



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 3

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN
Magistrada ponente

CUI: 63001220400020220011101
Radicación n.º 128396
STP1686-2023
(Aprobado acta n.º 028)

Bogotá, dieciséis (16) de febrero de dos mil veintitrés
(2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala resuelve la impugnación formulada por **JOHN FREDY AGUIRRE GARCÍA** frente a la sentencia proferida el 1 de diciembre de 2022 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia.

En síntesis, el accionante considera que la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** vulneró sus derechos fundamentales a la vida, el trabajo, la estabilidad laboral reforzada, la seguridad social y el mínimo vital, al no autorizarlo para ejercer sus funciones desde el exterior, en donde se encuentra por motivos de salud.

II. HECHOS

1.- JOHN FREDY AGUIRRE GARCÍA, de 45 años, se encuentra vinculado a la Fiscalía General de la Nación desde agosto de 2000, inicialmente como empleado provisional, y a partir del 1 de septiembre de 2010 como funcionario de carrera administrativa. El 14 de mayo de 2021 fue diagnosticado con un tumor en el ojo izquierdo. El 28 de junio de 2022 le ordenaron de manera prioritaria *terapia fotodinámica* (que no se encuentra en Colombia y no es cubierta por la EPS¹) o *inyecciones antiangiogénicas*, última opción que no fue recomendada por su médica tratante por sus efectos secundarios.

2.- El señor AGUIRRE GARCÍA indicó que para la terapia fotodinámica encontró un centro de tratamiento en Europa, pero como no tenía recursos, empezó una “campana” a través de su correo institucional en busca de apoyo. Sobre ello, adujo que en julio de 2022 empezó a recibir llamadas amenazantes «*de las cuales existen las evidencias correspondientes y la denuncia penal en la misma FISCALIA GENERAL DE LA NACION*», sin que le hubieran ofrecido protección.

3.- Señaló que viajó a España (no indicó en qué momento) con su esposa y dos de sus cinco hijos -adujo que por razones de seguridad-; y que en varias oportunidades ha

¹ En los anexos de la acción tutela aparece (fl. 124) un correo de 26 de julio de 2022, en el que la EPS Sura le comunica que su tratamiento en el exterior no se encuentra dentro de la cobertura del Plan de Beneficio en Salud, por lo que lo remitieron a consulta con el retinólogo.

solicitado que le autoricen la modalidad de trabajo en casa, lo cual fue negado por la Fiscalía (respuestas de 17 de agosto y 18 de octubre de 2022), razón por la que tuvo que pedir una licencia no remunerada por tres meses (que se extendió hasta el 30 de noviembre de 2022). Sin embargo, no cuenta con los medios económicos para tener una vida digna (pagar renta y alimentos). Agregó que al llegar a Europa las condiciones cambiaron porque hay problemas de suministro del medicamento para las terapias (VISUDYNE)², y que se encuentra «*en dos listas de espera con un precio promedio de 2500 Euros, cada dosis [...]*».

4.- Debido a su situación, el 18 de noviembre de 2022 el señor AGUIRRE GARCÍA instauró acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales, y se ordene a la Fiscalía General de la Nación que autorice el trabajo en casa debido a «*la existencia de una situación ocasional, excepcional o especial que permite otorgar la habilitación, en los términos del artículo 2.2.37.1.4.2. [-no indicó de qué norma-] como quiera que actualmente cuenta (sic) con un estado de salud vulnerable el cual no pudo ser cubierto por las entidades de salud de Colombia [...]*», por lo que tuvo que viajar a Europa (también por las amenazas recibidas).

III. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

² Para dar cuenta de lo anterior, el accionante transcribió el siguiente enlace: <https://www.aemps.gob.es/informa/la-aemps-comunica-problemas-de-suministro-del-medicamento-visudyne/>. Consultado, aparece que fue publicado el **18 de mayo de 2021**.

5.- El 1 de diciembre de 2022, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia negó la acción de tutela³. Luego de resaltar algunos aspectos de la Ley 2088 de 2021⁴, determinó que si bien el accionante cumplía con los requisitos para acceder al trabajo en casa, no era posible autorizarlo para desempeñar sus funciones en el exterior *«por cuanto fue vinculado para desarrollar la función en territorio colombiano y es deber del empleador vincularlo al sistema de seguridad social en salud, así como riesgos laborales, en el territorio nacional, sin que sea posible que por vía de tutela se ordene su aseguramiento en territorio español, pues ello implicaría ordenar una erogación del presupuesto nacional, lo que está prohibido por vía de tutela»*. Agregó que si bien el Decreto 649 de 2022⁵ regula el trabajo en casa en el exterior, esa norma solo rige para el sector privado (artículos 2.2.1.6.7.1. y 2.2.1.6.7.2.).

6.- Finalmente, sobre el tema de las amenazas refirió que la Unidad Nacional de Protección informó que no ha recibido ninguna solicitud (ni por la Fiscalía ni por el accionante) en relación con la situación del señor AGUIRRE GARCÍA, de cara a activar el protocolo de seguridad, aunado a que no toda denuncia penal conlleva de inmediato una protección.

³ Al trámite fueron vinculadas la Unidad Nacional de Protección, la EPS Sura y las Fiscalía 3 Seccional y la 13 Local de Intervención temprana y denuncias de Armenia.

⁴ *“Por la cual se regula el trabajo en casa y se dictan otras disposiciones”*. También es importante mencionar que la decisión no fue unánime porque un magistrado salvó el voto.

⁵ Que adicionó el Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo.

7.- La anterior decisión fue impugnada el 7 de diciembre de 2022 por el accionante quien, en síntesis, reiteró los argumentos planteados en el escrito de tutela, y transcribió el salvamento de voto de uno de los magistrados.

IV. CONSIDERACIONES

a. Competencia

8.- La Sala es competente para conocer de la impugnación propuesta, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 333 de 2021, toda vez que la decisión de primera instancia fue emitida por la Sala Cuarta de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, de la cual es superior funcional.

b. Cuestión previa: inexistencia de temeridad

9.- En su respuesta a la acción de tutela, la Subdirectora de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación señaló -entre otras cosas- que el señor Aguirre García interpuso otra tutela «*para obtener la autorización relacionada con su tratamiento en España [...]»* (CUI 63001400300620220039500). Al respecto, adjuntó copia de la sentencia de tutela de primera instancia, proferida el 8 de agosto de 2022 por el Juzgado Seto Civil Municipal de Armenia.

10.- Revisada dicha providencia, consta que la acción de tutela de ese proceso se dirigía contra la EPS Sura para que asumiera el tratamiento médico fuera de Colombia, el cual

[...] supondría pagar una alta suma de dinero a Clínicas del exterior por la complejidad de mi enfermedad y gastos adicionales de Estadía, Alimentación, Medicina y movilidad, costos que se elevan en gran medida ya que me debo desplazar con un acompañante debido a que el tratamiento tiene que ver con la visión y por prescripción médica siempre debo estar acompañado.

11.- El juez de tutela de primera instancia reiteró la Sentencia T-279 de 2017 de la Corte Constitucional, según la cual de manera excepcional pueden autorizarse servicios médicos en el exterior cuando esté en riesgo inminente la vida del afiliado, para lo cual debe demostrarse además que la persona no tiene capacidad de pago, el procedimiento médico no puede ser realizado en Colombia, no es de carácter experimental y cuenta con el concepto favorable del médico tratante. Respecto del caso concreto, concluyó que del concepto de la médica tratante

*[...] se observa que ante la falta de posibilidad de la terapia fotodinámica por no tener disponibilidad en el país, se indica el **uso de antiangiogénico** para el control de su edema macular, es decir, que en el mismo se le está planteando otra alternativa para el tratamiento de su enfermedad de base; sin que exista un concepto favorable que indique la eficacia y el beneficio de la terapia fotodinámica para la salud del accionante, ni se tiene la certeza si la misma sea de carácter experimental o que sea el adecuado para la patología del accionante. [...] Bajo esta perspectiva, se advierte que la EPS SURA ha desplegado todas las actuaciones necesarias para que sean prestados todos y cada uno de los servicios que le han sido ordenados al accionante por el médico tratante, y de ello da cuenta la historia clínica que obra en el Archivo 009 del expediente digital -sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el literal f de la Ley estatutaria 1751 de 2015 y el principio de la territorialidad del sistema de salud-; por lo que no encuentra el despacho que la existencia de vulneración del derecho fundamental del accionante.*

12.- Así las cosas, se advierte que no existe temeridad por cuanto (i) si bien los hechos que fundamentan la acción de tutela son similares (puede haber identidad de causa), lo cierto es que no son iguales (ii) las accionadas (no hay identidad de partes), ni (iii) las pretensiones (no hay identidad de objeto). Lo último, en tanto la acción de tutela objeto de estudio por esta Sala se dirige contra la Fiscalía General de la Nación, con el propósito de que se le ordene que autorice en favor del accionante la modalidad de trabajo en casa.

c. Problema jurídico

13.- ¿La Fiscalía General de la Nación ha vulnerado los derechos fundamentales de JOHN FREDY AGUIRRE GARCÍA al no autorizarlo para desempeñar sus funciones desde el exterior (en la modalidad de *trabajo en casa*), en donde se encuentra por motivos de salud?

d. El trabajo en casa y otras figuras laborales similares.

14.- Con ocasión de la pandemia por Covid-19, el uso de herramientas tecnológicas desempeñó un papel fundamental para mitigar el impacto de las restricciones impuestas, y permitir -en la mayor medida posible- la continuidad de la vida en sociedad. Una de esas medidas fue la adopción del *trabajo en casa*, establecida en el Decreto

legislativo 491 de 2020⁶, y que con posterioridad sería regulado de manera permanente por la Ley 2088 de 2021⁷, norma que fue declarada exequible en la Sentencia C-212 de 2022⁸.

15.- En esa providencia, se indicó que el *trabajo en casa* tiene en común con otras figuras -como el *trabajo a domicilio*, el *teletrabajo* y el *trabajo remoto*- que no son nuevas modalidades de trabajo (o tipologías de contrato) sino que prevén nuevas maneras en las que se ejecuta (i.e. la forma en la que se presta el servicio), tanto en el ámbito público como privado. Asimismo, la Corte Constitucional explicó en detalle el concepto, alcance y diferencia de esas figuras⁹ que, en aras de sintetizarlas, la Sala presentará en el siguiente cuadro:

Modalidad	Descripción
Trabajo en casa (Ley 2088 de 2021)	Es la habilitación <i>temporal</i> para prestar el servicio desde la casa o el domicilio, por la existencia de razones ocasionales, excepcionales o especiales que impidan asistir al lugar habitual. Puede ser realizado mediante tecnologías de la información y la comunicación (TIC) o sin ellas. Excluye a quienes se encuentren cobijados por regímenes especiales de orden constitucional o legal en atención al desempeño de sus funciones siempre y cuando estas sean incompatibles con el trabajo en casa.
Trabajo a domicilio (Art. 89 CST)	Cuando la persona presta <i>habitualmente</i> (forma de ejecución permanente) servicios remunerados en su propio domicilio, sola o con la ayuda de miembros de

⁶ “Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”.

⁷ “Por la cual se regula el trabajo en casa y se dictan otras disposiciones”.

⁸ Por los cargos de violación de la reserva de ley estatutaria y desconocimiento del principio de unidad de materia.

⁹ Fundamentos jurídicos n.º 140 a 156.

Modalidad	Descripción
	su familia. Su objeto se resume en la ejecución y entrega de unidades de obra.
Teletrabajo (Ley 1221 de 2008 y Decreto 884 de 2012)	Consiste en el desempeño de actividades utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo. Es decir, es una figura <i>permanente</i> en la que el uso de las TIC es obligatorio.
Trabajo remoto (Ley 2121 de 2021)	La actividad es desarrollada a través de las tecnologías existentes y nuevas que permitan ejercerla de manera remota (i.e. se efectúa de manera remota en su totalidad). El sitio de trabajo puede variar, siempre que se cuente con conexión y cobertura a Internet, pero solo cubre a las personas domiciliadas en el territorio nacional. No comparte “ <i>los elementos constitutivos y regulados para el teletrabajo y/o trabajo en casa (...)</i> ” (art. 3).

16.- Ahora bien, dado que lo solicitado por el accionante -y lo discutido en el trámite de tutela- es la autorización de la modalidad de *trabajo en casa*, es necesario puntualizar o reiterar algunos aspectos de la figura.

17.- De acuerdo con la Ley 2088 de 2021, es la única modalidad que tiene un carácter temporal (o transitorio), para cuando se presenten circunstancias ocasionales, excepcionales o especiales que impidan que el trabajador pueda realizar sus funciones en su lugar de trabajo (artículo 2). Esa habilitación temporal se extenderá por tres meses prorrogables por un término igual -por una única vez-, aunque si persisten las circunstancias ocasionales, excepcionales o especiales que se extenderá la habilitación hasta que desaparezcan dichas condiciones (artículo 7). En todo caso, el nominador conserva la facultad de dar por terminada esa habilitación, siempre y cuando desaparezcan

las referidas circunstancias ocasionales, excepcionales o especiales.

18.- La Ley 2088 de 2021 fue reglamentada para el sector privado con el Decreto 649 de 2022, mientras que lo fue para el sector público con el Decreto 1662 de 2021¹⁰. Sobre este último la Sala mencionará los contenidos más relevantes para el análisis del caso:

18.1.- Según la norma, la entidad que pretenda habilitar esta modalidad, deberá hacerlo a través de un acto administrativo, comunicado o memorando que debe contener, como mínimo, la descripción de la situación ocasional, excepcional o especial, así como la dirección desde donde se van a prestar los servicios, la cual «*puede ser del domicilio, el lugar de trabajo compartido o cualquier lugar en el territorio nacional*» (artículo 2.2.37.1.3., énfasis añadido). Sobre este último aspecto, es conveniente resaltar que el Decreto 1662 de 2021, a diferencia del Decreto 649 de 2022, no reguló lo atinente al trabajo en casa en el *exterior*.

18.2.- Por otra parte, el Decreto 1662 establece que por «*situaciones ocasionales, excepcionales o especiales*» se entiende

[...] aquellas circunstancias imprevisibles o irresistibles que generan riesgos para el servidor o inconveniencia para que el

¹⁰ «Por el cual se adiciona el Decreto 1083 de 2015 Único Reglamentario del Sector de la Función Pública, en relación con la habilitación del trabajo en casa para los servidores públicos de los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos ordenes, sectores y niveles, órganos de control, órganos autónomos e independientes del Estado».

servidor público se traslade hasta el lugar de trabajo o haga uso de las instalaciones de la entidad.

La ocurrencia de la situación debe ser demostrable, para eso, deberá acudir a los actos administrativos emitidos por las autoridades nacionales, locales o institucionales, que las declaren o reconozcan. En todo caso, para la habilitación de trabajo en casa, se requiere que en el acto que determina la habilitación, se haga un resumen sucinto de las circunstancias de hecho y de derecho que están ocurriendo.

PARAGRAFO 1. *La mera manifestación del hecho imprevisible o irresistible no es vinculante para la Administración y no genera derecho automático al servidor público a acceder a la habilitación del trabajo en casa. Cuando el servidor público se encuentre en alguna situación particular no podrá hacer uso de la habilitación del trabajo en casa, en su lugar podrá solicitar ante la administración la modalidad de teletrabajo de que trata la Ley 1221 de 2008 [...]. (Artículo 2.2.37.1.4, subrayas no originales)*

e. Análisis del caso concreto

19.- En primera medida, la Sala estima que la acción de tutela es procedente porque fue presentada (i) por el titular de los derechos supuestamente afectados; (ii) contra la autoridad que sería responsable de su vulneración; y (iii) dentro de un término razonable y oportuno (la última respuesta de la Fiscalía data del 18 de octubre de 2022, y la acción de tutela fue instaurada el 18 de noviembre del mismo año). Adicionalmente, (iv) en el caso concreto no existe un mecanismo judicial idóneo y eficaz (*Cfr.* artículos 86 de la Constitución Política y 6º del Decreto 2591 de 1991) al que el señor AGUIRRE GARCÍA hubiera debido acudir antes de interponer la acción de tutela.

20.- En cuanto al fondo del asunto, y sin desconocer la situación del señor John Fredy Aguirre García, la Sala estima que la decisión de la Fiscalía General de la Nación de no

autorizar la modalidad de *trabajo en casa* no es arbitraria y, en consecuencia, no afecta sus derechos fundamentales. Esto, porque el Decreto 1662 de 2021 consagra -tal como se vio- que (i) la dirección desde donde se va a prestar el servicio debe estar en el territorio nacional, y (ii) las situaciones ocasionales, excepcionales o especiales que habilitan esa modalidad de trabajo deben estar demostradas por «*los actos administrativos emitidos por las autoridades nacionales, locales o institucionales, que las declaren o reconozcan*», lo que no se acreditó en la situación particular del accionante.

21.- Aunado a este último punto, la norma también establece que la simple manifestación de un «*hecho imprevisible o irresistible no es vinculante para la Administración y no genera derecho automático al servidor público a acceder a la habilitación del trabajo en casa*». Por tanto, cuando el servidor público tenga alguna «*situación particular*», el Decreto es claro al disponer que en esa circunstancia no se puede hacer uso del trabajo en casa, y que lo que el interesado debe hacer es solicitar la modalidad del teletrabajo (Ley 1221 de 2008).

22.- La Sala evidencia que esa posibilidad también fue descartada por la Fiscalía General de la Nación, como se observa de las respuestas a las solicitudes del accionante, con fechas de 17 de agosto y 18 de octubre de 2022¹¹, y como fue reiterado por esa entidad en su contestación a la acción

¹¹ Esas respuestas fueron dadas por la Jefe del Departamento de Bienestar y Salud Ocupacional, y se encuentran en los anexos de la acción de tutela (folios 128 a 149).

de tutela¹². En síntesis, la Fiscalía explicó, con fundamento en la Ley 1221 de 2008 y su decreto reglamentario (884 de 2012), que

- 1. NO ES PROCEDENTE ACORDAR EL TELETRABAJO toda vez que:*
- i. la Entidad no lo tiene regulado como modalidad de prestación del servicio,*
 - ii. se debe tener disponibilidad para la presentación personal cuando el servicio lo requiera,*
 - iii. Se debe cumplir con un proceso previo de verificación de seguridad tecnológica que verifica un servidor responsable de las TIC, un proceso de ergonomía que se verifica con ARL y el concepto de favorabilidad del DBSO [(Departamento de Bienestar y Salud Ocupacional)], por lo cual se hacen visitas de inicio y periódicas en el domicilio del servidor incluido y,*
 - iii. [sic] siempre debe existir mutuo acuerdo entre la entidad y el servidor para su ejecución;*

La condición para el desarrollo de éste es que el servidor esté en el territorio colombiano y en la misma zona geográfica del sitio donde está adscrito para la prestación del servicio.

*Dado lo anterior, no es posible, porque la entidad no permite la habilitación de estas modalidades cuando los servidores se encuentran en el extranjero. [...]*¹³

23.- La Ley 1221 de 2008 no precisa si es aplicable a las relaciones entre empleadores y teletrabajadores que se desarrollen tanto en el sector público como el privado (lo que sí hace el Decreto 884 de 2012 -artículo 1-), por lo que establece, de manera general, que «[l]as empresas cuyas actividades tengan asiento en Colombia, que estén interesadas en vincular teletrabajadores, deberán hacerlo con personas domiciliadas en el territorio nacional, quienes desarrollarán sus labores en Colombia» (artículo 6-11). Razón

¹² Por parte de la Fiscalía General de la Nación, se recibieron contestaciones del Director de Protección y Asistencia (e) y la Subdirectora de Talento Humano.

¹³ Respuesta de 18 de octubre de 2022 de la Jefe del Departamento de Bienestar y Salud Ocupacional de la Fiscalía General de la Nación.

suficiente que permite vislumbrar que la decisión de la Fiscalía General de la Nación de no autorizar el teletrabajo tampoco es caprichosa.

24.- Además, sobre la posibilidad de acceder a la modalidad de *trabajo remoto*, basta con señalar que solo cobija a personas domiciliadas en el territorio nacional (artículo 2, Ley 2121 de 2021).

25.- Por último, y respecto de la no adopción de medidas de seguridad en favor del accionante y su familia, con ocasión de las amenazas recibidas -y las cuales denunció penalmente-, la Unidad Nacional de Protección explicó que la protección está a cargo del Programa de Protección de la Fiscalía General de la Nación. Al respecto, en su contestación, el Director de Protección y Asistencia de la Fiscalía refirió que, para acceder al Programa de Protección y Asistencia, el “proceso protectivo” inicia con una solicitud de protección, para evaluar el riesgo y adoptar las medidas pertinentes; sin que se hubiera recibido ninguna solicitud en favor del señor AGUIRRE GARCÍA. Así, dado que no se ha presentado ninguna petición al respecto, la Sala no evidencia una conducta vulneradora por parte de la accionada.

f. Conclusión

26.- Con base en el análisis de procedencia y el estudio de fondo, la Sala confirmará la sentencia de tutela de primera instancia, por cuanto no se demostró que la Fiscalía General de la Nación hubiera desconocido los derechos

fundamentales de JOHN FREDY AGUIRRE GARCÍA al no autorizarlo para desempeñar sus funciones desde el exterior (en la modalidad de *trabajo en casa*), dado que la normatividad vigente no lo permite. Tampoco se constató ninguna omisión respecto de la adopción de medidas de seguridad -frente a las amenazas que dijo que recibió-, en tanto no se ha presentado ninguna solicitud al respecto.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas n.º 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Confirmar la sentencia impugnada.

Segundo. Disponer el envío de las diligencias a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de los fallos proferidos.

Tercero. Notifíquese de acuerdo con lo previsto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria