



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

TS. Radicación n° 06-2021-00153-01

Bogotá D.C., abril veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

ANTECEDENTES

La señora **CAROLINA PIÑEROS OSPINA**, en calidad de representante legal de **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES – RED PAPAZ**, instauró acción de tutela en contra del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF**, el **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA – DAPRE**, el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE CUNDINAMARCA**, y la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO DE BOGOTÁ**, solicitando el amparo de sus derechos fundamentales al desarrollo integral en la primera infancia, a la vida, a la educación, al cuidado y amor, a la salud, a la alimentación, a la comunicación, a la integridad y a la igualdad de los niños, niñas y adolescentes.

Solicita se ordene a las accionadas:

« 1. Tutelar los derechos fundamentales y prevalentes de NNA al desarrollo integral en la primera infancia, a la vida, a la educación, al cuidado, a la salud, a la alimentación, a la comunicación y a la integridad e igualdad, y en consecuencia ordenar:

a. A la Nación en cabeza del DAPRE y al ICBF adelantar todas las acciones necesarias para iniciar dentro del menor término posible, y en ningún caso superior a treinta (30) días la prestación de los servicios de atención integral a la primera infancia en la modalidad presencial de forma universal y simultánea.⁴⁴

b. A la Nación en cabeza del MEN, y a la SEC, y la SED adelantar todas las acciones necesarias para iniciar dentro del menor término posible, y en ningún caso superior a treinta (30) días la prestación del servicio público educativo presencial en la modalidad de alternancia de forma universal y simultánea en todas las instituciones educativas.

c. A la Nación en cabeza del DAPRE y del MEN, al ICBF, a la SEC y a la SED publicar semanalmente en su página web el avance en el cumplimiento de las

órdenes anteriores, discriminando el número de instituciones, sedes, y el número de NNA efectivamente atendidos, comparando con lo atendidos en los últimos años.

d. Prevenir a la Nación en cabeza del DAPRE y del MEN, al ICBF, a la SEC y a la SED de suspender la atención integral presencial de la primera infancia, y el servicio público educativo, y en caso de que así lo ordenaran las autoridades sanitarias concederles prioridad en su reapertura.

e. Prevenir al ICBF, MEN, SEC y SED de limitar el acceso a la atención integral a la primera infancia o al servicio público educativo por la vía de la obligación de suscribir consentimientos informados que imposibilitan el ejercicio de los derechos.

f. A la Nación en cabeza del DAPRE y del MEN, al ICBF, a la SEC y a la SED que adelanten todas las acciones a su cargo para identificar y recuperar a todos los NNA que han salido del sistema de atención integral y del sistema educativo.

g. Garantizar, en condiciones de igualdad, el acceso inmediato, universal y simultáneo a Internet de los hogares con NNA en edad escolar

2. Inaplicar provisionalmente cualquier acto administrativo que autorice la prestación exclusivamente remota del servicio de atención integral a la primera infancia y del servicio público educativo, a fin de garantizar de accesibilidad material al servicio de atención integral a la primera infancia y a la educación.»

Como sustento de su petición manifiesta, en síntesis: Que el 14 de marzo de 2020, el Ministerio de Educación Nacional, expedido la Circular No. 019 de 2020, mediante la cual impartió recomendaciones para prevenir el contagio por Covid-19 y suspendió las clases presenciales, implementando la estrategia “Aprender Digital”. A su vez, el ICBF mediante Resolución 2900 de la misma anualidad, dispuso la suspensión de la atención presencia a primera infancia y la flexibilización de los servicios educativos a través de acompañamiento telefónico, sin que se realizara un seguimiento o mecanismo para garantizar el derecho fundamental a la adecuación o temas básicos como la salud y la nutrición de la primera infancia. Que, en el año 2020, los niños sólo asistieron de 5 a 7 semanas de clase presencial, de 40 programadas, previéndose la alternancia y el retorno gradual y progresivo a los establecimientos públicos educativos del país. Que, a la data, no se están aplicando metidos o acciones que garanticen la prestación del servicio educativo oficial, a pesar de que sólo el 50% de los niños contaba con conexión a internet para recibir clases, vulnerándose así los derechos de los menores de primera instancia y adolescentes de acceder al servicio de educación pública.

RESPUESTA DE LA ACCIONADA

Admitida la acción de tutela y surtido el traslado, la accionada DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, señaló que mediante la expedición del Decreto 457 de 2020, se impartieron las instrucciones necesarias para garantizar la salubridad pública y el mantenimiento del orden público, en virtud

de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, ordenándose el aislamiento preventivo obligatorio. Así mismo, solicitó se declarara la falta de legitimidad en la causa por pasiva, por cuanto ni el presidente, ni el Departamento Administrativo de la Presidencia, tenían funciones relacionadas con la reapertura de las actividades académicas presenciales en distintas ciudades del país, pues la competencia había sido otorgada a distintas autoridades locales, ni contaban con la facultad de inaplicar los distintos decretos distritales y departamentales. Así mismo, solicitó se declarara la improcedencia del amparo por cuanto lo pretendido era la protección de derechos Erga Omnes para los que no estaba instituida, contando la accionante con el medio de control de nulidad previsto en el artículo 137 del CPACA para controvertir los decretos expedidos por las autoridades.

EL MINSITERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, solicitó se negara el amparo por carecer de vocación de prosperidad, señalando que no se acreditaba la vulneración a los derechos alegados por la accionante, toda vez que la entidad había tomado las medidas necesarias en el marco de la emergencia sanitaria para proteger y salvaguardar la vida de los integrantes de la comunidad educativa, procurando con estas la adaptación de la oferta institucional, garantizando el acceso de los niños y niñas a la educación inicial, preescolar y educación media, para que continuaran vinculados al proceso educativo.

Por su parte el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF, solicitó se negara la improcedencia del amparo por dirigirse a controvertir actos de carácter general, y contentivos de las medidas adoptadas por los entes educativos para conjurar la emergencia sanitaria generada por el COVID 19 y que implicó la suspensión de las actividades académicas presenciales. Igualmente, señaló que la entidad implementó múltiples estrategias en pro de mantener la educación inicial y preescolar a través de diferentes programas que garantizaban el acceso a la educación en la modalidad de primera instancia bajo un esquema de atención remota.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante providencia del 25 de marzo de 2021, proferida por el JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, negó por improcedente el amparo

invocado por la accionante, al contar con otros mecanismos ordinarios de defensa para controvertir los actos generales y abstractos, sobre los que recaía la presunta vulneración a los derechos fundamentales alegada, pudiendo acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través del medio de control previsto en el artículo 137 del CPACA.

IMPUGNACIÓN

Inconforme con la determinación, la accionante procedió a impugnarla que el despacho desconocía los hechos notorios que permitían evidenciar la vulneración de los derechos fundamentales invocados, al no hacerse un análisis integral de los derechos a la primera infancia y la vida, desconociendo la gravedad de los hechos y la finalidad de amparo constitucional, pen tanto el servicio presencia de atención la primera infancia en educación, menoscababa los derechos de los niños y las niñas más vulnerables, impidiéndose que recibieran una atención integral que comprendiera elementos esenciales como la nutrición, el cuidado y la educación inicial, así como la grave situación de los menores que por negligencia del ICBF, habían dejado de recibir prestaciones esenciales a la atención integral de primera instancia

Por otra parte, señala que la decisión judicial, desconoce que la interrupción del servicio público de educación presencia en establecimientos educativos, generada por la pandemia originada por la propagación del Covid-19, se traducía en pérdidas de aprendizaje, afectaciones permanentes a la salud emocional, menores ingresos derivados de una futura actividad laboral, aumento de la pobreza, siendo necesario que el juez constitucional valorara la situación y tomara las medidas necesarias para conjurar un hecho notorio que de conformidad con lo previsto en el artículo 167 del CGP, no requería prueba. Finalmente, indica que no era posible señalar que no se acreditaba la amenaza a los derechos incoados y que además eran reconocidos por el Ministerio de Educación Nacional, que, en Conjunto con el Ministerio de Salud, habían expedido la Circular No. 26 del 21 de marzo del año en curso, en la que se instaba a avanzar con la apertura de las instituciones educativas en razón al impacto que su cierre durante la pandemia había tenido sobre la salud psíquica, psicosocial y mental de los niños, niñas y adolescentes (NNA), generando un rezago en el aprendizaje, incremento de violencias al interior de hogar, deficiencias en el estado nutricional, problemas de salud mental, y la profundización de las desigualdades

educativas existentes, especialmente en aquellas instituciones educativas que se encontraban en zonas rurales o marginadas, donde la implementación de las clases virtuales era poco viable.

CONSIDERACIONES

Reiterada jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha sostenido que la acción de tutela es un instrumento jurídico que permite otorgar a cualquier persona sin mayores requisitos formales, la protección específica e inmediata de sus derechos fundamentales constitucionales, cuando acorde a las circunstancias concretas de cada caso y a falta de otro medio de origen legal que permita el debido amparo de los derechos, estos sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de autoridad pública o de un particular en los términos que prevé la ley. Constituye característica fundamental de la acción su inmediatez para la protección del derecho objeto de violación y la subsidiariedad, esto es, que solamente resulta procedente a falta de otro medio de defensa judicial, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable.

Descendiendo al asunto objeto de estudio, la accionante solicitó la protección de sus derechos fundamentales al desarrollo integral en la primera infancia, a la vida, a la educación, al cuidado y amor, a la salud, a la alimentación, a la comunicación, a la integridad y a la igualdad de los niños, niñas y adolescentes, presuntamente vulnerados por las accionadas MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, SECRETARIA DE EDUCACIÓN, ICBF, DAPRE, entre otras, por no adelantar y tomar las medidas necesarias para iniciar la prestación del servicio público educativo presencia en la modalidad de alternancia de forma universal y simultánea en todas las instituciones educativa, y la reapertura de la atención integral a la primera instancia. En consecuencia, solicita se reactiven los servicios de educación superior y atención a los menores de forma presencial, en un término que no supere 30 días. Así mismo, se ordene a las autoridades sanitarias darle prioridad a la reapertura de estos servicios.

Respecto de la naturaleza de la acción de tutela ha señalado la H. Corte Constitucional:

«2.1. La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que la acción de tutela es un mecanismo de naturaleza subsidiaria y residual destinado a proteger los

derechos fundamentales. Esa caracterización implica que, si existe medio de defensa judicial a disposición del interesado, la tutela no puede ser utilizada para sustituirlo o para desplazar a los jueces ordinarios en el ejercicio de sus funciones propias¹. El artículo 86 C.P. es claro al establecer que la tutela no procede cuando el afectado disponga de otro medio de defensa, excepto que ella sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

2.2. En efecto, si en el ordenamiento jurídico se prevé otro medio de defensa judicial para lograr la protección pretendida, la acción de tutela no puede desplazarlo, ya que no es el escenario propio para discutir cuestiones que deben ser debatidas ante los estrados de las jurisdicciones ordinarias. No obstante, la jurisprudencia ha señalado que el medio judicial de defensa ha de ser idóneo para obtener una protección cierta, efectiva y concreta del derecho fundamental vulnerado o amenazado. Lo que implica que dicho medio tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental vulnerado o se proteja de su amenaza².

Esa aptitud del otro medio debe ser analizada en concreto verificadas las circunstancias del solicitante y el derecho fundamental de que se trata. En consecuencia -ha dicho la Corte-, si dicho medio protege derechos distintos, es viable la acción de tutela en lo que concierne al derecho que el señalado medio no protege, pues para la protección de aquel se entiende que no hay otro procedimiento de defensa que pueda intentarse ante los jueces³.» Sentencia T 144 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Por otra parte, cabe indicar que la H. Corte Constitucional de manera reiterada en sentencias como la C-132 de 2018, ha señalado la improcedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, al contener actuaciones administrativas que no afectan de forma directa a una persona determinada o determinable, cuya legalidad puede controvertirse por medios ordinarios de defensa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través del medio de control previstos en los artículos 135 y 137 del CPACA, por violación a normas de superior jerarquía.

Excepcionalmente, procederá el amparo cuando los medios de control existentes no son idóneos o para evitar la configuración de un perjuicio irremediable inminente, en casos en los cuales (i) la persona afectada carece de medios ordinarios para procurar la defensa de sus derechos fundamentales, dado que no tiene legitimación para cuestionar esa clase de decisiones de la administración, o el asunto objeto de debate es de naturaleza constitucional; y cuando (ii) la aplicación del acto administrativo general amenace o vulnere los derechos fundamentales de una persona. (iii) cuando los actos causen daños a los derechos fundamentales y conlleven a la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En el mismo sentido, nuestro órgano de cierre en sentencia STL3532-2019, analizando un caso similar al aquí planteado, reiteró la procedencia excepcional contra actos de carácter general y abstracto prevista en el artículo 6 del Decreto

2591 de 1991, al contar con otros mecanismos judiciales de densa idóneos y eficaces para controvertir su legalidad y solicitar la suspensión del acto administrativo que considera lesivo a sus derechos, sin que pueda emplearse la acción de tutela para evadir los medios dispuestos en el ordenamiento jurídico.

(...)

De otro lado, al amparo constitucional, según lo prevé expresamente la norma citada, no puede acudirse cuando se cuente con otros medios ordinarios de defensa judicial, a no ser que con la actuación o la omisión del funcionario público o del particular se le cause al administrado un perjuicio irremediable, lo cual torna la acción de tutela en un mecanismo de protección excepcional. No es, entonces, una figura de la cual pueda abusarse y emplear para sustituir las vías naturales diseñadas por el legislador.

Al descender al sub lite, la Sala observa que la infirmitad del recurrente se dirige contra el Decreto n.º 1011 de 6 de junio 2019, a través de la cual el Departamento Administrativo de la Función Pública y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público dispusieron, entre otras cosas, fijar el aumento salarial de los «empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, del orden nacional».

Como sustento de su inconformidad, el actor refiere que aquel acto administrativo resulta lesivo de sus derechos superiores, en especial el de igualdad, pues asegura que el Decreto n.º 2451 de 27 de diciembre de 2018, aumentó el salario mínimo mensual de los trabajadores particulares en un 6%, mientras que a los funcionarios públicos en un 4,5%.

Al respecto, importa precisar que las razones que expone por esta vía la tutelante no son de recibo para esta Colegiatura, porque a la acción constitucional no puede acudirse en franco desconocimiento de su carácter subsidiario, dado que la misma no se ejerce como un medio supletorio para evadir los mecanismos ordinarios y extraordinarios que la ley dispensa.

Ello es así, en este asunto, por cuanto tal y como lo sostuvo el a quo constitucional, el convocante cuenta con la vía contenciosa para controvertir la legalidad del Decreto n.º 1011 de 6 de junio 2019, el cual estima violatorio de sus prerrogativas superiores, si se tiene en cuenta que ese es el escenario en que puede cuestionar la tasación del mencionado incremento.

De manera, que la inconformidad que a través de este mecanismo expone la parte recurrente, se itera, debe ser planteada ante la jurisdicción contenciosa administrativa, a través de la acción de nulidad por tratarse de una decisión de carácter general, caso en el cual cuenta con las herramientas defensivas idóneas, eficaces y efectivas para la dilucidación de la situación que hoy indebidamente pretende controvertirse en sede constitucional.

Recuérdese que el amparo constitucional no puede erigirse en un atajo arbitrario del cual pueda la parte interesada servirse a gusto para evadir los medios que el ordenamiento jurídico le otorga.

De modo, que ante la ausencia injustificada de activación del precitado recurso garantista por parte del extremo accionante, el recurso a la Constitución deviene improcedente, aún como mecanismo transitorio, dado que el actor puede solicitar en aquel trámite la suspensión del acto administrativo que considera lesivo de sus derechos superiores.

En el presente asunto, se advierte que en términos generales la inconformidad de la accionante se dirige a controvertir los actos administrativos contentivos de las Circulares expedidas por el Ministerio de Educación Nacional, para el reingreso en alternancia del servicio Educativo presencial en el país, por considerar que con las medidas adoptadas no se garantiza la implementación universal del mismo, ni se garantiza el derecho a la educación de los menores de la primera infancia, que no

tienen acceso a los medios virtuales dispuestos para continuar con el servicio educativo.

Esto es que se dirige contra actos de contenido general y abstracto, siendo claro que el medio de control de nulidad simple consagrado en el artículo 137 del CPACA, y a través de la cual una persona que se considera lesionada por un acto de la administración puede solicitar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, su nulidad por ser contrario a las normas superiores.

A través del proceso establecido por la ley de lo contencioso administrativo, puede darse lugar a un amplio debate probatorio en el que se garantice el principio de legalidad en abstracto, y se confronte el acto atacado con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia, tanto en aspectos formales como sustanciales, correspondiendo al juez contencioso analizar la conducta de la administración y sus efectos vinculantes, así como apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad del acto.

Analizados los argumentos expuestos en la acción constitucional, no se advierte la vulneración concreta a los derechos fundamentales de la accionante, ni se encuentra una justificación lógica que permita establecer que los mecanismos ordinarios en el caso concreto no resultan idóneos o resulten insuficientes para la garantía de sus derechos, en aras de contrarrestar los efectos inconstitucionales del acto administrativo; no siendo posible en este punto, que el mismo sea suplantado mediante la acción de tutela, so pena de eliminar las vías ordinarias para el ejercicio de los derechos y crear una crisis del sistema de justicia y de la acción de tutela misma. Queda pues descartada la procedencia de la acción de tutela de manera principal en el presente asunto.

Siendo ello así, debe establecerse si la acción de tutela resulta procedente, no obstante, la existencia de otros mecanismos de protección de los derechos, de manera transitoria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. El presente análisis debe centrarse en la existencia de prueba suficiente del riesgo que supone la denegación de la acción de tutela a la afectación del derecho a la vida de la accionante y la configuración del perjuicio irremediable con todas sus características.

Sobre el particular la Corte Constitucional en sentencia T- 237 del 16 de mayo de 2016, ha señalado que éste deber ser inminente, grave y de urgente atención, que haga impostergable la acción de tutela:

«(i) **la inminencia**, la cual se presenta cuando existe una situación “que amenaza o está por suceder prontamente”^[14], con la característica de que sus consecuencias dañinas se pueden dar a corto plazo, razón por la que es necesario tomar medidas oportunas y rápidas para evitar que se lleve a cabo la afectación;

(ii) **la urgencia**, que se relaciona directamente con la necesidad o falta de algo que es necesario y que sin eso se pueden amenazar garantías fundamentales, que exige una pronta ejecución de forma ajustada a las circunstancias de cada caso;

(iii) **la gravedad**, que se advierte cuando las consecuencias de esa falencia o necesidad han producido o pueden producir un daño grande e intenso en el universo de derechos fundamentales de una persona, lo cual puede desembocar en un menoscabo o detrimento de sus garantías. Dicha gravedad se reconoce fundada en la importancia que el ordenamiento jurídico le concede a ciertos bienes bajo su protección^[15]:

“La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente”^[16].

Finalmente, (iv) **la impostergabilidad** de la acción, que lleva a que el amparo sea realmente oportuno pues, si se llegara a tardar o posponer se corre el riesgo de que no resulte tan eficaz como se requiere, así, se hace necesario acudir al amparo constitucional para obtener el restablecimiento o protección de los derechos fundamentales y evitar la amenaza o vulneración de los mismos, y las consecuencias que podría traer al accionante.»

Argumenta la accionante que constituye un hecho notorio la vulneración a los derechos fundamentales invocados y la configuración de un perjuicio irremediable, en atención a que las medidas adoptadas por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, EL ICBF y las SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL, no garantizan el acceso al derecho fundamental a la educación, pues el cierre de las instituciones educativas durante la Pandemia, había generado un impacto negativo sobre la salud psíquica, psicosocial y mental de los niños, niñas y adolescentes, rezagos en el aprendizaje, incremento de violencias al interior de hogar, deficiencias en el estado nutricional, problemas de salud mental, y la profundización de las desigualdades educativas existentes, de quienes se encontraban en zonas rurales o marginadas, sin acceso a internet y sin posibilidad de asistir a las clases virtuales

No obstante, considera la Sala que no hay lugar a ordenar lo requerido, pues es que en los términos del informativo no se acredita en cabeza del accionante la ocurrencia

de un perjuicio irremediable con todas sus características, que de paso a conceder la acción de tutela como mecanismo transitorio.

En consecuencia, se **NEGARÁ** el amparo constitucional invocado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO. NEGAR el amparo constitucional invocado por la señora **CAROLINA PIÑEROS OSPINA**, en calidad de representante legal de **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES – RED PAPAZ**, por lo señalado en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. NOTIFICAR a las partes la presente decisión por el medio más expedito.

TERCERO. REMITIR a la Honorable Corte Constitucional conforme a lo previsto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, de no ser impugnado oportunamente dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

Aprobado Virtualmente

DAVID A.J CORREA STEER

Aprobado Virtualmente

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO