualmente dice que esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otros medios de defensa judicial, salvo que aquella se autorice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

¹ “Las acciones de tutela dirigidas contra las actuaciones del Presidente de la República, del Contralor General de la República, del Procurador General de la Nación, del Fiscal General de la Nación, del Registrador Nacional del Estado Civil, del Defensor del Pueblo, del Auditor General de la República, del Contador General de la Nación y del Consejo Nacional Electoral serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial o a los Tribunales Administrativos.” (Resalto de la Sala).

El artículo 8 del Decreto 2591 de 1991 prescribe que la tutela procede como mecanismo transitorio aún cuando el afectado disponga de otro medio judicial para evitar un perjuicio irremediable, esto es, cuando el daño no sea irreparable jurídicamente, o cuando al interpretarse en el sentido de que los efectos del acto durante su ejecución sean físicamente irreparables.

4.2. Análisis sustancial del problema jurídico a resolver

Corresponde a esta Corporación determinar si las entidades accionadas y vinculadas han vulnerado los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la igualdad, a la dignidad humana y al Trabajo en condiciones dignas y justas de los servidores públicos que conforman el cuerpo de custodia y vigilancia, y el personal administrativo del EPMSC de El Espinal Tolima, así como los de la población privada de la libertad (PPL) en dicha penitenciaria, y que fueron invocados por el señor Carlos Miguel Horta Perdomo en calidad de empleado público y como miembro de la Junta Directiva del Sindicato SINTRAPECUN Seccional Espinal Filial de Fecospec – UTC, ante la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional como consecuencia de la presencia y propagación del Coronavirus – COVID 19, y por la presunta inexistencia de medidas y protocolos que prevengan, controlen y mitiguen un posible contagio.

Una vez relacionado el *quid* del asunto, es claro para esta Corporación Judicial que el móvil de la presente acción constitucional son la “ausencia” de medidas para la mitigación de la propagación del nuevo Coronavirus – COVID – 19 dentro de la penitenciaria del municipio de El Espinal Tolima; no obstante, y del análisis concienzudo que se hace del escrito de tutela, se tiene que el accionante no sólo pretende que les amparen los derechos presuntamente conculcados por situaciones concretas con la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional, sino que expone un conjunto de asuntos que escapan de la órbita del juez constitucional, y que son propios de otros mecanismos judiciales, procesos administrativos, y del ámbito de libertad de la configuración legislativa.

En consecuencia, en este punto es menester determinar que la Corte Constitucional ha interpretado las normas sobre procedencia de la acción de tutela concluyendo que dicha acción es de carácter subsidiario y por tanto, no supe los mecanismos procesales establecidos por el ordenamiento jurídico para defender los intereses de los particulares. Frente a este tema, ha dicho:

“Reitera la Corte que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario cuyo objeto específico es la protección de los derechos fundamentales violados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública o de una persona o entidad privada cuando la circunstancia encaja en lo previsto por la Carta, pero en modo alguno se constituye en vía adecuada para sustituir al sistema jurídico ordinario ni para reemplazar los procedimientos judiciales expresamente contemplados para solucionar determinadas situaciones o para desatar ciertas controversias.” (T-293 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

En igual sentido la jurisprudencia constitucional también señaló que:

*“(…) es necesario entender que los mecanismos judiciales ordinarios son los instrumentos preferentes a los cuales deben acudir las personas para lograr la protección de sus derechos; pues los jueces ordinarios están obligados a resolver los problemas legales que a aquellas aquejen, garantizando en todo momento la primacía de los derechos inalienables. De ahí que la tutela por parte de la jurisdicción constitucional adquiera carácter subsidiario frente a los restantes medios de defensa judicial.”*²

Así las cosas, es preciso indicar que la tutela, en principio, no es procedente para controvertir decisiones de carácter administrativo, por cuanto el legislador ha instituido otros mecanismos de defensa para tal fin; el amparo constitucional es por naturaleza residual y subsidiario, debiendo los administrados respetar el conducto regular de las competencias, acciones, procedimientos, instancias y recursos jurisdiccionales, a efecto de conservar la estructura funcional de la rama judicial; evitando de esta forma, la indebida intromisión del

² Sentencia T-565 de 2008 M.P. Jaime Araújo Rentería.

juez de tutela en las competencias asignadas por el legislador a los jueces naturales, u otros organismos.

Planteado lo anterior, es que esta Sala de decisión concluye que el estudio del presente mecanismo constitucional de naturaleza residual y subsidiaria, se concentrará en verificar si las entidades accionadas han adoptado las medias y protocolos adecuados con el fin de controlar y/o mitigar la propagación del nuevo Coronavirus que afecta no sólo a la población carcelaria, sino al país y mundo en general; esto, a partir de situaciones fácticas y jurídicas concretas, que a la postre es lo que en realidad y actualmente puede poner en riesgo los derechos fundamentales de los servidores públicos que conforman el cuerpo de custodia y vigilancia, y el personal administrativo del EPMSC de El Espinal Tolima, así como a su población privada de la libertad (PPL), y que es la labor del juez constitucional.

Por ello, como estructura metodológica del presente fallo, en primer lugar, esta Sala abordará el estudio de la legitimación por activa del señor Carlos Miguel Horta Perdomo – agencia oficiosa, y por pasiva de las accionadas y/o vinculadas, para posteriormente establecer el marco normativo y jurisprudencial de los derechos presuntamente vulnerados; y finalmente analizará el caso en concreto en donde se verificara si se presenta la transgresión alegada, y si es del caso, se dispondrán las ordenes que quepan a las autoridades competentes conforme al presente mecanismo constitucional, para que si aún y no lo han hecho, adopten las medidas necesarias para solventar las posibles situaciones que pudieren ocasionar una violación de los derechos.

4.2.1. De la legitimación en la causa por activa y por pasiva en las acciones de tutela

Preliminarmente esta Corporación estima pertinente desplegar el análisis del presupuesto procesal de la legitimación en la causa por activa, toda vez que, varias de la entidades accionadas en su sentir consideran que el señor Carlos Miguel Horta Perdomo carece de legitimación para promover la presente acción constitucional, por no advertir prueba si quiera sumaria que lo acredite como miembro de Junta directiva del sindicato SINTRAPECUN Seccional Espinal Filial de Fecospec – UTC, y del cumplimiento de los requisitos para actuar en nombre de terceros – PPL del EPMSC de El Espinal, que para este caso resultaría ser un agente oficioso.

Es claro que el artículo 86 Superior consagra el derecho que detenta toda persona para incoar en nombre propio este mecanismo constitucional, preferente y sumario ante cualquier Juez de la República, para la salvaguardia de sus derechos fundamentales cuando se vean socavados; también lo es, que dicha disposición establece a continuación que igualmente puede ser interpuesta por conducto de un tercero.

La legitimidad para el ejercicio de este mecanismo de amparo, se halla reglamentada en el artículo 10³ del Decreto 2591 de 1991, de donde se desprende que puede ser formulada por las siguientes personas a saber⁴:

- Directamente por el afectado;
- A través de su representante legal;
- Por medio de apoderado judicial y;
- A través de un agente oficioso.

Sobre la agencia oficiosa, nuestro Tribunal Constitucional ha indicado que es posible presentar la demanda en ejercicio la acción de tutela, cuando el titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra en imposibilidad de acudir a la justicia, para lo cual se requiere verificar la convergencia de las siguientes condiciones: **i)** que existe una manifestación del agente oficioso para actuar como tal; **ii)** que se indique en el escrito de

³ “**Art. 10. — Legitimidad e interés.** La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrán ejercerla el defensor del pueblo y los personeros municipales.”.

⁴ Sobre la legitimación en la causa por pasiva en acciones de tutela, consultar la sentencia T-531 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

tutela o que se pueda inferir del mismo, que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales de promover su propia defensa; y, *iii*) que el sujeto o los sujetos agenciados se encuentren plenamente identificados⁵.

La jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado ha sido consistente en que la agencia oficiosa se deriva de la imposibilidad física o mental del titular de los derechos fundamentales de promover su propia defensa ante el juez de tutela, condiciones que deben ser valoradas por el juez constitucional según circunstancias particulares del caso puesto a su consideración⁶.

Posteriormente, la Corte Constitucional indicó que no es obligatorio que el agente oficioso demuestre la incapacidad física o mental que impide al afectado promover su propia defensa para que sea admisible la agencia oficiosa, si de los hechos probados en el proceso advierte el juez de tutela que el titular del derecho no se encuentra gozando de todas las condiciones físicas, síquicas, intelectuales, culturales y sociales para interponer la acción por su propia cuenta⁷.

Al respecto, dicha alta Corporación en sentencia T-017 del 23 de enero de 2014 (M.P. Alberto Rojas Ríos), consideró:

“... esta Corte ha reiterado los requisitos de procedencia para el agente oficioso en la presentación del amparo: (i) El agente oficioso manifieste actuar en tal sentido; y, (ii) de los hechos y circunstancias que fundamentan la acción, se infiere que el titular de los derechos fundamentales presuntamente conculcados se encuentra en circunstancias físicas o mentales que le impiden su interposición directa⁴. Adicionalmente, la Corte ha precisado que, en todo caso, las condiciones normativas y jurisprudenciales para el ejercicio legítimo de la agencia oficiosa en materia de tutela, deben ser valoradas por el juez constitucional a la luz de las circunstancias particulares del caso puesto a su consideración⁵.

No obstante, en la sentencia T-1020 de 2003 se consideró que pese al perfil informal de la acción de tutela, “en ocasiones excepcionales es admisible que se agencien derechos ajenos sin que se manifieste en el escrito el requisito exigido por el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, es decir, que no se aclaren las razones por las cuales el afectado no puede acudir en su propia defensa. Es necesario tener en cuenta cada caso en concreto y es tarea del juez verificar la naturaleza de los derechos invocados y la gravedad o no del daño ocasionado”.

Así, en la citada providencia, la Corte Constitucional estimó que el requisito del artículo 10 en comento sólo se explica y resulta necesario “en aquellos eventos en los cuales los derechos sometidos a debate interesan únicamente a su titular y, por tanto, éste es libre para exigir su defensa o abstenerse de hacerlo. Pero en el caso en que se agencien derechos ajenos que, en forma adicional, revistan un interés general o colectivo, es forzoso que razonablemente pueda suponerse que la persona directamente afectada no se opondría y que no existe manifestación en contrario por parte de ésta”.

Respecto a la valoración final que debe realizar el operador judicial, como requisito complementario de la agencia oficiosa, en la cual define si el agenciado se encuentra en incapacidad de interponer por sí mismo la tutela, la Corte ha considerado que “desborda el marco estricto de lo que legalmente constituye la capacidad y ha de tener en cuenta también factores diferentes como, por ejemplo, el estado de salud del interesado. Se sigue ello de la expresión misma contenida en el inciso 2º del artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, que indica: “...cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa...”; generando de ésta manera una amplia órbita de hipótesis que se adecúan a lo preceptuado por la norma. (...)

Lo anterior, se encuentra de acuerdo con el principio de interpretación pro homine que “impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional. Este principio se deriva de los artículos 1º y 2º Superiores, en cuanto en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado social de Derecho, y como fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como la finalidad de las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades”¹⁰ (...)

⁵ SU-707 de 1996.

⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 18 de octubre de 2012, radicación número 05001233100-2012-00738-01. C.P. María Claudia Rojas Lasso.

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-266 de 2014. M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS.

Adicionalmente, la Corte ha reiterado que “los reclusos se encuentran en una situación de debilidad manifiesta que determina la obligación estatal de proteger y hacer efectivos sus derechos (C.P., artículo 13). Y, en este orden de ideas, el Estado es responsable de garantizar el goce de los derechos fundamentales de los reclusos (...)”¹¹¹.

Así las cosas, la interposición de la tutela por quien aduce un interés cierto y constitucional en la promoción de los derechos de otra persona que se enfrenta a determinadas limitaciones para la invocación personal del amparo, no puede ser más que un motivo que justifique los poderes dinámicos del juez del tutela en vez de una causal para declarar improcedente esta acción. (Destacado de Sala).

Lo anterior, fue nuevamente expuesto en sentencia T- 406 de 2017, así:

“... en virtud del principio de eficacia de los derechos fundamentales, cuando en el escrito de tutela no se pone de presente que el agente actúa oficiosamente, ni que el agenciado por sus condiciones físicas o psíquicas no puede interponer la acción, es deber del funcionario judicial examinar las circunstancias que determinaron esa situación y decidir con base en ellas¹⁷. En torno al análisis que debe realizarse para decidir si el agenciado se encuentra o no en imposibilidad de interponer directamente la tutela,

Así mismo, es posible que, en casos muy excepcionales, el juez modere o examine con menor rigor los requisitos, con el fin de hacer efectivos los derechos fundamentales de las personas. Verbi gratia, en sentencia T-095 de 2005 se observó:

“cuando en el escrito de tutela no se manifiesta en forma expresa que se están agenciando derechos de personas que se encuentran imposibilitadas para acudir a un proceso, pero del contenido mismo de la demanda de tutela se concluye que se actúa en nombre de otro, el juez constitucional debe interpretar la demanda y aceptar la procedencia de la agencia oficiosa”.

(...)

Los casos de las personas privadas de libertad merecen una interpretación generosa no solo en atención a que el sistema penitenciario fue declarado en un estado de cosas inconstitucional²⁰, sino porque los reclusos tienen limitados algunos de sus derechos fundamentales, lo cual los hace sujetos de especial protección y, por lo mismo, en algunos eventos, se encuentran incapacitados para solicitar el amparo de manera directa. Al respecto, en sentencia T-1168 de 2003, esta Corporación consideró:

“La Corte ha explicado que los reclusos se encuentran en una situación de debilidad manifiesta²¹ que determina la obligación estatal de proteger y hacer efectivos sus derechos (C.P., artículo 13). Y, en este orden de ideas, el Estado es responsable de garantizar el goce de los derechos fundamentales de los reclusos que no hubieren sido suspendidos o limitados en razón de la pena impuesta, so pena de comprometer su responsabilidad patrimonial, disciplinaria o de cualquier otra índole²²”.

En ese orden de ideas, corresponde al juez de tutela analizar y determinar si una persona está legitimada para que mediante la acción de tutela actúe en agencia de derechos de un tercero. Dicho análisis debe hacerse siempre atendiendo las situaciones particulares del caso e identificando fehacientemente la imposibilidad del agenciado para interponer la acción, sin desconocer derechos personales.

Ahora bien, conforme a los precedentes jurisprudenciales atinentes a la agencia oficiosa señalados, y de cara al presente caso, sea lo primero señalar que el señor Carlos Miguel Horta Perdomo tiene la entidad suficiente para haber interpuesto la presente acción en nombre del personal cuerpo de custodia y vigilancia, y administrativos del EPMSC de El Espinal Tolima, esto, en consideración a que no sólo hace parte de la planta global del INPEC y que actualmente presta sus servicios en dicha penitenciaría, sino porque integra la Junta Directiva de la Subdirectiva o Comité Seccional de SINTRAPECUN, tal y como se avizora de la certificación expedida por el CPMSESP y el Formato Constancia de Registro de Creación y Primera Junta Directiva de una Subdirectiva o Comité Seccional arrimado por el extremo actor a las presentes foliaturas.

Igualmente, y con fundamento en los hechos narrados y la situación suscitada en el marco de la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional, es que esta Sala considera que es admisible entender que los internos no están en las condiciones sociales plenas para solicitar el amparo de sus derechos de manera directa, máxime cuando es claro que la presunta vulneración reviste un interés general o colectivo dentro de la PPL del EPMSC de El Espinal – Tolima como sujetos de especial protección, de donde se puede inferir que los posibles afectados no se opondrían al mecanismo deprecado, esto, en prevalencia y el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional que claramente justifica la legitimación en la causa por activa del señor Horta Perdomo – Dragoneante, frente a la PPL de la penitenciaría de El Espinal Tolima.

Respecto de la legitimación por pasiva se ha de establecer que el artículo 86 de la carta magna ya precitado, establece que la acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas⁸ o por el actuar de los particulares, en los casos previstos en la Constitución y en la ley⁹. En este contexto, según lo señalado de manera reiterada la Corte, en lo que respecta a esta modalidad de legitimación es necesario acreditar dos requisitos, por una parte, que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo; y por la otra, que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho fundamental se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión¹⁰.

En el asunto objeto de estudio, no cabe duda de que se satisface este requisito de procedencia, en primer lugar, porque la mayoría de las entidades demandadas y vinculadas tienen la condición de autoridades públicas¹¹, respecto de las cuales la acción resulta igualmente procedente; y en segundo lugar, porque la presunta vulneración de los derechos que se invocan guarda relación con las atribuciones y deberes que se encuentran a cargo de los entes, con miras a garantizar la vida, la salud, la igualdad y la dignidad humana no sólo de los servidores públicos adscritos al INPEC, sino de la población privada de la libertad del EPMSC de El Espinal Tolima, más y cuando se tiene que en su gran parte han adoptado y emitido directrices con relación a la emergencia sanitaria vigente en todo el territorio nacional. Por lo anterior, se entiende que está plenamente acreditado el requisito de legitimación por pasiva.

4.2.2. Derechos Constitucionales Objetos de la Acción.

En estas circunstancias, corresponderá a la Sala establecer cada uno de los derechos fundamentas invocados por el extremo actor, y que se estiman pudieren estar en peligro de vulneración de la siguiente forma:

4.2.2.1. Protección por vía de acción de tutela al derecho fundamental a la salud

En reiterada jurisprudencia emitida por la Honorable Corte Constitucional, se ha dispuesto que el derecho a la salud, aunque es considerado como un servicio público, igualmente es un derecho fundamental de carácter autónomo¹².

El artículo 49 de la Constitución Nacional señala que: *"corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud a los habitantes y "(...) establecer*

⁸ Decreto 2591 de 1991, arts. 1 y 13.

⁹ El artículo 1, 13 y 42 del Decreto 2591 de 1991 consagra las hipótesis de procedencia de la acción de tutela.

¹⁰ Sobre el particular, en la Sentencia T-1001 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería, se expuso que: *"la legitimación en la causa como requisito de procedibilidad exige la presencia de un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos del demandante y la acción u omisión de la autoridad o el particular demandado, vínculo sin el cual la tutela se torna improcedente (...)"*.

¹¹ Ministerio de Justicia y del Derecho, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Nacional de Planeación, Gobernación de Nariño, INPEC, USPEC, alcaldías de Pasto, Ipiales, Tumaco, Túquerres y La Unión, y los Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios de Mediana Seguridad de Pasto, Ipiales, Tumaco, Túquerres y La Unión.

¹² Ver sentencias T-760 de 2008 T-650 de 2009. En esta providencia se dijo: *"...la salud es un derecho fundamental autónomo cuando se concreta en una garantía subjetiva o individual derivada de la dignidad humana, entendida esta última como uno de los elementos que le da sentido al uso de la expresión 'derechos fundamentales', alcance efectuado adicionalmente en armonía con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano (Art. 93 C.P.)"*

las políticas de prestación de servicio de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control.” Esta facultad que la Constitución le otorga de manera amplia a las instituciones estatales y a los particulares comprometidos con la garantía de prestación del servicio de salud, está conectada con la realización misma del Estado social de derecho y con los propósitos derivados del artículo 2º de la Constitución:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la salud se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional. Son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la salud¹³. El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma en su párrafo 1º que *‘toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios’*.¹⁴

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales contiene una de las disposiciones más completas y exhaustivas sobre el derecho a la salud. En su párrafo 1º determina que los Estados partes reconocen que: *“el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas ‘medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho.’*¹⁵

La Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales con fundamento en la cual el Comité fijó el sentido y los alcances de los derechos y obligaciones derivados del Pacto, dispuso que: *“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.”*¹⁶

Igualmente dentro del marco jurídico colombiano vigente, si bien la Carta Política de 1991 no catalogó como de primera generación el derecho a la salud, y que éste fue por mucho tiempo exigible únicamente mediante la vía tutelar en conexidad con aspectos como la vida y la dignidad humana de los pacientes, es claro que el legislador dada su relevancia le dio el alcance de derecho fundamental, al expedir la Ley Estatutaria 1751 del 16 de febrero de 2015, la cual en su artículo 2º determinó:

“Artículo 2º. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y

¹³ Ver sentencia T-1182 de 2008 que cita: “El derecho a la salud se reconoce en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el párrafo 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.”

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ *Ibidem.*

paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

4.2.1.2. Derecho a la salud de las personas que se encuentran reclusas en centros penitenciarios

El máximo órgano de cierre constitucional ha señalado con relación a las personas que se encuentran privadas de la libertad, y reclusas en un centro penitenciario como consecuencia de una sanción penal, que se configura una relación de especial sujeción frente al Estado, en la medida en que se limitan ciertos derechos en cabeza de los internos, pero, a su vez, las autoridades se ocupan de las obligaciones para materializar el efectivo ejercicio de sus derechos. Por tanto se refiere al derecho a la salud de la población carcelaria así:

“No obstante, la Corte ha sido clara en señalar, conforme con la Constitución la ley y los instrumentos internacionales, que existen garantías en cabeza de los internos que no pueden ser restringidas y mucho menos suspendidas aunque la persona se encuentre privada de la libertad, como es el caso del derecho a la vida en condiciones dignas, la integridad personal, la salud, la igualdad, la libertad religiosa, el debido proceso y petición, los cuales deben permanecer ilesos a pesar de la sanción y cuya materialización recae en el Estado, específicamente las autoridades carcelarias.”

“(…)

Bajo esa línea, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, ha señalado que el derecho a la salud de las personas que se encuentran reclusas, debe protegerse con la misma efectividad de quienes no hacen parte de esta población, en la medida en que éste en ningún momento pierde su calidad de fundamental. Por eso, la obligación de garantía por parte del Estado se refuerza, aún más sobre la base de la relación de sujeción que en estos eventos se configura.”

“En ese sentido, el Estado adquiere la obligación de adoptar todas las medidas necesarias y adecuadas para una efectiva garantía del derecho a la salud de los internos, lo que implica una prestación del servicio de manera oportuna, apropiada e ininterrumpida en pro de la dignidad de la población reclusa. Deber que merece una especial observación y materialización, en la medida en que el interno no puede defender este derecho espontáneamente, quedando sujeto a las acciones que las autoridades ejerzan sobre la materia.”¹⁷

Bajo este panorama, es del caso establecer que la Corte Constitucional ha clasificado los derechos fundamentales de los reclusos en tres grupos¹⁸:

- (i) Los derechos que pueden ser suspendidos como consecuencia lógica y directa de la pena impuesta, lo que se justifica constitucional y legalmente por los fines de la sanción penal. Por ejemplo, el derecho a la libre locomoción o los derechos políticos como el derecho al voto.*
- (ii) Los derechos restringidos o limitados por la especial sujeción del interno al Estado, con lo cual se pretende contribuir al proceso de resocialización y garantizar la disciplina, la seguridad y la salubridad en las cárceles. Entre estos derechos se encuentran el de la intimidad personal y familiar, unidad familiar, de reunión, de asociación, libre desarrollo de la personalidad, libertad de expresión, trabajo y educación. (Subrayado fuera del texto.)*
- (iii) **Los derechos intocables, esto es, que derivan directamente de la dignidad del ser humano y por lo tanto son intocables, como los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud, a la igualdad, a la libertad religiosa, a la personalidad jurídica, de petición, al debido proceso y el acceso a la administración de justicia.***

¹⁷ Sentencia T-126 del 2015 MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

¹⁸ Sentencia T-511 de 2009, T-035 de 2013, T-077 de 2013, T-815 de 2013, T-857 de 2013, T-588A de 2014 y T-111 de 2015, entre otras.

Esta clasificación permite establecer que, si bien el Estado tiene la potestad de limitar ciertos derechos fundamentales, ello tiene su límite en la prohibición de toda arbitrariedad y, por lo tanto, debe sujetarse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, donde se le deben garantizar los mínimos derechos.

6.2.2.3. Protección por vía de acción de tutela al derecho fundamental a la igualdad

El artículo 13 de la Constitución Política regula dos dimensiones del derecho a la igualdad: (i) La formal o ante la ley, que se fundamenta en que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, y por ende deben recibir la misma protección y trato de las autoridades, y gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna clase de discriminación; y la (ii) material o de trato, según la cual el estado debe adoptar medidas positivas para superar las desigualdades de grupos que históricamente han sido discriminados, y de aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta.

Respecto a la igualdad, la Corte Constitucional¹⁹ en sentencia SU 354-17 indicó:

“La igualdad cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por tratarse simultáneamente de un valor, de un principio y de un derecho fundamental; carácter múltiple que se deriva de su consagración en preceptos de diferente densidad normativa que cumplen distintas funciones en nuestro ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el preámbulo constitucional establece entre los valores que pretende asegurar el nuevo orden constitucional la igualdad, mientras que el artículo 13 de la Carta ha sido considerado como la fuente del principio fundamental de igualdad y del derecho fundamental de igualdad; al igual que existen otros mandatos dispersos en la Constitución, que actúan como normas especiales que concretan la igualdad en ciertos ámbitos definidos por el Constituyente.”

6.2.2.4. Del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas

En principio, se deberá indicar que el artículo 25 de la Constitución Política de Colombia establece que el trabajo es un derecho y una obligación social y que como tal, goza de la especial protección del Estado. Así como que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

La Corte Constitucional de vieja data ha considerado que el derecho al trabajo comporta la exigencia de su ejercicio en condiciones dignas y justas, es decir, que su realización se dé en un entorno sin características humillantes o degradantes o que desconozca los principios mínimos fundamentales establecidos por la Constitución, y además que permita su desarrollo en condiciones equitativas para el trabajador²⁰.

En materia jurisprudencial se ha considerado que el derecho al trabajo goza de tres dimensiones: *i)* Que es valor fundante del Estado Social de Derecho porque orienta las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio; *ii)* es un derecho que goza de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que, por una parte, le otorga el carácter de fundamental y, de otra, le concede contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social; y *iii)* es un principio rector que limita la libertad de configuración normativa del Legislador, pues impone un conjunto de reglas y principios mínimos laborales que deben ser respetados por la ley en todas las circunstancias²¹.

En hilo a lo anterior, es preciso señalar lo establecido por la Honorable Corte Constitucional con respecto a la protección constitucional del trabajo. Concretamente indicó:

“La protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva tanto del empresario como la del trabajador o del servidor público, no está

¹⁹ Sentencia SU-354 del 2017 MP Iván Humberto Escrucería Mayolo

²⁰ Corte Constitucional – sentencia C-107 de 2002.

²¹ C-107 de 2002, MP Clara Inés Vargas Hernández. De igual forma, pueden consultarse las sentencias C-177 de 2005, MP Manuel José Cepeda Espinosa; C-100 de 2005, MP Álvaro Tafur Galvis; C-019 de 2004, MP Jaime Araújo Rentería; C-038 de 2004, MP Eduardo Montealegre Lynett; y C-425 de 2005, MP Jaime Araújo Rentería, entre otras.

circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada.

Desde el Preámbulo de la Constitución, se enuncia como uno de los objetivos de la expedición de la Constitución de 1991, el asegurar a las personas la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. Es decir, el trabajo es un principio fundante del Estado Social de Derecho. Es por ello que desde las primeras decisiones de la Corte Constitucional se ha considerado que “Cuando el Constituyente de 1991 decidió garantizar un orden político, económico y social justo e hizo del trabajo requisito indispensable del Estado, quiso significar con ello que la materia laboral, en sus diversas manifestaciones, no puede estar ausente en la construcción de la nueva legalidad” [22].

Lo anterior implica entonces que dentro de la nueva concepción del Estado como Social de Derecho, debe entenderse la consagración constitucional del trabajo no sólo como factor básico de la organización social sino como principio axiológico de la Carta. El artículo 25 de la Constitución Política dispone que “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”

También varias de sus disposiciones de la Constitución reflejan una protección reforzada al trabajo. Así el artículo 26 regula, entre otros temas, la libertad de escogencia de la profesión u oficio productivo; el artículo 39 autoriza expresamente a los trabajadores y a los empleadores a constituir sindicatos y asociaciones para defender sus intereses; el artículo 40, numeral 7º establece como un derecho ciudadano el de acceder a los cargos públicos; los artículos 48 y 49 de la Carta establecen los derechos a la seguridad social en pensiones y en salud, entre otros, de los trabajadores dependientes e independientes; el artículo 53 regula los principios mínimos fundamentales de la relación laboral; el artículo 54 establece la obligación del Estado de propiciar la ubicación laboral a las personas en edad de trabajar y de garantizar a las personas discapacitadas el derecho al trabajo acorde con sus condiciones de salud; los artículos 55 y 56 consagran los derechos a la negociación colectiva y a la huelga; el artículo 60 otorga el derecho a los trabajadores de acceso privilegiado a la propiedad accionaria; el artículo 64 regula el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra y la efectividad de varios derechos de los campesinos y los trabajadores agrarios; el artículo 77 que garantiza la estabilidad y los derechos de los trabajadores del sector de la televisión pública; los artículos 122 a 125 señalan derechos y deberes de los trabajadores al servicio del Estado; el artículo 215 impone como límite a los poderes gubernamentales previstos en los “estados de excepción”, los derechos de los trabajadores, pues establece que “el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo”; el artículo 334 superior establece como uno de los fines de la intervención del Estado en la economía, el de “dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos” y el artículo 336 de la Constitución también señala como restricción al legislador en caso de consagración de monopolios, el respeto por los derechos adquiridos de los trabajadores[23].²⁴

De acuerdo a la norma constitucional y a la jurisprudencia en cita, se concluye que el trabajo es un principio fundante del Estado Social de Derecho, que goza de una especial protección del Estado, que debe preservarse en condiciones dignas y justas. Y que a causa de su naturaleza, limita la libertad de configuración normativa del Legislador, pues, es claro que los principios mínimos fundamentales del derecho al trabajo (artículo 53) protegen al trabajador como parte débil de la relación laboral, y el empleador debe cumplirlos a cabalidad so pena de vulnerar los derechos constitucionales del empleado.

4.2.3. Del derecho a la dignidad humana.

En casos de la población carcelaria, se tiene que la Corte Constitucional ha conceptualizado el derecho a la dignidad humana, en sentencia T-388 de 2013²⁵ conforma la cual analizó el

²² Sentencia T-222 de 1992.

²³ Sentencia C-614 de 2009 M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

²⁴ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-593/14 del 20 de agosto de 2014, Expediente: D-10032.

²⁵ Sentencia T-388 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa.

estado de cosa inconstitucional de sistema penitenciario y carcelario en Colombia a partir de mínimos constitucionalmente asegurables, bajo los siguientes términos:

“Dignidad humana Desde 1992, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la dignidad humana es un concepto fundante del estado social y democrático de derecho, cuyo “[...] respeto [...] debe inspirar todas las actuaciones del Estado”.^[281] Todos los funcionarios públicos tienen la obligación de tratar a toda persona “[...] sin distinción alguna, de conformidad con su valor intrínseco [...], la integridad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal.”^[282] (...)

“El compromiso de una sociedad con la dignidad humana se reconoce, en gran medida, por la manera como se respetan los derechos de las personas privadas de la libertad. Tratar de forma adecuada a aquellos sujetos de protección constitucional que todas las personas coinciden en defender y proteger, como los niños o las niñas, no evidencia necesariamente un compromiso con la dignidad humana de todas las personas. Es en el compromiso con los menos privilegiados, con las personas más descuidadas y abandonadas a su suerte y sus problemas, como es el caso de las personas privadas de la libertad, el que evidencia el real respeto a la dignidad humana de todas las personas. Como lo señaló el premio nobel Nelson Mandela, una sociedad no puede juzgarse por la manera en que trata a sus ciudadanos más ilustres, sino a sus ciudadanos marginados; entre ellos, por supuesto, las personas que están reclusas en prisión.”

En consecuencia, la sentencia en cita determinó la existencia del “derecho constitucional de toda persona privada de la libertad a estar en condiciones respetuosas de un mínimo vital [de] dignidad”, en respuesta a la relación especial de sujeción del recluso frente al Estado, conforme a los derechos mínimos que deben ser garantizados en la vida en reclusión por las autoridades competentes.

4.2.4. Del examen del caso concreto

Una vez superado el estudio de la legitimación en la causa por activas y por pasiva, así como del marco normativo y jurisprudencial de los derechos fundamentales invocados, le compete a esta Sala abordar el análisis del caso en concreto – problema jurídico, en el que se deberá constatar la situación concreta alegada en el asunto bajo examen.

Para solventar la discusión expuesta en el marco de la presente acción constitucional, se itera que corresponde a esta Corporación determinar si las entidades accionadas y vinculadas han vulnerado los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la igualdad, a la dignidad humana, y al trabajo en condiciones dignas y justas de los servidores públicos que conforman el cuerpo de custodia y vigilancia, y el personal administrativo del EPMS de El Espinal Tolima, así como los de la población privada de la libertad (PPL) en dicha penitenciaria, ante la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional como consecuencia de la presencia y propagación del Coronavirus – COVID 19, y por la presunta inexistencia de medidas y protocolos que prevengan, controlen y mitiguen un posible contagio.

Así las cosas, esta Sala en condición de juez constitucional estima pertinente identificar los aspectos esenciales y trascendentales del estado de emergencia sanitaria por COVID – 19.

En primer lugar, se tiene que el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, declaró la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, hasta el 30 de mayo de 2020, y adoptó medidas sanitarias con el objeto de prevenir y controlar la propagación del virus en el territorio nacional y mitigar sus efectos.

Acto seguido, el Presidente de la República con la firma de sus Ministros a través del Decreto 417 de 2020 declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecología en todo el territorio Nacional, con el fin de adoptar medidas para afrontar la crisis generada por la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud – OMS, debido al crecimiento exponencial del nuevo coronavirus – COVID-19 y, para garantizar el orden público, mediante el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, ordenó el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas residentes, medida que progresivamente se ha ido prorrogando y que actualmente está contemplada en el Decreto 636 de mayo 6 de 2020,

todo ello en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, con algunas excepciones para el debido funcionamiento de los servicios esenciales para el control y la mitigación del virus, como lo es el funcionamiento del servicio carcelario y penitenciario, cuya función es garantizar el orden interno, la seguridad y la disciplina dentro de los establecimiento carcelarios, y la atención de la PPL.

De igual forma, el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC, en el marco de sus competencias y acogiendo los lineamientos del Gobierno Nacional expidió la Resolución 001144 del 22 de marzo de 2020, por medio de la cual declaró el Estado de Emergencia Penitenciaria y Carcelaria en los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional del INPEC como consecuencia de las medidas adoptadas para el control de propagación del coronavirus COVID-19.

En este punto, es loable resaltar que en términos de la Organización Mundial de la Salud –OMS, el Coronavirus – COVID -19 fue declarado como pandemia esencial por la velocidad de su propagación y la escala de transmisión. Enfermedad que según memorando 2020220000083833 del 21 de abril de 2020, expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social, a la fecha no existen medidas farmacológicas, como la vacuna y los medicamentos antivirales que permitan combatir con efectividad el Coronavirus COVID-19, ni tratamiento alguno, por lo que se requiere adoptar medidas no farmacológicas que tengan un impacto importante en la disminución del riesgo de transmisión del virus COVID-19 de humano a humano dentro de las cuales se encuentra la higiene respiratoria, el distanciamiento social, el autoaislamiento voluntario, la cuarentena y el autocuidado, pues, así lo señaló el Gobierno Nacional en el último Decreto 636 del 6 de mayo de 2020, por medio del cual ordenó el aislamiento preventivo obligatorio hasta el 25 de mayo hogaño.

Conforme con lo expuesto, y en atención a que el servicio penitenciario y carcelario se presta de forma permanente e ininterrumpida, e igualmente dadas las condiciones de especial sujeción de la PPL frente a la adecuada prestación del servicio, esta Sala no puede desconocer la necesidad de propender que se garanticen los derechos fundamentales no sólo de este grupo, sino además a los funcionarios públicos que conforman el cuerpo de custodia y vigilancia, y personal administrativo del EPMSC de El Espinal – Tolima, quienes para el adecuado cumplimiento de sus funciones deben garantizárseles las mínimas condiciones dignas y justas tal y como lo dispone el artículo 25 superior.

Al respecto, adviértase como y según informe rendido por la Secretaría de Salud Municipal de El Espinal – Tolima en el trámite de las presentes diligencias, da cuenta de que el EPMSC de El Espinal no cumple con los lineamientos emitidos por el Gobierno Nacional para el manejo de la pandemia, e indica que: ***“el personal del INPEC no posee los elementos de protección personal según los protocolos de bioseguridad, así como también desconocía los protocolos de limpieza y desinfección que se debían manejar para mitigar la propagación de la pandemia”***; situación que advirtió en el marco de la visita técnica que realizó el 28 de abril de la presente anualidad, y cuyo objeto radicaba en brindar capacitación e información sobre la nueva enfermedad Coronavirus (COVID-19, SARS coV-2); siendo del caso que esta Sala considere y determine las correspondientes medidas en correlación con la situación fáctica y problema jurídico preestablecido, así:

- ***De los EPP de los servidores públicos adscritos al INPEC – que laboral al servicios del EPMSC de El Espinal y entidades responsables en el marco de la pandemia.***

Como se indicó en el auto conforme al cual se resolvió la medida provisional, para esta Sala de decisión es claro que el artículo 25 de la Constitución Política consagra que el trabajo *“es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”*.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), en relación con el impacto de la pandemia generada por el COVID-19, ha manifestado que los Estados tienen la necesidad de tomar medidas urgentes para: (i) amparar a los trabajadores y sus familias de los riesgos provocados por el virus; (ii) proteger a los trabajadores en el lugar donde laboran; (iii)

estimular la economía y el empleo; (iv) sostener los puestos laborales y los ingresos, así como mitigar los efectos negativos y lograr una recuperación rápida y constante²⁶.

En consideración a lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 488 de 2020 por medio del cual se adoptaron medidas de orden laboral dentro de la emergencia económica, social y ecológica dispuesta por el Decreto 417 de 2020, dentro del cual y con respecto a la promoción y prevención de riesgos laborales en su parte considerativa precisó: “Que la promoción y prevención de los riesgos laborales es fundamental para afrontar la emergencia Económica, Social y Ecológica dentro de los ambientes laborales para salvaguardar la salud y la vida de los trabajadores. Que por su parte, el artículo 11 de la ley 1562 de 2012 establece las actividades de promoción y prevención que deben ejecutar las Administradoras de Riesgos Laborales, así como la inversión de los recursos de la cotización efectuada por el empleador al Sistema de Riesgos Laborales, las cuales no incluyen las labores de prevención del contagio del nuevo Coronavirus COVID-19 hacia el personal directamente expuesto al nuevo Coronavirus COVID-19, por lo que se debe facultar a las administradoras de riesgos para la compra de elementos de protección personal, chequeos médicos frecuentes de carácter preventivo y diagnóstico, así como acciones de intervención directa relacionadas con la contención y atención del nuevo Coronavirus COVID-19, por lo que se requiere incluir dentro de las actividades de promoción y prevención, estas acciones de asunción de crisis.”²⁷. (Resaltado fuera del texto original).

Que por lo anterior, el citado decreto dispuso en su artículo 5º que las Administradoras de Riesgos Laborales de orden privado podrán destinar recurso de las cotizaciones en labores de que trata el artículo 11 de la Ley 1562 de 2012, para enfrentar el Coronavirus COVID - 19 hasta tanto permanezca los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica decretada, con ciertos parámetros de distribución.

Posteriormente, y en correlación con lo anterior se profirió el Decreto 500 del 31 de marzo de 2020, conforme al cual se incluyó a las administradoras de riesgos laborales de carácter público dentro de las acciones contempladas en el artículo 5º del Decreto 488 del 27 de marzo de 2020, disponiendo en su artículo 3º que tales administradoras les corresponderá adoptar acciones de **Promoción y Prevención** hasta tanto permanezcan los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica, para lo cual destinaran los recursos de las cotizaciones en riesgos laborales de que trata el artículo 11 de la Ley 1162 de 2012, así:

1. El cinco por ciento (5%) del total de la cotización para realizar actividades de promoción y prevención dirigidas a los trabajadores de sus empresas afiliadas, que, con ocasión de las labores que desempeñan, están directamente expuestos al contagio del virus, tales como, trabajadores la salud tanto asistenciales como administrativos y de apoyo, al igual que trabajadores de aseo, vigilancia y alimentación, relacionados directamente con la prestación del servicio salud; trabajadores terminales transporte aéreo, marítimo o terrestres, control fronterizo, cuerpo de bomberos, defensa civil y cruz roja, para compra de elemento de protección personal, chequeos médicos frecuentes de carácter preventivo y diagnóstico, así como acciones de intervención directa relacionadas con la contención, mitigación y atención del nuevo Coronavirus COVID-19.
2. Del noventa y dos por ciento (92%) total de la cotización, la Entidad Administradora de Riesgos Laborales destinará como mínimo el 10% para las actividades de prevención y promoción de que trata numeral 2º del artículo 11 de Ley 1562 de 2012.
3. El uno por ciento (1 %) en favor del Fondo Riesgos Laborales.
4. El dos por ciento (2%) para actividades de emergencia e intervención y para la compra de elementos protección personal, chequeos médicos frecuentes de carácter preventivo y diagnóstico, y acciones de intervención directa relacionadas con la contención y atención del Coronavirus COVID-19, destinados a los trabajadores de sus empresas afiliadas, que con

²⁶ Organización Mundial del Trabajo (OIT): “El COVID-19 y el mundo del trabajo: repercusiones y respuestas”. Informe publicado el 18 de marzo de 2020. En este documento se realiza un análisis sobre el impacto que tendrá la pandemia actual del coronavirus en el mundo laboral, donde las repercusiones adversas se enfocarán en tres aspectos: (i) la cantidad del empleo; (ii) la calidad del trabajo; y (iii) los efectos en los grupos más vulnerables.

²⁷ <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20488%20DEL%2027%20DE%20MARZO%20DE%202020.pdf>

ocasión de las labores que desempeñan, están directamente expuestos al contagio del virus, tales como los de la salud tanto asistenciales como administrativos y de apoyo, al igual que los trabajadores de aseo, vigilancia y alimentación, relacionados directamente con la prestación del servicio de salud; trabajadores transporte aéreo, marítimo o terrestre; control fronterizo, cuerpo de bomberos, defensa civil y cruz roja.” (Subrayado fuera del texto original).

Entonces, es claro que el Gobierno Nacional en pro de salvaguardar la seguridad, integridad y condiciones laborales de los trabajadores, incluyó y ordenó a las Administradoras de Riesgos Laborales de carácter público y privado en el estado Emergencia Económica, Social y Ecológica, para que adopten las acciones de promoción y prevención dirigidas a los trabajadores de sus empresas afiliadas, y que con ocasión de las labores que desempeñen estén directamente expuestos al contagio del virus, dentro de los cuales podemos considerar el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciario, y al personal administrativo del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de El Espinal Tolima, pues, es claro que estos desempeñan funciones de servicios esenciales para la mitigación de la pandemia teniendo un alto grado de exposición por el derecho de circulación y contacto dada su actividad laboral.

Luego, y en consonancia con lo anterior el Ministerio del Trabajo dio a conocer la Circular No. 0029 del 3 de abril de 2020²⁸, a través de la cual señaló que los EPP “son responsabilidad de las empresas o contratantes; ante la presente emergencia por COVID-19, las administradoras de riesgo laborales apoyarán a los empleadores o contratantes en el suministro de dichos elementos exclusivamente con exposición directa a COVID-19”; e igualmente, recordó la responsabilidad de los empleadores frente al cuidados de salud de los trabajadores establecida por la legislación actual vigente, y que la colaboración que deben prestar las ARL en marco de la emergencia no exime al empleador del cumplir con obligaciones respecto a proporcionar los EPP y realizar actividades en seguridad y salud en el trabajo.

Ahora, y en relación con los EPP para el caso en concreto, es menester precisar que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, libró la el Oficio 2020IE0063998 del 14 de abril de 2020, a través del cual estableció los lineamientos y especificaciones técnicas para la adquisición de elementos de prevención y protección del virus SARS-CoV.2 causante del COVID-19 para las PPL. Y que mediante Circular 019 de 2020 y sus anexos, se determinaron unas medidas sanitarias de prevención, dentro de las cuales se advierten el uso de mascarilla quirúrgica por parte de la guardia y personal administrativo que presente síntomas de tos, estornudo y expectoración, o que tengan contactos con personas que presente dichas características, y el uso de mascarilla de alta eficiencia N95 por parte del personal de salud intramural. También que se debía evaluar las existencias de productos de higiene, suministros médicos y elementos de limpieza para evitar la transmisión del virus y el aumento de las prácticas de limpieza y desinfección.

Aunado, se observa que POSITIVA Compañía de Seguros como Administradora de Riesgos Laborales a través de la Gerencia de Investigación y Control del Riesgo en el mes de abril expidió el documento *“Lineamientos Técnicos para la Prevención y Contención del Coronavirus COVID-19 – Guía básica para el INPEC”*, en cuyo numeral octavo estableció el uso de elementos de protección personal, e indicó como EPP de mayor uso relacionados con COVID19, los siguientes: i) mascarilla quirúrgica, ii) el respirador N95, iii) los guantes no estériles, iv) caretas y alcohol isopropílico (glicerinado); y con lo que se concluye que tanto el INPEC como la ARL reconocen los EPP que se suponen deben usar los trabajadores como medidas de protección y mitigación por la propagación del virus.

Por todo, y de cara al *sub lite*, se observa que según el informe suministrado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, el Grupo de Seguridad y Salud en el Trabajo de dicha entidad dispuso el inventario de 1700 unidades de tapabocas, para la disponibilidad de 10 unidades por funcionario, a través del Oficio 85109 – GUSST del 21 de abril de 2020, sin embargo de los documentos digitales arrimados como pruebas no se observa la existencia del mismo, ni mucho menos un acta de entrega o remisión.

²⁸

https://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/0/Circular+No.0029_compressed.pdf/c1776bac-eede-fa25-d1d1-ab53eac1051b?t=1585973572797

Por su parte la ARL positiva en respuesta a tutela y la orden impartida conforme a la medida provisional indicó que, suministró al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC– una cantidad de 29.900 tapabocas y 2.000 antibacteriales, cuya distribución correspondió a la entidad afiliada, con lo cual demostró que viene apoyando a la empresa con elementos de protección y bioseguridad²⁹.

No obstante, y pese a que se tiene acreditada la disponibilidad de apoyo por parte de la ARL al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC – empresa afiliada, no se evidencia prueba que demuestre el suministro de EPP a los servidores públicos que prestan sus servicios al EPMSC de El Espinal – Tolima; y en consecuencia, esta Corporación judicial ORDENARÁ en primer término que el INPEC como empleador de los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia, así como del personal administrativo del EPMSC de El Espinal – Tolima, y la ARL POSITIVA - Compañía de Seguros, DETERMINEN los elementos de protección personal (Kit de bioseguridad) de acuerdo a las necesidades y los parámetros dispuestos por el Ministerio de Salud y protección Social, así como, a los lineamientos Técnicos para la Prevención y Contención del Coronavirus COVID-19 – Guía básica para el INPEC, para cada grupo de servidores públicos (cuerpo de custodia y administrativos).

Que una vez establecido lo anterior, el INPEC en coordinación con la ARL POSITIVA Compañía de Seguros, deberán suministrar mensualmente y en las cantidades necesarias, los EPP (kit de bioseguridad) para cada grupo de servidores públicos (cuerpo de custodia y administrativos) del EPMSC de El Espinal – Tolima, y hasta tanto se supere la emergencia sanitaria y crisis generada por el nuevo Coronavirus –COVID -19, esto, de acuerdo a las competencias legales y reglamentarias.

Lo anterior, teniendo en cuenta que una de las funciones del INPEC es determinar las necesidades en materia de infraestructura, bienes y servicios para cumplir con sus objetivos y funciones, con el fin de requerir su suministro a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC), luego entonces, es a quien en primer lugar le asiste el deber de identificación de la problemática con fundamento en las necesidades que ella conlleva.

Asimismo, y de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 13,17,486 del CST y el numeral quinto del artículo 3º de la Ley 1610 de 2013, “*Por la cual se regulan algunos aspectos sobre las inspecciones del trabajo y los acuerdos de formalización laboral*”, se ordenará que el Ministerio del Trabajo a través de su inspector con competencia en El Espinal-Tolima, ejerza la función de acompañamiento y garante del cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo del sistema general de riesgos laborales, en atención a los hechos que dieron origen a la presente acción.

- De las EPP de la Personas Privadas de la Libertad en el EPMSC de El Espinal y entidades responsables en el marco de la pandemia.

De otro lado, y en lo que respecta a las medidas de protección de la población privada de la libertad, resulta del caso referir que el máximo órgano de cierre constitucional ha señalado con relación a las personas que se encuentran privadas de la libertad, y reclusas en un centro penitenciario como consecuencia de una sanción penal, que se configura una relación de especial sujeción frente al Estado, en la medida en que se limitan ciertos derechos en cabeza de los internos, pero, a su vez, las autoridades se ocupan de las obligaciones para materializar el efectivo ejercicio de sus derechos³⁰.

Que el artículo 15 de Ley 65 de 1993, modificado por el artículo 7º de la Ley 1709 de 2014, establece que el Sistema Nacional Penitenciario está Integrado por “*el Ministerio de Justicia y del Derecho; el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) y la*

²⁹ Ver acta de reporte de entrega en folio 12 y 13 de escrito de contestación de la ARL positiva.

³⁰ Sentencia T-126 del 2015 MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo “*No obstante, la Corte ha sido clara en señalar, conforme con la Constitución la ley y los instrumentos internacionales, que existen garantías en cabeza de los internos que no pueden ser restringidas y mucho menos suspendidas aunque la persona se encuentre privada de la libertad, como es el caso del derecho a la vida en condiciones dignas, la integridad personal, la salud, la igualdad, la libertad religiosa, el debido proceso y petición, los cuales deben permanecer ilesos a pesar de la sanción y cuya materialización recae en el Estado, específicamente las autoridades carcelarias.*”

Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC), como, adscritos al Ministerio de Justicia y del Derecho con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa; **por todos los centros de reclusión que funcionan en el país**; por la Escuela Penitenciaria Nacional; por el Ministerio de Salud y Protección Social; por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y por las demás entidades públicas que ejerzan funciones relacionadas con el sistema. // El sistema se regirá por las disposiciones contenidas en este Código y por las demás normas que lo adicionen y complementen”. (Destacado de Sala).

A su turno, el marco legal del derecho a la salud de la población carcelaria, previsto en los artículos 104 a 106 de la Ley 65 de 1993, modificados por los artículos 65, 66 y 67 de la Ley 1709 de 2014³¹, literalmente disponen:

“ARTÍCULO 65. Modifícase el artículo 104 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 104. Acceso a la salud. Las personas privadas de la libertad tendrán acceso a todos los servicios del sistema general de salud de conformidad con lo establecido en la ley sin discriminación por su condición jurídica. **Se garantizarán la prevención,** diagnóstico temprano y tratamiento adecuado de todas las patologías físicas o mentales. Cualquier tratamiento médico, quirúrgico o psiquiátrico que se determine como necesario para el cumplimiento de este fin será aplicado sin necesidad de resolución judicial que lo ordene. En todo caso el tratamiento médico o la intervención quirúrgica deberán realizarse garantizando el respeto a la dignidad humana de las personas privadas de la libertad.

En todos los centros de reclusión se garantizará la existencia de una Unidad de Atención Primaria y de Atención Inicial de Urgencias en Salud Penitenciaria y Carcelaria... .

ARTÍCULO 66. Modifícase el artículo 105 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 105. Servicio médico penitenciario y carcelario. El Ministerio de Salud y Protección Social y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) deberán diseñar un modelo de atención en salud especial, integral, diferenciado y con perspectiva de género para la población privada de la libertad, incluida la que se encuentra en prisión domiciliaria, financiado con recursos del Presupuesto General de la Nación. Este modelo tendrá como mínimo una atención intramural, extramural y una política de atención primaria en salud.

La Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) será la responsable de la adecuación de la infraestructura de las Unidades de Atención Primaria y de Atención Inicial de Urgencias en cada uno de los establecimientos Penitenciarios y Carcelarios en los cuales se prestará la atención intramural, conforme a los que establezca el modelo de atención en salud del que trata el presente artículo. (...)

PARÁGRAFO 20. El Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad, se encargará de contratar la prestación de los servicios de salud de todas las personas privadas de la libertad, de conformidad con el modelo de atención que se diseñe en virtud del presente artículo. (...)

“ARTÍCULO 67. Modifícase el artículo 106 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 106. Asistencia médica de internos con especiales afecciones de salud. (...)
El Inpec, con el apoyo de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) y las empresas responsables en materia de salud, cumplirán con los protocolos médicos establecidos para garantizar el aislamiento necesario a los reclusos con especiales afecciones de salud que así lo requieran. (...). (Resaltos de la Sala Unitaria).

El párrafo 1º del artículo 105 de la Ley 65 de 1993, modificado por el artículo 66 de la Ley 1709 de 2014, ordenó que el Ministerio de Salud y Protección Social y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -USPEC- deben diseñar un modelo de atención en

³¹ “Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.”

salud especial, integral, diferenciado y con perspectiva de género para la población privada de la libertad, cual sería financiado con recursos del Presupuesto General de la Nación. Para ello creó el Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad como una “*cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica*”, encargado de contratar la prestación de los servicios de salud de todas las personas privadas de la libertad.

Posteriormente, y a efectos garantizar la prestación del servicio de salud, la USPEC y el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015 (integrado por las Sociedades Fiduprevisora S.A. y Fiduagraria S.A.) suscribieron el contrato de fiducia mercantil N°. 363 de 2015 el cual tenía por objeto:

*“(…) Administrar y pagar los recursos dispuestos por el fideicomitente en el Fondo Nacional de Salud de las personas privadas de la libertad. (...)” “(…) los recursos del Fondo Nacional de Salud de las personas privadas de la libertad que recibirá la fiduciaria DEBEN DESTINARSE A LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DERIVADOS Y PAGOS NECESARIOS PARA **LA ATENCIÓN INTEGRAL EN SALUD Y LA PREVENCIÓN DE LA ENFERMEDAD DE LA PPL A CARGO DEL INPEC**”.*

Por último, la USPEC, celebró con el Consorcio FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2019 (integrado por las Sociedades Fiduprevisora S.A. y Fiduagraria S.A.) mediante la modalidad de contratación directa, el Contrato de Fiducia Mercantil N°. 145 de 2019, para lo cual se continuó con la administración del PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE SALUD A LA POBLACIÓN PRIVADA DE LA LIBERTAD³².

En este orden de ideas, claramente se advierte que desde el punto de vista legal, la USPEC es la entidad encargada de velar por la eficiente y continua prestación del servicio de salud de la población privada de la libertad, que se brinda a través del CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2019, quien conforme al contrato de fiducia asumió la responsabilidad en el suministro del servicio médico de la PPL que se encuentra en los centro de reclusión del INPEC.

Planteado lo anterior, se procederá en primer término a establecer si en efecto y como lo arguye el Consorcio - FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2019, se han adoptados programas de promoción y prevención, de auto cuidado para la protección que se debe tener frente a la emergencia sanitaria decretada por la propagación del nuevo Coronavirus – COVID – 19, y se ha acreditado el suministro de EPP a la PPL del EPMSC de El Espinal – Tolima.

Al respecto, y frente a la necesidad de EPP se encuentra que según informe rendido por el Consorcio - FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2019, el EPMSC de El Espinal – Tolima cuenta con una farmacia y bodega que garantiza la disponibilidad de insumos e inventario, de 100 gorros desechables, 1000 guantes para examen en diferentes tallas, 50 tapabocas N95, 20 mascarillas quirúrgicas (tapabocas), 2.833 analgésicos, 8.797 antihistamínico y 4.197 antipirético; y que además que se encuentra en tránsito 4 escudos facial o gafas, 500 polainas, 1800 mascarillas quirúrgicas, 100 gorros desechables y 180 batas manga larga antifluido. Elementos que según relato se encuentran disponibles para la prestación del servicio de salud en atención de la PPL, en atención a los Lineamiento para control, prevención de casos por COVID-19 PPL – en Colombia, emitido por el Ministerio de Salud y Protección Social, y en el cual se indicó que el personal de sanidad requiere para los proceso de Atención usar mascarilla quirúrgica (tapabocas corriente), y respiradores de alta eficiencia N95 por parte del personal de salud intramural cuando supervise o manipule toma de muestra de secreciones respiratorias.

También señaló que fueron entregados 468 litros de antibacterial y 559 litros de jabón, así como 3 termómetros infrarrojos, cuyo uso es exclusivo para la población privada de la libertad, y en consecuencia solicita de se declare la figura de carencia actual del objeto por hecho superado. Sin embargo, esta Sala de decisión en pro de materializar la protección efectiva de los derechos a la Salud y Vida de la PPL del EPMSC de El Espinal – Tolima, ORDENARÁ al Consorcio - FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2019 y a la USPEC, que, de forma inmediata y si no lo hubiere hecho-, suministre mensualmente a toda la

³² Ver contrato de fiducia mercantil aportado por el Consorcio PPL en formato digital.

población privada de la libertad (PPL) del Complejo Penitenciario y Carcelario de El Espinal, los elementos de higiene básicos como jabón líquido y/o alcohol glicerinado, y toallas desechables, EPP – tapabocas y demás que se consideren pertinentes por las autoridades sanitarias, en las cantidades necesarias para un periodo de treinta días y así sucesivamente hasta tanto se supere la emergencia por COVID-19, esto, de acuerdo a las competencias legales, reglamentarias y contractuales.

En caso, esta Sala de decisión clarifica que el suministro o existencia de elementos que a juicio de la accionada acreditan la figura de hecho superado, no es acogido en el *sub examine*, máxime cuando no se puede pasar por alto que se alega el suministro de elementos de básico auto cuidado, para la protección del virus - COVID-19, que son de uso y agotamiento diario, y que amerita que se adopten la medida anterior con el fin de materializar la real y efectiva protección de los derechos fundamentales de la PPL. Aunado a que, este Juez colegiado en aplicación de los criterios de ponderación estima, que los básicos elementos entregados no se aprecian como razonables ni suficientes en proporción al número (969)³³ personas que habitan en el EPMS de El Espinal – Tolima, incluso en diferentes patios y de acuerdo a su condición de edad, condenado o sindicado y género, v.gr. la entrega de escasamente tres (3) termómetros infrarrojos.

- De las medidas de promoción y prevención para la PPL y servidores públicos en el EPMS de El Espinal, y entidades responsables.

En consonancia con lo anterior, y en lo que respecta a la adopción de medidas y/ protocolos en pro de prevenir y mitigar la propagación del virus dentro de la población carcelaria en general, se advierte que las entidades accionadas ha establecido los siguiente lineamientos, dirigidos a la población en general y la PPL en Colombia, así:

De Ministerio de Salud y Protección Social:

- I) Lineamientos para control y prevención de casos por COVID-19 para la población privada de la libertad PPL en Colombia.
- II) Orientación de medidas preventivas y mitigación para contener la infección respiratoria aguda por COVID-19, dirigida a la población en general.

Del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario:

- i) Directiva No. 00004 del 11 de marzo de 2020, asunto: “*Directrices para la prevención e implementación de medidas de protección ante casos probables y confirmados de COVID-19*”.
- ii) Circular NO. 000016 del 07 de abril de 2020, asunto “Instrucciones de privados de la libertad.
- iii) Instrucciones – pandemia COVID – 19 “Protocolo para detención temprana de casos sintomáticos respiratorios.
- iv) Circular 019 del 16 de abril de 2020 y sus anexos 0001, - Medidas sanitarias en la PPL para la prevención de casos de COVID – 19.

De la ARL POSITIVA

- I) Lineamientos Técnicos para la Prevención y Contención del Coronavirus – COVID -19 – GUIA BÁSICA PARA EL INPEC.
- II) Cartilla pedagógica - Promoción y Prevención – Gestión de elementos de Protección Personal.
- III) Flujograma de atención a eventos reportados por exposición de Covid – 19.
- IV) Guía Infografía – competencias actitudinal y del convivir – elementos de protección personal.

Del EPMS de El Espinal Tolima

- i) Plan de Contingencia COVID – 19 – Cárcel y penitenciaria de Mediana Seguridad de El Espinal Tolima.

³³ Dato demográfico suministrado en el escrito de contestación allegado por el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL, página 9.

En este orden, y aunque si visiblemente se advierte que las diferentes entidades han establecido unos lineamientos, medidas, protocolos y/o guías para la promoción, prevención, manejo, control y contención del COVID -19; esta Corporación judicial precisa itera que el Plan de Contingencia COVID – 19 – adoptado por el EPMSC de El Espinal Tolima, no cumple con los lineamientos dispuestos por las mencionadas autoridades del orden nacional, y tal y como advirtió la Secretaría de Salud Municipal de El Espinal Tolima, en el informe rendido.

En consecuencia de lo anterior, para el caso *sub examine* es menester ORDENAR al EPMSC de El Espinal Tolima, que de manera inmediata proceda a adecuar su Plan de Contingencia COVID – 19 con estricto apego a lo dispuesto por la autoridades sanitarias, y de seguridad y salud en el trabajo, acogiendo los criterios diferenciados para la población privada de la libertad y para el cuerpo de custodia y personal administrativo, respectivamente; esto, en coordinación con la USPEC, INPEC y la ARL POSITIVA – Compañía de Seguros, dada las competencia y funciones legales, y darle aplicación integral.

Asimismo, se dispondrá que la USPEC deberá realizar las adecuaciones necesarias para que la población carcelaria en general tenga acceso a las unidades que permitan el lavado de manos permanente en el EPMSC de El Espinal Tolima; y que además realice jornadas de limpieza y desinfección en todas las zonas de uso habitual y común del complejo de forma periódica.

- ***De la suspensión de traslados de PPL a el EPMSC de El Espinal Tolima.***

De cara a la súplica de suspensión de los traslados y/o remisiones de la PPL es pertinente traer a colación lo dispuesto en la Circular No. 000016 del 07 de abril de 2020³⁴, y el Oficio No. 2020IE0062016 del día 8 del mismo mes y año, a través de cuales el INPEC trazó unos criterios en relación con los traslados y recepción de PPL, entre establecimiento de Reclusión de Orden Nacional (ERON), las Estaciones de Policía y/o las URI, ante la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional y las diferentes medidas dispuestas para la prevención y mitigación del riesgo de contagio del COVID-19, dentro de los cuales se tiene los siguientes:

- a) Que los traslados de PPL entre ERON y a cargo del INPEC, dispuesto y ordenado debidamente mediante resolución expedida por la Dirección General y por las Direcciones Regionales en virtud del art. 77 de la Ley 65 de 1993, deberán realizarse previa planificación y coordinación entre los establecimiento de origen y recepción a través de las respectivas Direcciones Regionales y el GEDIP, garantizando en todo caso el cumplimiento de las medidas de bioseguridad dispuestas como medida de prevención.
- b) Que los ERON única y exclusivamente recibir traslados de PPL que provengan de las Estaciones de Policía o URI, en casos excepcionales previa coordinación y autorización del Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y en cumplimiento a órdenes de tutela, sin que se entienda una recepción masiva de privados de la libertad que pongan en riesgo la salubridad a dicha población, a los servidores penitenciarios, y con observancia de las medidas higiénico – sanitaria y de bioseguridad como:
 - Previo tamizaje y examen médico a las PPL que ingresan al ERON por parte de la Secretaria de Salud respectiva, como por el médico del Consorcio PPL.
 - Aislamiento preventivo por un tiempo mínimo de 14 días en área que se disponga para tal fin.
 - Y las demás disposiciones contenidas en los documentos “*Lineamientos para control y prevención de casos por COVID-19, para la población privada de la libertad en Colombia*” del el Ministerio de Salud y Protección Social y la Circular 000004 del 11 de marzo de 2020 – Directrices para la prevención e

³⁴ Ver documento adjunto con el escrito de contestación arrimado por el INPEC, en dos folios y suscritos por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y carcelario.

implementación de medidas de control ante casos probables y confirmados de COVID-19”, de la Dirección General del INPEC.

En armonía con lo anterior, se observa que el Ministerio de Salud y protección Social dentro de los parámetros dispuestos en los “*Lineamientos para control y prevención de casos por COVID-19, para la población privada de la libertad en Colombia*”, consagró:

- *Se recomienda evitar los traslados de patio y de establecimientos durante la fase del tratamiento y del aislamiento.*

De acuerdo a lo establecido, y teniendo de presente la crisis generada por el precitado virus, esta Sala de decisión considera que se hace necesario ordenar al Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, que de manera inmediata se abstenga de autorizar traslados o remisiones desde los demás ERON y hacia el EPMSC de El Espinal Tolima, esto, mientras se supera la emergencia sanitaria y carcelaria por COVID – 19, y/o hasta tanto se haya practicado a la PPL a trasladar, las pruebas para COVID-19 y se confirme que su resultado sea negativo.

Igualmente, y de llegarse a autorizar la remisión o traslados en casos excepcionales, se ORDENRÁ al Director del Establecimiento Penitenciario de mediana Seguridad y Carcelario de El Espinal –Tolima, que se abstenga de recibir PPL que provengan de las Estaciones Policías y URI, entre otros, esto, mientras se supera la emergencia sanitaria y carcelaria por COVID – 19, y/o hasta tanto se haya practicado a la PPL a trasladar, las pruebas para COVID-19 y se confirme que su resultado sea negativo.

Que una vez se dé el traslado de la PPL con resultado negativo para COVID-19, e ingrese Establecimiento Penitenciario de mediana Seguridad y Carcelario de El Espinal –Tolima, se garantice el aislamiento preventivo en el área que se disponga para tal fin, y por el término de 14 días, de acuerdo a los lineamientos señalados por el Ministerio de Salud y Protección Social, y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC.

Por su parte, la Secretaría de Salud Municipal de El Espinal Tolima, deberá el respectivo control y vigilancia de las órdenes impartidas en esta providencia, en armonía con los diferentes protocolos ideados para el manejo de la emergencia por el COVID – 19, en el EPMSC de El Espinal Tolima, remitiendo informe mensual con destino a las presentes diligencias, y hasta tanto se supere la crisis.

Por lo puntualizado, y teniendo provista la importancia de adoptar medidas relacionadas con la promoción, prevención y contención del virus dentro de la población carcelaria que invoca el amparo de sus derechos fundamentales que podrían verse conculcados con la referida pandemia, en este punto se hace necesario traer a colación el *principio de precaución* que resulta aplicable cuando se adviertan indicios serios que puedan conducir a la concreción de un daño para la salud humana, y que igualmente fue abordado en la medida provisional. Al respecto la Corte Constitucional precisó:

“En este punto se hace necesario señalar que, conforme a los instrumentos internacionales, a las normas y jurisprudencia nacionales, el principio de precaución también puede ser aplicado para proteger la salud humana. Al respecto, en la Sentencia T-1077 de 2012, la Corte hizo las siguientes reflexiones que, debido a su pertinencia, conviene recordar in extenso:

*“En su **Observación General No. 14**^[47] el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales^[48] desarrolló el contenido del derecho a la salud, y a grandes rasgos señaló que se trata de un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino también los principales factores determinantes de la salud, como son el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el **medio ambiente**, entre otros.” (...)*

Lo expuesto permite sostener que: (i) el principio de precaución se aplica cuando el riesgo o la magnitud del daño generado o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción, lo

cual generalmente ocurre por la falta de certeza científica absoluta acerca de las precisas consecuencias de un fenómeno, un producto o un proceso; (ii) según los instrumentos internacionales, las normas y jurisprudencia nacionales, el principio de precaución puede ser empleado para proteger el derecho a la salud.”³⁵.

Por su parte, el Honorable Consejo de Estado también ha ventilado el principio de precaución, en sentencia del 1º de abril de 2016³⁶, conforme a la cual estableció la noción, definición o concepto, función y finalidad bajo los siguientes términos:

*“La precaución es una acepción que viene del latín *precautio* y se compone del *prae* (antes) y la *cautio* (guarda, prudencia). En su definición, se invoca que el “verbo *precavere* implica aplicar el *prae* al futuro –lo que está por venir-, tratándose de un ámbito desconocido pese a las leyes de la ciencia, incapaces de agotar los recursos de la experiencia humana y el verbo *cavere* que marca la atención y la desconfianza”³⁷. Su concreción jurídica lleva a comprender a la precaución, tradicionalmente, como aquella que es “utilizada para caracterizar ciertos actos materiales para evitar que se produzca un daño”³⁸. Entendida la precaución como principio³⁹, esto es, como herramienta de orientación del sistema jurídico⁴⁰ “exige tener en cuenta los riesgos que existen en ámbitos de la salud y del medio ambiente pese a la incertidumbre científica, para prevenir los daños que puedan resultar, para salvaguardar ciertos intereses esenciales ligados más a intereses colectivos que a los individuales, de manera que con este fin se ofrezca una respuesta proporcionada propia a la evitabilidad preocupada de una evaluación de riesgos (...) Si subjetivamente, el principio implica una actitud a tener frente a un riesgo, objetivamente, se dirige directamente a la prevención de ciertos daños en ciertas condiciones determinadas”⁴¹. Luego, la precaución es un principio que implica que ante la ausencia, o insuficiencia de datos científicos y técnicos⁴², es conveniente, razonable y proporcional adoptar todas aquellas medidas que impida o limiten la realización de una situación de riesgo (expresada como amenaza inminente, irreversible e irremediable) que pueda afectar tanto intereses individuales, como colectivos (con preferencia estos).” (Subrayado fuera del texto original).*

Bajo estas consideraciones, y teniendo de presente que el funcionamiento del servicio carcelario y penitenciario es considerado como un servicio esencial e indispensable para la mitigación de la pandemia, el nivel de propagación exponencial e imprevisible del Coronavirus COVID-19, y las falencias dentro de las medidas y protocolos dispuestos a implementar en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecología decretada en todo el territorio Nacional; esta Sala de decisión AMPARARÁ los derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana y al trabajo en condiciones dignas y justas de los servidores públicos que conforman el cuerpo de custodia y vigilancia, y el personal administrativo del EPMSC de El Espinal Tolima, así como los de la población privada de la libertad (PPL) de dicha penitenciaria, y dispondrá en la parte resolutive las medidas y ordenes anteriormente trazadas, con el fin de evitar el contagio y propagación de la nueva enfermedad Coronavirus COVID-19.

De otro lado, se denegaran por improcedente las demás súplicas invocadas por el extremo actor en el trámite del presente mecanismo constitucional de naturaleza residual y subsidiaria, esto, en consideración a que no es admisible que se pretenda obviar los mecanismos jurídicos ordinarios y principales, como lo son las actuaciones en sede

³⁵ Corte Constitucional, sentencia T-937 de 2014.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1 de abril de 2016, C.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Radicado: 05001-23-31-000-2010-00292-02 (55079).

³⁷ BOUTONNET, Mathilde, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, LGDJ, París, 2005, p.3

³⁸ BOUTONNET, Mathilde, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, ob., cit., p.4.

³⁹ DWORKIN, Ronald, Taking rights seriously, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p.24: “el principio es una proposición jurídica que no es necesariamente escrita y que da orientaciones generales, a las cuales el derecho positivo debe conformarse. Esto implica que no se aplicará según la modalidad de “all or nothing”, sino que se limitará a dar al juez una razón que milite a favor de un tipo de solución u otro, sin pretender tener la apariencia de una norma vinculante”.

⁴⁰ SADELEER, Nicolás, “Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución”, en GARCÍA URETA, Agustín (Coord), Estudios de Derecho Ambiental Europeo, Lete, Bilbao, 2005, p.270: “entre otras funciones encontramos la función de inspiración del legislador, de orientación del derecho positivo, de relleno de lagunas, de resolución antinomias, así como la función normativa”.

⁴¹ BOUTONNET, Mathilde, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, ob., cit., p.5.

⁴² Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-57/96 National Farmers Union y otros; asunto C-180/96 Reino Unido c. Comisión; asunto C-236/01 Monsanto Agricultura Italia: “cuando subsistente dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, pueden adoptarse medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos”.

administración, o actividades propias de la contratación estatal que requieren planeación y estudios necesarios, ni mucho menos lo que atiende a la esfera funcional del legislador en el marco - ordinario o extraordinario, y que el juez constitucional no puede subrogarse, V. gr., reconocimiento e impulso de pensiónes generalizadas, construcción de un establecimiento de reclusión, e inclusión del COVID -19 como enfermedad laboral para el cuerpo de custodia, entre otras.

Por lo anterior se profiere la siguiente,

DECISIÓN

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: **LEVÁNTESE** la medida provisional decretada en proveído del 8 de mayo de 2020, y en su lugar;

SEGUNDO: **ACCEDER PARCIALMENTE** a las súplicas del escrito de tutela; y en consecuencia **AMPÁRESE** los derechos constitucionales fundamentales a la salud, a la dignidad humana y al trabajo en condiciones dignas y justas de los servidores públicos que conforman el cuerpo de custodia y vigilancia, y el personal administrativo del EPMSC de El Espinal Tolima, así como los de la población privada de la libertad (PPL) en dicha penitenciaria, y que fueron invocados por el señor Carlos Miguel Horta Perdomo en calidad de empleado público y como miembro de la Junta Directiva del Sindicato SINTRAPECUN Seccional Espinal Filial de Fecospec – UTC, de conformidad con los planteamientos expuestos en parte motiva del presente fallo.

TERCERO: **ORDÉNESE** al **Director General** del **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC** como empleador de los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia, así como del personal administrativo del EPMSC de El Espinal – Tolima, y al representante legal de la **ARL POSITIVA compañía de seguros**, a que:

a). En el término de 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo DETERMINEN los elementos de protección personal (Kit de bioseguridad) de acuerdo a las necesidades y los parámetros dispuestos por el Ministerio de Salud y protección Social, así como, a los lineamientos Técnicos para la Prevención y Contención del Coronavirus COVID-19 – Guía básica para el INPEC, para cada grupo de servidores públicos (cuerpo de custodia y administrativos) del EPMSC de El Espinal – Tolima.

b). Una vez concluido el anterior término, SUMINISTREN mensualmente y en las cantidades necesarias, los EPP (kit de bioseguridad) para cada grupo de servidores públicos (cuerpo de custodia y administrativos) del EPMSC de El Espinal – Tolima, y así sucesivamente hasta tanto se supere la emergencia sanitaria y crisis generada por el nuevo Coronavirus –COVID -19, esto, de acuerdo a las competencias legales y reglamentarias.

CUARTO: **ORDÉNESE** al **Director General** de la **UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS “USPEC”** y al Representante Legal del Consorcio - **FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2019** que, de forma inmediata y si no lo hubiere hecho-, suministre mensualmente a toda la población privada de la libertad (PPL) del Complejo Penitenciario y Carcelario de El Espinal, los elementos de higiene básicos como jabón líquido y/o alcohol glicerinado, y toallas desechables, EPP – tapabocas y demás que se consideren pertinentes por las autoridades sanitarias, en las cantidades necesarias para un periodo de treinta días y así sucesivamente hasta tanto se supere la emergencia por COVID-19, esto, de acuerdo a las competencias legales, reglamentarias y contractuales.

QUINTO: **ORDÉNESE** al **Director General** de la **UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS “USPEC”** que, de forma inmediata y si no lo hubiere hecho-, realice las adecuaciones necesarias para que la población carcelaria en general (cuerpo de custodia, personal administrativo y PPL) tenga acceso a las unidades que permitan el lavado de manos permanente en el EPMSC de El Espinal Tolima; y además deberá realizar jornadas periódicas de limpieza y desinfección en todas las zonas de uso habitual y común del complejo carcelario.

SEXTO: **ORDÉNESE** al **Director General** del **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC**, que de manera inmediata se abstenga de autorizar traslados o remisiones desde los ERON hacía el EPMSC de El Espinal Tolima, esto, mientras se supera la emergencia sanitaria y carcelaria por COVID – 19, y/o hasta tanto se haya practicado a la PPL a trasladar, las pruebas para COVID-19 y se confirme que su resultado sea negativo.

SÉPTIMO: **ORDÉNESE** al Director del **EPMSC DE EL ESPINAL TOLIMA**, que:

a). De manera inmediata proceda a adecuar su Plan de Contingencia COVID – 19 con estricto apego a lo dispuesto por la autoridades sanitarias, y de seguridad y salud en el trabajo, acogiendo los criterios diferenciados para la población privada de la libertad y para el cuerpo de custodia y personal administrativo, respectivamente; esto, en coordinación con la USPEC, INPEC y la ARL POSITIVA – Compañía de Seguros, de acuerdo a sus competencia legales, y darle aplicación **INTEGRAL** al citado plan.

b). Que se abstenga de recibir PPL que provengan de las Estaciones Policías y URI, entre otros, esto, mientras se supera la emergencia sanitaria y carcelaria por COVID – 19, y/o hasta tanto se haya practicado a la PPL a trasladar, las pruebas para COVID-19 y se confirme que su resultado sea negativo.

c). Que en casos de que se dé el traslado de la PPL con resultado negativo para COVID-19, e ingreso al Establecimiento Penitenciario de mediana Seguridad y Carcelario de El Espinal –Tolima, se garantice el aislamiento preventivo por el término de 14 días en el área que se disponga para tal fin, esto, de acuerdo a los lineamientos señalados por el Ministerio de Salud y Protección Social, y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC.

OCTAVO: **ORDÉNESE** a la **SECRETARÍA DE SALUD MUNICIPAL DE EL ESPINAL TOLIMA**, que ejerza el respectivo control y vigilancia de las órdenes impartidas en esta providencia, en armonía con los diferentes protocolos ideados para el manejo de la emergencia por el COVID – 19, en el EPMSC de El Espinal Tolima, remitiendo informe mensual con destino a las presentes diligencias, y hasta tanto se supere la crisis.

NOVENO: **ORDÉNESE** al **MINISTERIO DE TRABAJO** que a través de su inspector con competencia en El Espinal-Tolima, ejerza la función de acompañamiento y garante del cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo del sistema general de riesgos laborales, en atención a los hechos que dieron origen a la presente acción, de conformidad a lo establecido en parte considerativa de esta providencia.

DÉCIMO: **DENIEGUESE** por improcedentes las demás súplicas invocadas en el escrito de tutela, esto, de conformidad con los planteamientos expuestos en la parte motiva de la presente sentencia.

DÉCIMO PRIMERO: **NOTIFÍQUESE** esta decisión a las partes por el medio más expedito y eficaz, en los términos indicados en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

DÉCIMO SEGUNDO: Si no fuere impugnada esta sentencia conforme lo señala el artículo 31 del Decreto - Ley 2591 de 1991, **ENVÍESE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

Conforme a las directrices del Gobierno Nacional establecidas en el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, a través del cual se impartieron instrucciones en virtud de

la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID – 19 y el mantenimiento del orden público, progresivamente prorrogadas y que actualmente están contempladas en el Decreto 636 de mayo 6 de 2020; y los acuerdos PCSJA20- 11529 del 25 de marzo de 2020, PCSJA20-11532 del 11 de abril de 2020, PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020 y PCSJA20-11549 del 7 de mayo de 2020 expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante los cuales se han tomado medidas por motivos de salubridad pública, la presente providencia fue discutida y aprobada por la Sala a través de correo electrónico y se notificará a los interesados por el mismo medio.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ANDRES ROJAS VILLA
Magistrado

JOSÉ ALETH RUÍZ CASTRO
Magistrado

CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
Magistrado