



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “E”
MAGISTRADO SUSTANCIADOR: JAIME ALBERTO GALEANO GARZÓN
Bogotá D.C., diez (10) de agosto del dos mil veinte (2020)

Radicación: 11001-33-43-061-2020-00111-01
Acción: Tutela – Impugnación
Accionante: Rudolf Hommes Rodríguez y otros
Accionada: Nación – Presidencia de la República, Ministerio del Interior y Ministerio de Salud y Protección Social

1. ASUNTO

Decide la Sala las impugnaciones interpuestas por la Procuraduría General de la Nación, la presidencia de la República, el Ministerio de Salud y Protección Social y el Ministerio del Interior, contra la sentencia proferida el día dos (2) de julio del dos mil veinte (2020) por el Juzgado Sesenta y Uno (61) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual ampara los derechos fundamentales deprecados por los accionantes.

2. ANTECEDENTES

Los señores y señoras Rudolf Hommes, Alfonso Ávila Velandia, Alberto Villate Paris, Alejandro Sanz de Santamaría Samper, Alonso Gómez Duque, Álvaro Leyva Durán, Carlos Caballero Argáez, Clara López Obregón, Graciela Palacios Meiresonne, Humberto de la Calle Lombana, Ignacio Antonio Vélez Pareja, José María de Guzmán Mora, Lucelly Ceballos Cárdenas, Lucía Villate Paris, Luis Francisco Barón Cuervo, María Consuelo Cárdenas de Sanz de Santamaría, María Cristina Jimeno Santoyo, María del Pilar Caicedo Estela, María Esperanza Palau, María Mercedes Cuellar López, Norman Maurice Armitage Cadavid, Patricia Lara Salive, Petrus A.N.M. Spijkers, Ricardo Villaveces Pardo y William de Jesús Hoyos González, actuando en nombre propio, instauraron acción de tutela contra la Nación – presidencia de la República, el Ministerio del Interior y el Ministerio de Salud y Protección Social, con el objeto de obtener el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, libertad de locomoción y libre desarrollo de la personalidad.

Como consecuencia de lo anterior, pretenden que se ordene a las entidades accionadas:

2.1. Inaplicar “las resoluciones 464 y 844 de 2020 proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social en lo relativo a las medidas sanitarias de aislamiento y cuarentena preventiva para las personas mayores de 70 años.”

2.2. Inaplicar “los decretos 749 y 847 de 2020 en cuanto imponen una restricción más severa para realizar ejercicio y que a ellos se aplique la norma prevista para los adultos menores de 70 años, a saber, que pueden salir para realizar ejercicio hasta por dos horas todos los días.”

2.3. Extender “los efectos de este fallo no solo a los peticionarios sino a todos los ciudadanos que ven vulnerados sus derechos fundamentales con estas resoluciones sin necesidad de acudir a la acción de tutela para ello.”

3. HECHOS

Los accionantes expusieron los siguientes:

3.1. “El 18 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 464 de 2020, en la cual decretó el aislamiento preventivo obligatorio para las personas mayores de 70 años entre el 20 de marzo y el 30 de mayo del año en curso.”

3.2. “La única motivación que ofreció el Ministerio de Salud y Protección Social para tomar esa decisión fue “que las personas adultas mayores de 70 años es la población más vulnerable frente al Covid-19, de tal manera que es necesario en el marco de la emergencia sanitaria, dictar medidas de protección sanitaria transitoria consistente en el aislamiento preventivo obligatorio, para esta población”.

3.3. “Posteriormente, el 26 de mayo, dicho Ministerio expidió la Resolución 844 de 2020, mediante la cual se modificó el acto administrativo anterior al extender el aislamiento obligatorio para las personas mayores de 70 años hasta el 31 de agosto de 2020 y se dictaron otras disposiciones. En este nuevo acto no se ofreció justificación alguna para extender dicho aislamiento obligatorio para las personas mayores de 70 años.”

3.4. “El 28 de mayo de 2020, el Presidente de la República, con el liderazgo del Ministerio del Interior, expidió el decreto 749, que avala el confinamiento de la población mayor de 70 años contenido en las resoluciones del Ministerio de Salud y permite el desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre de los adultos mayores de 70 años pero en condiciones mucho más estrictas que las permitidas al resto de adultos menores de 70 años. Luego, el 14 de junio de 2020 expidió el Decreto 847 de 2020 “Por el cual se modifica el Decreto 749 del 28 de mayo de 2020 por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del, Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público”. En el artículo 1 del Decreto 847 de 2020 el Gobierno Nacional avala el confinamiento de la población mayor de 70 años contenido en las resoluciones del Ministerio de Salud y modifica parcialmente el decreto 749 y flexibiliza el desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre de los adultos mayores de 70 años (tres (3) veces a la semana, una (1) hora al día) pero en condiciones más estrictas que los adultos menores de 70 años (hasta dos horas diarias). El Gobierno Nacional tampoco ofrece motivación alguna en relación con la justificación del aislamiento obligatorio en este Decreto y simplemente se limita a citar las Resoluciones 464 y 844 de 2020.”

4. ACTUACIONES EN PRIMERA INSTANCIA

4.1. El juzgado de instancia al momento de admitir la acción de tutela a través de auto de 19 de junio de 2020, ordenó vincular¹ al trámite a los terceros indeterminados que consideraran tener interés o legitimación para actuar en el presente proceso, para lo cual les concedió el término de 2 días para manifestar su interés a partir de la publicación de la providencia en el portal web.

¹ Documento No. 5 expediente digital.

Así mismo, realizó los siguientes requerimientos: **i)** al Ministerio de Salud y Protección Social, con el objeto de que allegara los “estudios previos de salud, legalidad y constitucionalidad, respectivamente, realizados sobre las Resoluciones 464 y 844 de 2020 y los Decretos 749 y 847 de 2020 relacionados con las medidas sanitarias de aislamiento y cuarentena preventivo para las personas mayores de 70 años”; y **ii)** a los accionantes, para que informaran acerca de su estado de salud, para lo cual debían anexar los documentos que consideran importantes para verificar la información.

De otra parte, invitó a: **i)** la Asociación Colombiana de Epidemiología - ASOCEPI-, **ii)** a la Facultad de Medicina de la Universidad de los Andes, **iii)** a la Facultad de Medicina de la Universidad del Rosario, **iv)** a la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional, y **v)** al Instituto Nacional de Salud, para que a través de los “observatorios o grupos de investigación sobre el COVID 19”, y siempre y cuando lo consideren pertinente, emitieran su opinión sobre la presente acción de tutela.

Finalmente, exhortó a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, para que emitieran concepto dentro de la acción de tutela, si lo consideraban pertinente.

4.2. Posteriormente, a través de auto de 24 de junio de 2020², la a quo decretó como prueba un concepto, a través del cual solicitó al Instituto de Envejecimiento de la Facultad de Medicina de la Universidad Javeriana que, absolviera los siguientes interrogantes:

- i.** ¿Cuál es el impacto en la salud mental de las personas mayores de 70 años por el aislamiento prolongado?
- ii.** ¿Qué efectos mentales produce el aislamiento prolongado?
- iii.** ¿Cuáles serían las recomendaciones científicas para el desarrollo del aislamiento de personas mayores de 70 años en torno a la emergencia desarrollada por el virus COVID-19?

5. CONTESTACIONES

Las entidades accionadas dieron contestación a la acción de tutela de la siguiente manera:

5.1. Ministerio del Interior

Presentó escrito de contestación a la acción de tutela a través de la jefe encargada de la oficina asesora jurídica³. Frente a las pretensiones de la acción, solicitó que se nieguen las mismas en lo que respecta a dicha entidad, dado que no cuenta con legitimación en la causa por pasiva, en la medida que no existe nexo de causalidad entre la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados por la parte actora y la acción u omisión por parte del ministerio, por lo que señala que la tutela se torna improcedente en contra del mismo.

Luego de hacer un recuento de las funciones de dicha cartera, establecidas en el art. 2.º del Decreto Ley 2893 de 2011, subrogado por el artículo 2 del Decreto 1140 de 2018, indicó que ninguna de ellas comprende la de expedir normas referentes a la salud pública, razón por la cual señaló que no tiene ninguna competencia en este asunto, por lo que considera que no puede endilgarle responsabilidad frente a los hechos que la parte actora estima vulneran sus derechos fundamentales, dado que se dirigen contra la presunta omisión de otras autoridades nacionales.

² Documento No. 11.

³ Documento No. 9.

De otra parte, indicó que en todo caso la acción de tutela es improcedente, pues los actores cuentan con otros medios de defensa judiciales para buscar la protección aquí invocada.

5.2. Presidencia de la República

Presentó escrito de contestación a la acción de tutela a través de la Secretaría Jurídica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República⁴.

5.2.1. Como primera medida, procedió a explicar los antecedentes de la pandemia conocida como covid-19, para lo cual trajo a colación el pronunciamiento de la Asociación Colombiana de Infectología, según el cual, “el proceso de envejecimiento trae de manera consecuente un sistema inmune debilitado o inmunodepresión lo que hace que las personas adultas mayores presenten una disminución en la capacidad de combatir infecciones, lo que los hace la población más susceptible de enfermarse.”

Por lo anterior, “las variables que ponen en riesgo a las personas mayores son varias, entre ellas, las condiciones de salud subyacentes tales como enfermedades cardiovasculares, enfermedades respiratorias y diabetes, las que hacen más difícil la recuperación una vez que se ha contraído el virus. Asimismo, con el envejecimiento se provoca un desgaste del organismo que le hace más difícil combatir nuevas infecciones, sobre todo a partir de los 70 años porque el sistema inmune está más debilitado que en edades tempranas.”

Así mismo, hizo alusión al análisis realizado por el Centro para el Control y Prevención de Enfermedades (CDC, por sus siglas en inglés) de los Estados Unidos, el cual indica que, “en las personas mayores se observan más probabilidades de tener una enfermedad grave por COVID-19 y mayor riesgo de morir si son afectadas por el virus, como fue la experiencia de China, de Italia y de España.”

Ahora bien, para el caso de Colombia señaló que según el análisis efectuado por la Dirección de Epidemiología y Demografía del Ministerio de Salud y Protección Social, hay un número menor de casos en grupos de edades mayores de setenta (70) años, siendo una consecuencia directa del aislamiento preventivo obligatorio, sin embargo, “la proporción de muertes que aportan los adultos de setenta (70) años y más años de edad, representa el 49% de las defunciones por COVID-19 que han ocurrido desde el 6 de marzo hasta el 20 de junio de 2020.”

5.2.2. Explicado lo anterior, procedió a señalar que la restricción al derecho a la libertad de locomoción de los ciudadanos está **plenamente justificada** en la protección del derecho a la salud y de la vida de la comunidad, y es **razonable** porque garantiza el núcleo esencial del derecho a la libre circulación. En este sentido, y ante la ausencia de un mecanismo farmacológico para tratar o curar la covid-19, adujo que las medidas de aislamiento y distanciamiento social constituyen las principales herramientas para enfrentar el virus, tal como lo recomendó la Organización Mundial de la Salud.

Por tal razón, considera que está suficientemente justificada la adopción transitoria de las medidas mencionadas, para así evitar el contagio descontrolado en el país del virus covid-19 y así salvaguardar los derechos a la salud y la vida de los mayores de 70 años y de toda la población, hasta tanto pueda asentarse el control del brote.

⁴ Documento No. 12 expediente digital.

En el mismo sentido, señaló que ante la evidencia científica de que las personas adultas mayores de 70 años era “uno de los segmentos poblacionales más vulnerable frente al nuevo Coronavirus COVID-19”, a través de la Resolución 464 del 18 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social “decretó el aislamiento preventivo “para las personas mayores de 70 años, a partir del 20 de marzo de 2020 a las siete de la mañana (7:00 a. m.) hasta el treinta (30) de mayo de 2020 a las doce de la noche (12:00 p. m).”

Esta medida se prorrogó posteriormente por medio de la Resolución 844 del 26 de mayo de 2020, hasta el 31 de agosto de 2020, en las mismas condiciones señaladas inicialmente, frente a las cuales en todo caso, existen unas excepciones para salir del lugar de residencia para: (i) el abastecimiento de medicamentos y bienes de consumo y de primera necesidad; (ii) el uso de servicios financieros; (iii) el acceso a los servicios de salud; (iv) los casos de fuerza mayor y caso fortuito; (v) el ejercicio de funciones públicas; (vi) el ejercicio de funciones para servidores de elección popular; (vii) la prestación de servicios de salud, y (viii) la realización de actividades económicas.

Más adelante, con el Decreto 749 del 28 de mayo de 2020 “se permitió la circulación para “El desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre de los adultos mayores de 70 años, tres (3) veces a la semana, media hora al día”, y luego el Decreto 847 del 14 de junio de 2020 habilitó “El desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre de los adultos mayores de 70 años, tres (3) veces a la semana, una (1) hora al día”.

De lo expuesto, concluyó que “a las personas mayores de 70 años les aplica la medida de aislamiento preventivo obligatorio con ocasión del nuevo Coronavirus COVID-19 en los mismos términos que lo hace para todos los ciudadanos, salvo (i) que para ese grupo poblacional se extiende 2 meses más hasta el 31 de agosto de 2020 y (ii) pueden desarrollar actividades físicas por fuera de su residencia 3 veces a la semana por 1 hora al día.”

En todo caso, la entidad accionada no considera que las medidas adoptadas frente a las personas mayores de 70 años sean demasiado severas, ni tampoco que anulen su derecho a la libertad de locomoción, pues también pueden hacer uso de las mismas excepciones que garantizan la circulación al resto de la población.

5.2.3. Así mismo, indicó que “las medidas objeto de impugnación no producen el efecto inconstitucional atribuido por los demandantes, en tanto se trata de medidas razonables y proporcionales amparadas en el principio de **solidaridad social**, las cuales a su vez persiguen fines constitucionalmente legítimos relacionados con la protección de los derechos a la vida y la salud no solo de los adultos mayores de 70 años sino del resto de la población, adoptadas necesariamente en el marco de la pandemia ocasionada por el nuevo Coronavirus COVID-19 y sus efectos en Colombia, y cuyo propósito específico es el de prevenir el contagio y asegurar una atención del servicio de salud eficiente y adecuado para toda la población que pueda resultar afectada por la pandemia.”

5.2.4. Tampoco dan lugar a **discriminación** alguna contra los accionantes, pues existe un trato diferencial justificado, dado que los diferentes segmentos poblacionales no enfrentan la pandemia Covid-19 en las mismas condiciones. Al respecto, señaló que la Organización Mundial de la Salud manifestó que “existen dos grupos de personas que se encuentran en un riesgo más alto de padecer las manifestaciones severas de la enfermedad, enfocándolos como sujetos de especial atención: las personas adultas mayores y las personas con condiciones médicas subyacentes.”

En vista de lo anterior, “la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas, la Asociación Colombiana de Gerontología y Geriatria y el Comité Latinoamericano y del Caribe de Gerontología y Geriatria en carta conjunta dirigida al presidente de la República apoyaron las medidas de aislamiento preventivo para las personas mayores de 70 años, pensando en proteger a esta población, pues es claro que gracias a esto, se ha evitado un mayor número de fallecimientos en personas mayores.”

Por lo expuesto, la accionada resalta que el Estado debe continuar garantizando la seguridad y bienestar de las personas mayores de 70 años, con medidas como la cuarentena, pues son efectivas en la disminución de la mortalidad de este grupo de personas. Así mismo, manifestó que “la prolongación de la medida de aislamiento preventivo obligatorio por 2 meses adicionales y la restricción para el desarrollo de actividades físicas para los adultos mayores cumple finalidades constitucionalmente legítimas”.

5.2.5. Por otra parte, refirió que las medidas adoptadas para la población de mayores de 70 años también busca proteger el sistema sanitario y salvaguardar la salud y la vida de ese grupo y en general de toda la población, “pues contribuye a impedir el colapso de las clínicas y hospitales del país, específicamente de las unidades de cuidados intensivos que son un recurso escaso y de especial valor en el marco de la pandemia del nuevo Coronavirus del COVID-19.”

5.2.6. Así mismo, expuso que la medida es proporcional respecto de la gravedad que comporta la crisis sanitaria de la covid-19.

5.2.7. Por otra parte, indicó que los accionantes no cuentan con legitimación en la causa para interponer la acción de tutela, pues “si bien se allegó copia simple de la portada de las cédulas de ciudadanía de los accionantes, no obra en el expediente constancia del respaldo del documento de identidad, lo que impide constatar la edad de los mismos y su condición de adultos mayores de 70 años.”

5.2.8. Como conclusión de lo expuesto, la presidencia de la República pretende que se declare improcedente la acción de tutela por falta de legitimación en la causa por activa, o que en su defecto, se niegue el amparo solicitado por inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales a la “igualdad, libertad de locomoción y libre desarrollo de la personalidad de las personas demandantes, toda vez que la medida de aislamiento (i) es razonable y está encaminada a proteger la salud en conexidad con la vida de las personas mayores de 70 años y la comunidad, y en ese sentido se justifica la limitación al derecho a la libertad de locomoción; (ii) desarrolla el principio de solidaridad que sustenta la prestación de servicios de salud -artículos 48, 49 Y 95 de la Constitución Política-; (iii) no es discriminatoria y está plenamente justificada, pues persigue un fin constitucionalmente legítimo.”

5.3. Ministerio de Salud y Protección Social

Presentó escrito de contestación a la acción de tutela a través de la directora jurídica⁵, en idénticos términos al escrito radicado por la presidencia de la República, en tal medida, solicita que se “declare **IMPROCEDENTE** la acción de tutela por falta de legitimación en la causa por activa, y en su defecto, se **NIEGUE** el amparo solicitado por inexistencia de vulneración de los derechos derecho (sic) fundamental igualdad, libertad de locomoción y libre desarrollo de la personalidad de las personas demandantes, toda vez que la medida de

⁵ Documento No. 13 expediente digital.

aislamiento (i) es razonable y está encaminada a proteger la salud en conexidad con la vida de las personas mayores de 70 años y la comunidad, y en ese sentido se justifica la limitación al derecho a la libertad de locomoción; (ii) desarrolla el principio de solidaridad que sustenta la prestación de servicios de salud -artículos 48, 49 y 95 de la Constitución Política-; (iii) no es discriminatoria y está plenamente justificada, pues persigue un fin constitucionalmente legítimo.”

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría 187 Judicial I para Asuntos Administrativos de Bogotá, en calidad de agente del Ministerio Público, emitió concepto⁶ en el trámite de la presente acción constitucional, en tal virtud, solicitó que se deniegue el amparo solicitado por improcedente, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

6.1. Como primera medida, señaló que de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política el juez constitucional no tiene competencia para otorgar efectos *inter comunis* a un fallo que ampare derechos fundamentales, como en este caso, a la igualdad, la libertad de locomoción y al libre desarrollo de la personalidad invocados por los veinticinco accionantes, todos mayores de 70 años, quienes deben cumplir un aislamiento preventivo obligatorio en razón del covid-19, en la medida que sólo la Corte Constitucional puede decretar tales efectos (*inter pares* o *inter comunis*) frente a los fallos de tutela, por lo que esta primera razón hace improcedente el amparo invocado.

6.2. De otra parte, refirió que no es procedente que el juez de tutela realice un control de constitucionalidad abstracto sobre actos administrativos generales, como en este asunto, en el que en sentir de los accionantes tales decisiones son la fuente de la vulneración de sus derechos fundamentales, dado que la labor del juez de tutela es efectuar un control de constitucionalidad concreto.

En tal medida, sostuvo que el medio de control judicial de dichos actos administrativos es el de nulidad previsto en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, por tal motivo la acción de tutela no puede usarse para promover un pronunciamiento al respecto, dado que se encuentra expresamente prohibido que el juez constitucional otorgue un amparo “Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto”.

Al respecto, afirmó adicionalmente que la demanda de nulidad pudo haberse presentado por cualquiera de los peticionarios a través de correo electrónico dirigido al Consejo de Estado, pues la acción de nulidad se encontraba dentro de las excepciones a la suspensión términos judiciales conforme al Acuerdo PCSJA20-11556 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Así mismo, sostuvo que el argumento de los tutelantes sobre la lentitud de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para demostrar la ineficacia del medio de control de nulidad no es suficiente, pues para atender situaciones de urgencia como las que motivan la acción de tutela, “el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011 previó las medidas cautelares de urgencia, que pueden ser presentadas “Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte”.

6.3. En un tercer escenario, acerca de la procedencia de la acción de tutela de manera subsidiaria, señaló que:

⁶ Documento No. 15 expediente digital.

i) No se encuentra demostrado el perjuicio irremediable de los accionantes para hacer procedente el mecanismo constitucional a pesar de la existencia del medio de control de simple nulidad, teniendo en cuenta que de los cuatro hechos en los que se sustenta la acción de tutela, no colige en qué se concreta la inminencia del perjuicio frente a cada uno de los accionantes, pues son afirmaciones genéricas más no particulares.

ii) No se demostró un perjuicio inminente que se concrete en cada uno de los accionantes, pues no hay prueba que lo sustente, razón por la cual el Ministerio Público considera que a su vez no hay lugar a una respuesta urgente, “dado que para que se dé la urgencia tiene como presupuesto la materialización de la inminencia, lo cual se insiste, no está probada por ninguno de los tutelantes.”

iii) “En la acción de tutela no se narra por los accionantes la gravedad del perjuicio que se les causa, ni tampoco obra prueba que nos lleve a inferir indefectiblemente que se causa un perjuicio grave a alguno de los accionantes o a todos”. En tal medida, adujo que “el perjuicio alegado es superfluo, no es cierto y determinable, por tanto, no es defendible mediante este mecanismo de protección constitucional.”

Como conclusión de lo expuesto consideró que, dado que en la acción de tutela no se concretan los requisitos de inminencia, gravedad y urgencia del perjuicio irremediable, “no se podría adoptar una consecuencia, pues no hay un perjuicio concreto que remediar.”

Por lo tanto, solicitó denegar el amparo solicitado por improcedente de conformidad con el artículo 6 numeral 5 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

7. INTERVENCIONES

Atendiendo el llamado efectuado por el juzgado de instancia, las siguientes entidades y universidades emitieron concepto en este asunto:

7.1. Instituto Nacional de Salud

Presentó escrito a través del jefe de la oficina asesora jurídica⁷, en él sugirió que no se acceda a las pretensiones de los accionantes, pues “el Gobierno Nacional con las normas expedidas en el marco de la Pandemia, únicamente está propendiendo por garantizar los derechos fundamentales de los colombianos, en especial el derecho a la vida y a la salud, en procura de la mitigación y prevención del COVID-19, pues las decisiones tomadas, son las correspondientes y pertinentes a los resultados de investigaciones de múltiples organismos y entidades expertos en el tema.”

En este sentido, refirió que las “medidas adoptadas con relación a la población mayor de setenta (70) años, son acordes con las obligaciones del Estado de proteger y garantizar el derecho a la salud de las personas, y en cumplimiento de la especial protección que constitucional y legalmente se reconoce (...), los actos administrativos expedidos por el Ministerio de salud y Protección Social así como los Decretos emanados del Presidente de la República, siempre han tenido sustento no solo en las normas constitucionales, jurisprudenciales y legales, sino también en información científica y técnica, suministrada, entre otras fuentes, por el Instituto Nacional de Salud.”

⁷ Documento No. 8 expediente digital.

Con base en lo anterior, indicó que el Gobierno nacional ha adoptado una serie de medidas, contenidas en las Resoluciones 464/2020 y 844/2020 y los Decretos 749 de 2020 y 847 de 2020, en los cuales adopta restricciones a la movilidad, que en todo caso no genera una prohibición absoluta, bajo el amparo de normas constitucionales y legales que la respaldan.

Dichas medidas son transitorias y ajustables “de acuerdo con el comportamiento que presente la enfermedad en el País. Ello se demuestra cuando en las consideraciones de las precitadas se soportan datos entregados por el INS relacionados con la transmisión, contagio, y letalidad del COVID-19 a través del tiempo.”

Para mayor claridad, indicó que la información actualizada para ese momento de la enfermedad en mención, era la siguiente:

“Un estudio publicado en el mes de marzo y realizado en China calculó la proporción de casos severos y riesgo de muerte (letalidad) en casos positivos de COVID-19 por grupos de edad. Los resultados muestran que la proporción de casos graves y letalidad en casos positivos de COVID-19 aumenta con la edad. La proporción de casos severos en adultos entre 70-79 años se registró en 16,6% (IC 95% 9,87-33,8); y en el grupo de 80 y más años en 18,4% (IC 95% 11,0-37,6). Dicha proporción es mayor a la del grupo de edad antecesor (60-69 años) registrada en 11,8% (IC 95% 7,01-24,0). Por otra parte, en cuanto a la letalidad, los adultos entre 70-79 registraron una letalidad en 8,61% (IC 95% 7,48-9,99); y en el grupo de 80 y más años en 13,4% (IC 95% 11,2-15,9). Dicha letalidad es entre dos y tres veces mayor que la registrada en el grupo de edad antecesor (60-69 años), cuya letalidad fue de 3,99% (IC 95% 3,41-4,55).”

Así mismo, refirió que:

“En nuestro país, a 19 de junio de 2020 se han presentado 63.276 casos de COVID-19 y 2.045 muertes. Del total de casos, el 72% se presentan en personas menores de 50 años, pero respecto a las muertes, una de cada dos decesos (49,5%) ocurren en personas mayores de 70 años.

La letalidad de la enfermedad (número de muertos sobre el número de casos) es mayor en los grupos de más edad, siendo el grupo de 70 años o más quienes tiene mayores probabilidades de morir (una vez se han contagiado del virus), con una letalidad de 22,3%.

El grupo de 90 años o más es el que registra mayor letalidad (37,4%). Los grupos de edad con mayor tasa de mortalidad (muertes sobre población total) también son los de 70-79, 80-89, y 90+”

El INS señaló que los datos antes expuestos indican las consecuencias de la enfermedad y sus desenlaces, por lo que en su consideración, las “medidas de aislamiento social, buscan reducir el riesgo de contagio a la población, y en el caso concreto de los mayores de 70 años con el impacto antes descrito, de ahí, que la decisión de proteger a esta población vulnerable se justifique, insistiendo que no son medidas absolutas y estáticas, sino que se adecuan según las dinámicas del desarrollo de la enfermedad en el país.”

Por tanto, concluye que no se evidencia la vulneración de los derechos fundamentales invocados por los accionantes, pues la medida de aislamiento preventivo obligatorio extendida respecto de los adultos mayores de 70 años no es caprichosa o injustificada, sino que por el contrario, cuenta con “estudios y recomendaciones impartidas por organismos

de salud nacionales e internacionales y en ellas se desarrolla el deber del Estado de velar por el bienestar, la salud y la vida de esta población, así como prevenir y mitigar el impacto que el COVID-19 puede acarrear en ellos.”

7.2. Facultad de Medicina de la Universidad Nacional⁸

Como primera medida, indicó que el derecho fundamental de circulación puede ser limitado en virtud de la ley, pero sólo “con miras a prevenir la comisión de infracciones penales, proteger el interés público, la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral públicas, o los derechos y libertades de las demás personas, y en cuanto a la restricción sea igualmente compatible con el ejercicio de los demás derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.”

Refirió que “el virus COVID-19 afecta en su mayoría a las personas adultas mayores”, y que “el resultado de las medidas adoptadas por los países que han minimizado el virus para enfocarse en la producción se verán a finales de 2020, de seguro la disconformidad seguirá en la población mayor adulta sobreviviente”.

Por tanto, adujo que “Las estimaciones del número de personas con mayor riesgo fueron las más sensible a la prevalencia de enfermedad renal crónica, diabetes, enfermedad cardiovascular y enfermedad respiratoria crónica. Interpretación Aproximadamente uno de cada cinco individuos en todo el mundo podría tener un mayor riesgo de COVID-19 grave, en caso de que infectarse, debido a condiciones de salud subyacentes, pero este riesgo varía considerablemente según la edad.”

7.3. Facultad de Medicina de la Universidad Javeriana

Para emitir el concepto solicitado, procedió a resolver los interrogantes realizados por la juez de instancia al Instituto de Envejecimiento de la Facultad de Medicina de la Universidad Javeriana, de la siguiente manera⁹:

7.3.1. ¿Cuál es el impacto en la salud mental de las personas mayores de 70 años por el aislamiento prolongado?

“Respuesta: La resolución 464 del 18 de marzo de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social entorno a la pandemia del COVID-19 busca el *“aislamiento preventivo para proteger a los adultos mayores de 70 años”*. Pero como toda medida de esta índole de alto impacto en beneficio de esta población, no deja de tener efectos indeseables, que, en algunos casos, incide notoriamente en su estado de salud o en su calidad de vida. La Sociedad Británica de Geriátrica (SBG), en un comunicado del 15 de mayo del 2020 titula *“Proteger a las personas mayores de COVID-19 no debe hacerse a expensas de su salud y bienestar”*. Allí expone que estas medidas han llevado a niveles peligrosamente bajos de actividad física que resultarán en una pérdida de independencia y una mayor necesidad de tratamiento médico en el futuro, incrementando el riesgo de múltiples problemas geriátricos como caídas, fracturas, pérdida de masa muscular, malnutrición y desacondicionamiento físico, declinación funcional, etc.

⁸ Documento No. 14 expediente digital.

⁹ Documento No. 16 expediente digital.

No menos importante, dice la SBG, son los problemas que derivan en la **salud mental** y en el funcionamiento cotidiano, así como en la limitación de la libertad y la calidad de vida, todo ello llevando a una mayor incidencia de los problemas de salud de los adultos mayores. Dicha postura es coincidente en todos los artículos revisados en esta misma línea. Este tipo de evidencia científica ante el COVID-19 se basa en recomendaciones de expertos y no en ensayos clínicos controlados, pues en tan poco tiempo de la pandemia no existen esas publicaciones, pero se considera una evidencia con un grado de recomendación válido y aceptable.”

7.3.2. ¿Qué efectos mentales produce el aislamiento prolongado?

“**Respuesta:** Los efectos mentales más frecuentes que están ocurriendo en el “*aislamiento preventivo obligatorio*” son ansiedad, depresión, trastornos del sueño e irritabilidad. La Sociedad Española de Geriátrica (SEG) en su documento “*Cuando la cuarentena termine*”, hacen referencia al estrés y al estrés postaislamiento, señalándolo como abrumador y hablan de “estrés sostenido, especialmente en personas que tienen de base enfermedades mentales. Caso especial, son los adultos mayores con diagnóstico previo de demencia y que salían previamente de su casa. En ellos se pueden ver con mayor frecuencia estos problemas mentales.”

7.3.3. ¿Cuáles serían las recomendaciones científicas para el desarrollo del aislamiento de personas mayores de 70 años en torno a la emergencia desarrollada por el virus COVID-19?

“**Respuesta:** En el Instituto de Envejecimiento hemos trabajado el tema y lo hemos remitido al Ministro de Salud. Para ello, se han revisado 45 artículos de diferentes características que van desde publicaciones académicas indexadas, hasta comunicados o publicaciones oficiales de diferentes gobiernos y literatura gris con inclusión de mapas y algoritmos. Una de las primeras conclusiones es que la escasa evidencia se debe a la corta historia de esta pandemia y que las medidas que toma cada gobierno se deben contextualizar a la realidad de cada país, pues no es lo mismo haber pasado ya el pico de la pandemia, que estar en una curva plana y aún no tener el punto máximo de la misma. Esta característica es fundamental en las recomendaciones, toda vez que en el primer caso, el aislamiento de la población es más corto, en algunas semanas y en segundo caso, se podría prolongar por muchos meses. La principal preocupación de los países que ya tuvieron el pico es afrontar la posibilidad de un rebrote y el caso nuestro es mantener la curva plana, para que nuestro sistema de salud pueda afrontar la pandemia con los recursos que contamos.

Estas medidas de flexibilidad han sido ya discutidas en algunos países, entre ellos revisamos España, Reino Unido, Estados Unidos, Italia, Francia, Australia, Argentina, Irlanda y Suiza. La mayoría de las recomendaciones se dividen en dos escenarios; ancianos que viven en comunidad y población cautiva o que vive en instituciones geriátricas. Independiente del escenario, se deben tener en cuenta estos tres principios: ser progresiva, prudente y con protección.

Nuestro país está compuesto por familias nucleares y en algunos casos, nucleares extensas y el 99% de los adultos mayores vive en comunidad, siendo parte integral de la familia. También es válido recordar que cerca del 15% de ellos viven solos o con escaso apoyo, en especial en las grandes ciudades y es en ellos en quienes se refleja el mayor impacto físico y mental de las medidas de aislamiento preventivo obligatorio.”

7.3.4. ¿Existe alguna diferencia desde el punto de vista médico para realizar una distinción en el tratamiento de las personas mayores de 65 años y menores de 70 años frente a los cuidados que deben tenerse por la situación surgida con ocasión del COVID-19?

“**Respuesta:** La posibilidad de contraer la enfermedad es igual para todo el mundo, pero el peor pronóstico es dependiente de la edad. Según datos sacados del Instituto Nacional de Salud la mortalidad del COVID-19 entre los 50 y los 59 años es del 3.5%, entre los 60 y 69 años es del 11%, entre los 70 y los 79 años es del 20%, entre los 80 y los 89 años es del 27 % y en mayores de 90 años es de 39%. En conclusión, la edad es un factor de riesgo para mortalidad, con las cifras la citadas y la diferencia entre 65 años y 70 años en menor mortalidad a edad más baja.”

8. TERCEROS INTERESADOS

Es preciso reiterar que, el juzgado de instancia al momento de admitir la acción de tutela a través de auto de 19 de junio de 2020 ordenó vincular¹⁰ al trámite, a los terceros indeterminados que consideraran tener interés o legitimación para actuar en el presente proceso, para lo cual les concedió el término de 2 días para manifestar su interés, a partir de la publicación de la providencia en el portal web, lo cual se llevó a cabo el mismo 19 de junio de 2020 (<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-61-administrativo-de-bogota/433>).

A pesar de lo anterior, dentro del término concedido, esto es, hasta el 24 de junio de 2020, no hubo pronunciamientos por parte de alguna persona interesada.

Solo hasta el 2 de julio de 2020, el señor **Carlos Alberto Gallón Giraldo** presentó escrito¹¹ a través del cual señaló que coadyuba la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales a la igualdad y a la libertad, sin embargo, es preciso señalar que el mismo fue radicado de manera extemporánea.

9. LA SENTENCIA IMPUGNADA¹²

9.1. El Juzgado Sesenta y Uno (61) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante sentencia del dos (2) de julio del dos mil veinte (2020) ampara los derechos fundamentales la igualdad, libre desarrollo de la personalidad y libertad de locomoción de los accionantes y todos los adultos mayores de 70 años residentes y domiciliados en Colombia.

Lo anterior, pues encontró demostrado que:

¹⁰ Documento No. 5 expediente digital.

¹¹ Documento No. 16-1 expediente digital.

¹² Documento No. 17 expediente digital.

i) La “acción de tutela resulta procedente para debatir constitucionalmente las medidas contenidas dentro de las Resoluciones 464 del 13 de junio de 2020 y 844 del 26 de mayo de 2020 proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social y los Decretos 457 del 22 de marzo de 2020, 749 del 28 de mayo de 2020 y 847 del 14 de junio de 2020 proferidos por el gobierno nacional, específicas para la población mayor de 70 años; ante la falta de idoneidad del mecanismo judicial ordinario ya que este no resulta apto para conseguir la protección ante la configuración de un perjuicio irremediable, así mismo que de no producirse el amparo dadas las circunstancias excepcionales generadas con ocasión del Covid-19 resultarían irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la población adulta mayor de 70 años”.

ii) Aunque una de las justificaciones frente a la medida de la cuarentena preventiva con un énfasis diferencial basado en la edad, “es la protección de la vida y la salud de los actores, no es tan cierto este presupuesto entre otras cosas porque pese a que el distanciamiento social es uno de los principales medios de prevención y una medida que puede salvar vidas y preservar el sistema de salud a corto plazo, puede inducir inadvertidamente a efectos duraderos en la salud con implicaciones significativas para los adultos mayores, máxime si no se toman en cuenta las advertencias de los expertos en el tema.”

iii) La medida adoptada es desproporcionada, dado que para alcanzar el mismo nivel de protección para la población mencionada, se puede acudir a una medida menos restrictiva.

En este sentido, adujo que las medidas impuestas por el Gobierno son restrictivas y no resultan necesarias, “para garantizar el valor constitucional que se pretende hacer prevalecer, pues existe una presunción de que las autoridades públicas se encuentran en capacidad de implementar otro tipo de medidas que garanticen la protección de la vida y la salud del grupo etario y de la población general en medio de la crisis del COVID y que impliquen menor sacrificio de los derechos fundamentales de este grupo etario.”

Así mismo, consideró que “no es posible en aras de preservar la supervivencia propia o la ajena, llevar a la persona a condiciones materiales o psicológicas de vida indigna”, máxime cuando se omitió la carga de justificación explícita y clara que se exige en estos eventos. En consideración de la a quo, “No existe un fundamento razonado con el cual pueda concluirse que con las restricciones estudiadas en esta litis puede solucionarse el gran inconveniente que se tiene frente al desfase de número de camas con las que debería contar el país en varios departamentos e incluso a nivel nacional y que no exista otro tipo de medidas que permita el mismo fin, sin distinguir entre adultos, adultos mayores menores de 70 años y adultos mayores mayores de 70 años, sin una razón clara al efecto.”

De otra parte, indicó que “Nunca se propuso una medida en la que se llamara a esta población a un aislamiento consensuado, a un aporte voluntario si se quiere en el sentido de que decidieran libremente y de acuerdo a sus condiciones si se acogían a una propuesta de prolongación de la medida por dos meses más con respecto al resto de la población y a realizar ejercicio al aire libre 3 días, una hora diaria, proporcionando además una guía para hacer el resto en casa.”

iv) La restricción impuesta a la población mayor de 70 años, contraviene “a los cuestionamientos de lo que en el derecho a la vejez comporta el estudio de los cuatro de los 5 principales debates: 1. La discriminación por edad, la vulnerabilidad y la capacidad jurídica de las personas mayores. 2. Los derechos humanos de autonomía referidos a la autodeterminación, la libertad y la propiedad en la vejez. 3. Los derechos humanos de

participación vinculados a la familia, la inclusión social y la participación política. 4. Los derechos sociales fundados en las exigencias de la igualdad material de las personas mayores. Y,

v) Las medidas adoptadas generan desigualdad frente a los demás ciudadanos mayores edad, “por cuanto, a estos no les impone el lastre de la fijación de una carga mayor en tiempo frente a la cuarenta (sic), ni desatiende las recomendaciones en cuanto al acondicionamiento físico y sus beneficios.”

9.2. Posteriormente, a través de proveído de tres (3) de julio de dos mil veinte (2020), la juez de instancia aclara y adiciona el fallo de primera instancia, teniendo en cuenta que era preciso establecer con claridad: **i)** el aparte que se debía inaplicar del Decreto 749 del 28 de mayo de 2020, modificado por el artículo 1 del Decreto 847 del 14 de junio de 2020, y **ii)** el término de la inaplicación provisional dispuesta.

Así mismo, considera necesaria la adición en la medida que la “inaplicación provisional por si sola del inciso quinto del numeral 35 del artículo 3 del Decreto 749 del 28 de mayo de 2020 modificado por el artículo 1 del Decreto 847 del 14 de junio de 2020, resultaría lesiva para los fines que constitucionalmente se pretenden proteger”.

En virtud de lo anterior, adicionó y aclaró la sentencia del dos (2) de julio del dos mil veinte (2020), por lo que la parte resolutive quedó de la siguiente manera:

1. “INAPLICAR provisionalmente el numeral 35 del artículo 3 del Decreto 749 del 28 de mayo de 2020, modificado por el artículo 1 del Decreto 847 del 14 de junio de 2020, hasta que no sea decidida en sede judicial la nulidad por inconstitucionalidad o la nulidad simple que deberá ser tramitada por los accionantes dentro de los próximos quince (15) días hábiles en su inciso quinto que dispone: “El desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre de los adultos mayores de 70 años, tres (3) veces a la semana, una (1) hora al día”.”

2. ORDENAR al señor Presidente de la República, Iván Duque Márquez y a la señora ministra del interior Alicia Victoria Arango Olmos que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, previo consenso con los aquí accionantes, con el Instituto para el Envejecimiento de la Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Javeriana, el Instituto Nacional de Salud, la Asociación Colombiana de Gerontología y Geriatria y la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas, expedir el acto administrativo mediante el cual otorga el tiempo para ejercicio físico en exteriores de los adultos mayores de 70 años, teniendo como base las consideraciones de los accionantes y de las ya enunciadas instituciones.

3. INAPLICAR provisionalmente el numeral 2.2 del artículo 2 de la Resolución 844 del 26 de mayo de 2020, por medio del cual se modificó el artículo 2 de la Resolución 385 del 17 de marzo de 2020, hasta que no sea decidida en sede judicial la nulidad simple o nulidad por inconstitucionalidad que deberá ser tramitada por los accionantes dentro de los próximos quince (15) días hábiles.

4. ORDENAR al señor Ministro del Salud y Protección Social Fernando Ruiz Gómez que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, previo consenso con los aquí accionantes, con el Instituto para el Envejecimiento de la Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Javeriana, el Instituto Nacional de Salud, la Asociación Colombiana de Gerontología y Geriatria y la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas, expedir el acto administrativo mediante el cual establece la procedencia o no de las medidas de aislamiento, el término, las condiciones para mitigar los riesgos mentales y físicos del aislamiento, teniendo como base las consideraciones de los accionantes y de las ya enunciadas instituciones.

5. En tanto el Ministerio de Salud y Protección Social expide el acto administrativo correspondiente, se entenderá para todos los efectos relacionados con el aislamiento preventivo obligatorio que a los adultos mayores de 70 años les son aplicables las disposiciones contenidas en el Decreto 749 del 28 de mayo de 2020, prorrogado por el Decreto 878 del 25 de junio de 2020, con la excepción del inciso 5 del numeral 35 del artículo 3.

6. En tanto el Presidente de la República expide el acto administrativo mediante el cual otorga el tiempo para ejercicio físico en exteriores de los adultos mayores de 70 años, se entenderá para todos los efectos relacionados con la posibilidad de desarrollo de actividades físicas, de ejercicio al aire libre y práctica deportiva que a los adultos mayores de 70 años les son aplicables las disposiciones contenidas en el inciso segundo del numeral 35 del artículo 3 del Decreto 749 del 28 de mayo de 2020 modificado por el artículo 1 del Decreto 847 del 14 de junio de 2020.

Así, en aras de aplicar la regla de confinamiento sin ningún tipo de distinción en los términos de esta sentencia, estas personas tendrán una restricción del desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre por un período máximo de dos (2) horas diarias, igual al de las personas que están en el rango de edad de 18 a 69 años, mientras se llega al consenso citado.”

10. IMPUGNACIONES

10.1. Procuraduría General de la Nación

Impugnó¹³ el fallo proferido dentro de la presente acción constitucional, a través de la Procuraduría 187 Judicial I para Asuntos Administrativos, para lo cual solicita que se revoque la decisión de primera instancia, y en su lugar, se declare improcedente el amparo pretendido.

Como argumentos que sustentan la alzada, expuso los siguientes:

10.1.1. El fallo impugnado incurre en dos defectos que afectan el debido proceso, en la medida que la juez de instancia carecía de competencia para ordenar la inaplicación y la expedición de actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto y, por

¹³ Documento No. 23 expediente digital

cuanto en el expediente de tutela no existe prueba que racionalmente permita inferir que alguno de los veinticinco tutelantes enfrentaba un perjuicio irremediable.”

Frente al primer defecto señalado, resaltó que la juez de instancia no tiene competencia para hacer control abstracto de constitucionalidad sobre actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, como lo son los Decretos 749 y 847 de 2020 y las Resoluciones 464 y 884 de 2020, proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, y en esa medida, desplazó “al juez administrativo al que correspondería analizar, conforme al diseño institucional (art. 104 Ley 1437/11) y en desarrollo del medio de control de nulidad (art. 137 *ibídem*), la procedencia de una medida cautelar de urgencia (art. 234 *ibídem*).”

En este sentido, afirma que el fallo va en contra de la prohibición del artículo 6 numeral 5 del Decreto Estatutario 2591 de 1991, y la regla jurisprudencial de la sentencia C-132 de 2018.

10.1.2. De otra parte, indicó que las órdenes emitidas por la juez de instancia no cuentan con fundamento fáctico, técnico, ni científico, pues, “El juzgado da por probada su intuición, pero en ninguna de las secciones de la providencia soporta probatoriamente sus conclusiones, todas guiadas por la falsa premisa de que algo es cierto porque no está probado lo contrario o la inclusión de inferencias probabilísticas que por su naturaleza pueden o no ocurrir.”

En este sentido, reitera que la a quo no tenía competencia para “ordenar al Gobierno Nacional la expedición de actos administrativos” y adicionalmente, “evidencia un defecto fáctico en consideración a que en el expediente no existe prueba de la razón por la cual veinticinco tutelantes tienen la vocería integral de las personas de la tercera edad en la totalidad del territorio nacional.”

10.1.3. Así mismo, señaló que el fallo de primera instancia confunde la figura del perjuicio irremediable con la afectación de derechos fundamentales, dado que “Toda restricción a un derecho genera per se una afectación a los mismos, sin embargo, no toda afectación implica un perjuicio irremediable, en los términos del artículo 6 del Decreto Estatutario 2591 de 1991, como inválidamente se sostuvo en el fallo impugnado.”

Al respecto, indica que “el perjuicio irremediable supone una circunstancia de irresistibilidad extrema que hace imperiosa, necesaria y urgente la intervención del juez de tutela con miras a la protección inmediata de los derechos fundamentales invocados, de ahí que no basta una lesión prima facie de un derecho para que pueda emitirse una orden de protección constitucional.” No obstante, de la lectura del fallo, afirma que el mismo “confunde los efectos de la medida de aislamiento con el perjuicio irremediable sobre los derechos invocados de los tutelantes.”

Ahora bien, en cuanto a los argumentos esgrimidos para dar por demostrada dicha figura, el Ministerio Público refirió que el “tiempo cercano” no constituye un perjuicio irremediable para los accionantes, quienes tampoco identificaron el mismo, sumado a lo cual el análisis de esta situación se hizo en abstracto y no en concreto.

Así mismo, indica que, “Se afirmó que “El menoscabo de los derechos fundamentales se ha presentado con el pasar del aislamiento”, sin embargo, la discusión sobre si existe o no menoscabo de los derechos invocados por los tutelantes en razón a los actos administrativos generales es la discusión de fondo en sede contenciosa administrativa, lo que debió

argumentarse es por qué existió en cada uno de los 25 casos de los actores un perjuicio irremediable lo cual se echa de menos en el fallo.”

En tal medida, la agencia de control considera que el análisis del perjuicio debió realizarse en particular respecto de los 25 accionantes, y no de manera abstracta, en relación con todas las personas de la tercera edad, por lo cual concluye que “el perjuicio irremediable no fue probado en el expediente, por cuanto no es posible que el perjuicio a los derechos de personas diferentes (25 tutelantes) sea el mismo para todas ellas, como inválidamente lo infirió el *a-quo*.”

Finalmente, refirió que no se hizo ningún análisis “sobre los medios probatorios que dieran cuenta de la existencia de un perjuicio irremediable que cumpliera con los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional, tales como: debe ser inminente, que requiera medidas de urgencia para ser conjurado, que sea un perjuicio grave, que solo pueda ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables.”

10.2. Presidencia de la República y Ministerio de Salud y Protección Social

En un mismo escrito impugnaron¹⁴ el fallo proferido dentro de la presente acción constitucional, a través de la secretaría jurídica y del director jurídico de uno y otro ente, respectivamente, en tal virtud, solicitan que se revoque la decisión de primera instancia, y en su lugar, se niegue el amparo pretendido por no haberse configurado la vulneración de los derechos fundamentales de los accionantes.

Como argumentos que sustentan la alzada reiteraron las consideraciones expuestas en el escrito de contestación, resaltando lo siguiente:

i. La evidencia científica muestra que los grupos etarios afrontan la pandemia covid-19 “en condiciones especiales, toda vez que presentan mayores tasas de mortalidad con relación al resto de la población y tienen mayores probabilidades de manifestar cuadros infecciosos graves que demanden atención especializada en unidades de cuidados intensivos.”

ii. Ante la ausencia de un mecanismo farmacológico para tratar o curar la covid-19, “las medidas de aislamiento y distanciamiento social se erigen como las principales herramientas para enfrentar el virus”, tal como lo han reconocido diferentes organismos nacionales e internacionales, como la OMS.

iii. A pesar de las medidas de aislamiento, las entidades accionadas señalan que existen diversas excepciones que buscan garantizar el núcleo esencial del derecho a la libertad de locomoción de las personas, respecto de todos los ciudadanos, y especialmente de los adultos mayores de 70 años, frente a los que además las diferencias que existen son mínimas en relación con el resto de la población, “en razón a las diversas condiciones de vulnerabilidad frente al contagio y los efectos del mismo en la salud, derivados a su vez de las distintas manifestaciones que pueda tener en tales grupos la enfermedad.”

iv. La evidencia científica de la Dirección de Epidemiología y Demografía del Ministerio de Salud y Protección Social, estableció que las personas adultas mayores de 70 años integran uno de los segmentos poblacionales más vulnerable frente a la pandemia covid-19.

¹⁴ Documento No. 24 expediente digital

v. Las accionadas también reiteraron que las medidas diferenciales para los mayores de 70 años están justificadas constitucionalmente, pues: (i) son razonables, (ii) desarrollan el principio de solidaridad; y (iii) no son discriminatorias. Además, sostuvieron que tales decisiones están apoyadas por la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas, la Asociación Colombiana de Gerontología y Geriátrica y el Comité Latinoamericano y del Caribe de Gerontología y Geriátrica.

vi. En cuanto a la cuestión principal de la controversia, indicaron que “Si bien hay diferencias con relación a los otros adultos en cuanto al tiempo que pueden realizar actividades físicas, cabe precisar que no se les anula por completo la posibilidad de salir de sus residencias para hacer ejercicio, sino que únicamente se les limita en cuanto al tiempo, y que esto se justifica en la necesidad de proteger el sistema de salud y la salud, no solo de los adultos mayores de 70 años, sino también de la población en general.”

Al respecto, aduce que contemplaron “las recomendaciones mundiales sobre actividad física para la salud de la Organización Mundial de la Salud – OMS para adultos mayores de 65 años, que señala que la actividad física consiste en la práctica de ejercicio durante el tiempo libre o los desplazamientos -por ejemplo, mediante paseos a pie o en bicicleta-, actividades ocupacionales -cuando la persona desempeña todavía una actividad laboral-, tareas domésticas, juegos, deportes o ejercicios programados, en el contexto de las actividades diarias, familiares y comunitarias. Esto resulta fundamental, toda vez que no se puede advertir de la actividad física que se requiere es solamente realizable en espacios exteriores o al aire libre.” Tales recomendaciones consisten en:

- “1. Los adultos de mayor edad deberían acumular un mínimo de 150 minutos semanales de actividad física aeróbica moderada, o bien no menos de 75 minutos semanales de actividad aeróbica vigorosa, o bien una combinación equivalente de actividad física moderada y vigorosa.
2. La actividad aeróbica se desarrollará en sesiones de 10 minutos como mínimo.
3. Para obtener aún mayores beneficios, los adultos de este grupo de edades deberían aumentar hasta 300 minutos semanales su actividad física mediante ejercicios aeróbicos de intensidad moderada, o bien practicar 150 minutos semanales de actividad aeróbica vigorosa, o bien una combinación equivalente de actividad física moderada y vigorosa.
4. Los adultos de mayor edad con dificultades de movilidad deberían dedicar tres o más días a la semana a realizar actividades físicas para mejorar su equilibrio y evitar las caídas.
5. Deberían realizarse actividades de fortalecimiento muscular de los grandes grupos musculares dos o más veces a la semana.
6. Cuando los adultos de este grupo no puedan realizar la actividad física recomendada debido a su estado de salud, deberían mantenerse activos hasta donde les sea posible y les permita su salud.”

En esta medida, las accionadas concluyeron que, “el desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre de los adultos mayores de 70 años, tres (3) veces a la semana, una (1) hora al día, como se encuentra establecido en el Decreto 847 de 2020, contempla 180 minutos de actividad semanal al aire libre, lo cual sobrepasa los 150 minutos mínimos recomendados de actividad física general por la OMS, que como se señaló, no sólo es viable realizarla fuera de la residencia.”

vii. Por otra parte, explicaron que el Ministerio de Salud y Protección Social impartió instrucciones para la prevención, contención y mitigación de la covid-19 en personas adultas mayores, los cuales se encuentran a través de diversos instrumentos en la página web de dicha entidad.

viii. Afirmaron que la Corte Constitucional, en diversos pronunciamientos, tales como las sentencias C-177 del 13 de abril de 2016 y C-1024 del 26 de noviembre de 2002, ha encontrado ajustadas a la Constitución Política ciertas medidas que, “sin afectar el núcleo esencial, crean límites razonables al derecho a la libertad de locomoción, respecto de ciertos sectores de la población, cuando estas se concretan en acciones positivas por parte del Estado dirigidas a proteger intereses generales superiores, como por ejemplo es el caso de los derechos de los adultos mayores, quienes son sujetos de especial protección constitucional y que, bajo ciertas circunstancias, en razón de la edad, requieren la adopción de ese tipo de decisiones; las cuales, además de perseguir la protección de dicho grupo poblacional, propugnan también por garantizar los derechos de terceros y la prevalencia del interés general y colectivo.”

ix. Sumado a lo expuesto con antelación, consideran que la “decisión adoptada por el juez de la causa en primera instancia, en el sentido de ordenar inaplicar provisionalmente actos administrativos de carácter general y abstracto, en favor no solo de los accionantes sino de todos los adultos mayores de 70 años residentes y domiciliados en Colombia, desbordó los efectos inter partes que se reconoce a los fallos de tutela”, lo que contraviene el numeral 6.º del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991.

Al respecto, indicaron que la “jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional también ha puesto de presente que la decisión que le corresponde adoptar al juez de tutela no puede producir efectos erga omnes, en razón a que su competencia está limitada a definir la situación fáctica puesta a su conocimiento.” Únicamente, “la Corte Constitucional, como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, puede amplificar los efectos de sus fallos a otras personas que se encuentren en circunstancias similares a las del accionante, en virtud de las figuras de efectos “inter pares” o “in ter comunis”.

Aunado a lo anterior, refirieron que el juicio de igualdad realizado en el fallo de primera instancia fue desde una perspectiva abstracta y no concreta, como correspondía, pues no se limitó “a analizar la situación particular de cada uno de los demandantes, ni cómo estos podrían verse afectados por el aislamiento ordenado por los actos administrativos cuestionados.” Por tal razón, consideran que no existió una valoración probatoria “completa, racional ni lógica que en el marco de la sana crítica llevara al juez concluir que con la decisión adoptada en efecto se están protegiendo los derechos fundamentales de los accionantes y de toda la población mayor de 70 años.”

Por el contrario, afirman que “la a quo se basó en juicios generales, no particulares, y, sin exponer ninguna justificación, otorgó -como se mencionó- efectos erga omnes a la decisión. Tal proceder resulta particularmente grave si se tiene en cuenta que en el curso del proceso no se probó que todos los adultos mayores se encontraban en la misma situación de hecho y de derecho de los actores, y que todos estaban de acuerdo con el propósito perseguido por los demandantes en la presente acción de tutela, concretamente, en punto al cuestionamiento imputado a la medida de aislamiento y a las pretensiones del amparo deprecado.”

x. Finalmente, aluden que la decisión con efectos erga omnes, “solo podía ser considerada, en gracia de discusión, de haberse encontrado acreditado en el proceso que los demandantes

tenían la representación legítima de todos los adultos mayores de 70 años residentes y domiciliados en Colombia, y, por tanto, que todo ese grupo poblacional, sin excepciones, compartía los propósitos perseguidos con la tutela, encontrándose en la misma situación de los demandantes.” Sin embargo, tal circunstancia “no sucedió y, por tanto, el fallo adoptado, en tanto alude indiscriminadamente a toda la población de adultos mayores de 70 años, desborda sin ninguna justificación el alcance de la acción de tutela.

Por lo expuesto, las accionadas solicitan que el fallo de primera instancia sea revocado, pues la a quo excedió sus competencias dentro del mismo.

10.3. Ministerio del Interior

Impugnó¹⁵ el fallo proferido dentro de la presente acción constitucional, a través de la jefe encargada de la oficina jurídica, señalando que coadyuva la impugnación presentada por la presidencia de la República y el Ministerio de Salud y Protección Social, por tanto, acoge todos los planteamientos allí esgrimidos, por lo que solicita que se revoque la decisión de primera instancia, y en su lugar, se niegue el amparo pretendido.

De manera adicional, hizo referencia al escrito denominado “Ref. Respuesta a su solicitud sobre tasa de contagio y letalidad en población mayor de 70 años en Colombia” de fecha 8 de julio de 2020, suscrito por la directora del Instituto Nacional de Salud, en el que indicó:

“En Colombia hay 50.372.424 habitantes, de los cuales 3.013.319 son adultos mayores de setenta años, lo que corresponde al 6% del total de la población colombiana.

A corte de 7 de julio, se reporta un total de 124.494 casos de Covid-19 en Colombia, de los cuales 8.786 corresponden a mayores de 70 años, esto equivale a un 7% de los casos.

Las anteriores cifras para decir que, de un total de 4.359 muertes producidas a la fecha en Colombia por causa del Covid-19, 2.152 muertos pertenecen al grupo de mayores de 70 años, es decir, el 49% del total de las muertes en el país.”

En vista de lo anterior, el informe concluye que, “la letalidad de la enfermedad corresponde a la proporción de personas enfermas que mueren. La concentración de muertes en el grupo de mayores de 70 años descrita en el punto anterior, se debe a la alta letalidad de Covid-19 en este grupo poblacional. En el caso de los mayores de 70 años este parámetro, la letalidad, es más alto que en todos los demás grupo de edad. Así de un total de 8.786 enfermos pertenecientes a este grupo, 2.152 mueren (24%). Lo que quiere decir que uno de cada cuatro pacientes de Covid-19 mayores de 70 años fallece por esta causa.”

10.4. Señor Marco Antonio García Martínez

Impugnó el fallo proferido en primera instancia, indicando que cuenta con interés jurídico, por ser persona con edad cronológica de 71 años de edad, además con legitimidad en causa de conformidad con la providencia de admisión de la acción de tutela, en la que se vinculó los terceros indeterminados que consideraran tener o legitimación para actuar.

Pese a lo anterior, es preciso señalar que esta impugnación no será tenida en cuenta, dado que el señor Marco Antonio García Martínez no manifestó su interés para ser parte dentro

¹⁵ Documento No. 26 expediente digital

del proceso dentro del término concedido por la juez de instancia en el auto de 19 de junio de 2020, esto es, hasta el 24 de junio de 2020, pues como se indicó en el acápite # 8 de este proveído, no hubo pronunciamientos por parte de ninguna persona interesada en dicho lapso.

11. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA SALA

11.1. COMPETENCIA

La Sala es competente para conocer las impugnaciones interpuestas por la Procuraduría General de la Nación, la presidencia de la República, el Ministerio de Salud y Protección Social y el Ministerio del Interior, contra el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Sesenta y Uno (61) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, en virtud de lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 del 26 de mayo de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 1983 de 2017.

11.2. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala establecer si, ¿la presidencia de la República, el Ministerio de Salud y Protección Social y el Ministerio del Interior, incurrieron en violación de los derechos fundamentales a la igualdad, libertad de locomoción y libre desarrollo de la personalidad de los accionantes con la expedición de los Decretos 749 de 28 de mayo y 847 de 14 de junio de 2020, y las Resoluciones 464 de 18 de marzo y 844 de 26 de mayo de 2020, por medio de los cuales impusieron restricciones a la movilidad de las personas mayores de 70 años durante el periodo de aislamiento ordenado a causa de la pandemia covid-19, o si por el contrario, como lo señalan las entidades accionadas, la acción de tutela es improcedente, como quiera que los actores cuentan con medios ordinarios de defensa que deben ser agotados para controvertir la legalidad y constitucionalidad de los actos administrativos mencionados?

11.3. TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

11.3.1. Tesis de la parte accionante

Consideran que, las accionadas vulneraron sus derechos fundamentales al ordenar un aislamiento más amplio a las personas mayores de 70 años frente al resto de la población, y no permitirles realizar ejercicio por el mismo lapso de tiempo establecido para los menores de 70 años durante la semana, esto es, durante dos horas al día.

11.3.2. Tesis de la parte accionada

Las entidades consideran que no han vulnerado los derechos fundamentales de los demandantes, toda vez que las medidas de aislamiento decretadas para las personas mayores de 70 años son: (i) razonables, (ii) desarrollan el principio de solidaridad, (iii) no son discriminatorias y están plenamente justificadas; así mismo, por cuanto, (iv) tal diferenciación es idónea, necesaria y proporcional, pues cumple con el objetivo de protección para el cual fue concebida y, (v) es imprescindible para controlar la expansión de la pandemia covid-19 en ese sector específico de la población.

Adicionalmente, sostienen que la acción de tutela es improcedente, pues los actores cuentan con otros medios de defensa judiciales para buscar la protección aquí invocada.

11.3.3. Tesis del juzgado de instancia

Amparó de los derechos fundamentales de los accionantes, debido a que: (i) la acción de tutela resulta ser el mecanismo eficaz e idóneo para debatir las medidas contenidas en las Resoluciones 464 del 13 de junio de 2020 y 844 del 26 de mayo de 2020, proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, y los Decretos 457 del 22 de marzo de 2020, 749 del 28 de mayo de 2020 y 847 del 14 de junio de 2020, proferidos por el Gobierno nacional en relación con la población mayor de 70 años; (ii) el mecanismo judicial ordinario de defensa no es suficiente para conseguir la protección requerida ante la configuración de un perjuicio irremediable; (iii) las medidas adoptadas generan una grave afectación en la salud de las personas mayores de 70 años; así mismo, incurren en desigualdad frente a los demás ciudadanos mayores edad, por cuanto a estos no se “les impone el lastre de la fijación de una carga mayor en tiempo” frente a la cuarentena y, finalmente, resultan desproporcionadas, dado que para alcanzar el mismo nivel de protección para la población mencionada, se puede acudir a una medida menos restrictiva.

11.3.4. Tesis de la Sala

La Sala considera que la acción de tutela se torna procedente en este asunto a pesar de dirigirse contra actos de carácter general, impersonal y abstracto, como son los Decretos 749 de 28 de mayo y 847 de 14 de junio de 2020 proferidos por el presidente de la República, habida consideración que quedó demostrado que la diferenciación contenida en tales normas para que los adultos mayores de 70 años pudieran desarrollar actividades físicas y ejercicio al aire libre durante un periodo menor de tiempo, en relación con las personas entre los 18 y 69 años, no tuvo una justificación legítima, importante, imperiosa, adecuada y necesaria, en tal medida, con la decisión allí contenida se vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, no discriminación y dignidad humana de los accionantes, en su condición de personas adultas mayores de 70 años.

En consideración a lo anterior, se modificará la sentencia de primera instancia, para en su lugar, ordenar el amparo los derechos fundamentales de los accionantes, así como la suspensión transitoria de los efectos del artículo 3, numeral 35, inciso 5.º del Decreto 749 del 28 de mayo de 2020, modificado por el artículo 1 del Decreto 847 del 14 de junio de 2020, que dispone: “El desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre de los adultos mayores de 70 años, tres (3) veces a la semana, una (1) hora al día”, hasta tanto se resuelva en sede judicial la demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra tales actos administrativos, la que debe ser tramitada por los accionantes.

Así mismo, se adicionará un numeral ordinal para otorgar efectos *inter comunis* a lo decidido en el fallo de tutela y, por tal razón, se extiende a todos los adultos mayores de 70 años, habida consideración que se cumplen las circunstancias dadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para el efecto, al “constatarse un grupo en condiciones objetivas similares”¹⁶ y “con el propósito de garantizar en mayor medida la salvaguarda de los derechos constitucionales fundamentales, no solo de las personas que acudieron al mecanismo constitucional, sino de quienes omitieron hacerlo, pese a que se encuentran en igualdad de condiciones con aquellos”¹⁷.

Por otra parte, en lo que respecta a las restantes órdenes adoptadas en el numeral ordinal segundo del fallo de primera instancia, se revocarán, pues no se encuentra demostrada la

¹⁶ C. Const., Sent. SU-011, mar. 8/2018. M.P. Diana Fajardo Rivera y Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁷ C.E., Sec. Primera, Sent. 2020-00156-00, jun.1/2020. M.P. Oswaldo Giraldo López.

justificación de tales medidas, y adicionalmente, se consideran innecesarias para el fin perseguido en esta acción de tutela, que es la protección de los derechos fundamentales de los accionantes, y por extensión de los efectos del fallo, a la población mayor de 70 años.

Para resolver el problema planteado, se hace necesario realizar el siguiente análisis:

12. CARÁCTER SUBSIDIARIO Y RESIDUAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela es una acción pública de carácter subsidiaria, residual y autónoma, por ella es posible ejercer el control judicial de las acciones u omisiones de los órganos públicos o de los entes privados que puedan vulnerar derechos fundamentales, a través de un procedimiento preferente y sumario, salvo las excepciones establecidas en la ley para su procedencia.

Sobre su carácter subsidiario y residual, el artículo 86 constitucional dispone que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, cuando la acción u omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, vulnera o amenaza tales derechos constitucionales.

En este sentido, en armonía con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, sólo procede la acción de tutela cuando:

- (i) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, caso en el cual la tutela entra a salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados;
- (ii) cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados o,
- (iii) cuando existiendo el medio idóneo alternativo de defensa judicial, la acción de tutela es necesaria como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales.

Y resulta improcedente en los siguientes eventos, taxativamente señalados en la norma:

- (i) Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante;
- (ii) Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus;
- (iii) Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable;
- (iv) Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho;
- (v) Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

13. ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A ACTOS DE CARÁCTER GENERAL, IMPERSONAL Y ABSTRACTO

En relación con este derrotero, se reitera que el artículo 6, numeral 5.º del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela no procede cuando se trate de actos de carácter

general, impersonal y abstracto. Al respecto, la Corte Constitucional, al analizar dicha norma, señaló en la sentencia C-132 de 2018¹⁸, que:

“Habiendo sido concebido como un mecanismo excepcional **para la protección individual o subjetiva de los derechos fundamentales**, en principio, la acción de tutela no constituye el medio apto para impugnar judicialmente actos administrativos de carácter general o impersonal, debido a que en el ordenamiento están previstos otros medios de verificación de constitucionalidad y de legalidad que permiten el examen de esta clase de actuaciones, entre ellos los establecidos en los artículos 135 y 137 de la Ley 1437 de 2011, dispuestos como herramientas procesales aptas para acusar los actos administrativos de carácter general por vulneración de normas de superior jerarquía.

A estos instrumentos se agrega lo establecido en el artículo 241-5 de la Carta Política, en virtud del cual la Corte es competente para *“Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación”*. Se trata de un medio de control respecto de un acto de carácter general, expedido por el Ejecutivo en ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso de la República, para que el Gobierno actúe excepcionalmente como legislador, por lo que se le reconoce materialmente como una Ley”

Es decir, la razón por la cual es improcedente la acción de tutela contra actos de carácter general es la existencia de otros medios de impugnación ordinarios frente a los mismos, que se encuentran consagrados en el ordenamiento jurídico, y a través de los que se puede buscar que se verifique su constitucionalidad o legalidad.

En el mismo sentido, encuentra la Sala que la jurisprudencia de la Corte ha sido unánime y pacífica en cuanto a las excepciones al principio de subsidiaridad, que permitirían la procedencia de la acción de tutela, en este punto ha enfatizado:

“Como se observa, desde sus inicios hasta la actualidad la Corte Constitucional ha enseñado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, según sus pronunciamientos a pesar de la existencia de otros mecanismos judiciales llamados ordinarios es posible acudir al medio excepcional previsto en el artículo 86 superior, como ocurre cuando se trata de actos administrativos bien sean éstos subjetivos o de carácter impersonal, siempre y cuando los instrumentos judiciales comunes u ordinarios no cumplan con los criterios de eficacia e idoneidad requeridos para la adecuada protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados.”

Precisamente, para el caso que nos ocupa, el art. 237 de la Constitución Política señaló que, dentro de las funciones del Consejo de Estado se encuentra aquella contemplada en el numeral 2.º, que preceptúa:

¹⁸ C. Const. Sent., C-132, nov. 28/2018. M.P. Alberto Rojas Ríos

“2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.”

Siguiendo esta línea, se observa que el art. 241 de la Constitución Política estableció que, a la Corte Constitucional le corresponde, entre otras atribuciones, la de: “7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.”

En este sentido, los decretos que regula el artículo 215 de la Constitución Política son aquellos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar una crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Así, la norma señala:

“ARTICULO 215. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.”

Por lo tanto, cuando se trata de analizar la constitucionalidad o legalidad de decretos que no tienen fuerza de ley, esto es, que no fueron expedidos de conformidad con lo dispuesto en el art. 215 de la CP, así sean dictados en el marco de la declaratoria de un estado de emergencia, el Consejo de Estado es el órgano judicial que tiene asignada tal función, como lo señala expresamente el art. 237 de la Constitución Política. En esta medida, la acción de tutela resulta improcedente si está dirigida contra un acto como el antes señalado, pues como lo puso de presente la Corte Constitucional¹⁹, este mecanismo no constituye el medio apto para impugnar judicialmente esta clase de actos.

Sin embargo, atendiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional en asuntos similares al presente, en los que se ha abordado la procedencia de la acción de tutela cuando la vulneración deviene de un acto de carácter general, impersonal y abstracto, se deben analizar las condiciones particulares de cada caso concreto para determinar si procede de manera excepcional.

En este sentido, un primer aspecto sobre el cual se debe detener la Sala es el relativo a la subsidiaridad de la tutela, al respecto, y de acuerdo con lo previamente dicho, se puede identificar como regla general que la tutela no es el mecanismo principal de protección sino que tiene un carácter subsidiario, que se encuentra justificado²⁰ por el respeto al juez natural de las causas judiciales, toda vez que el supuesto de partida es que en el Estado social de derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar la protección de los derechos fundamentales²¹.

¹⁹ C. Const. Sent., C-132, nov. 28/2018. M.P. Alberto Rojas Ríos

²⁰ “El carácter residual obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución Política a las diferentes autoridades judiciales, lo cual se sustenta en los principios constitucionales de independencia y autonomía de la actividad judicial.” C. Const. Sent. T-230, Abr. 18/2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²¹ C. Const. Sent. T-723, Sept. 13/2010, M.P. Juan Carlos Henao López.

Por ende, las excepciones al principio de subsidiaridad desarrolladas a partir del inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política²² por la jurisprudencia constitucional son aplicables, bien respecto de actos administrativos de contenido subjetivo o de carácter impersonal o general, y han sido interpretadas por la Corte Constitucional, así:

- i) Que se compruebe que el mecanismo judicial ordinario diseñado por el Legislador no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; o
- ii) Que “siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela²³”

Así, en la sentencia SU- 961 de 1999²⁴ se estableció que en cada caso particular el juez de tutela deberá valorar e identificar si el mecanismo judicial ordinario procedente ofrece una protección integral y eficaz, si se determina que no es así, la protección constitucional podrá otorgarse de dos formas, a saber:

- i) Si las acciones ordinarias son lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero no son lo completamente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria.
- ii) Si las acciones comunes no ofrecen la resolución del problema de forma integral, en este evento, procede la concesión de la tutela de manera directa, como el mecanismo idóneo de protección de los derechos fundamentales.

Para establecer la idoneidad del mecanismo judicial ordinario, la Corte Constitucional ha señalado que:

“el requisito de la idoneidad ha sido interpretado por la Corte a la luz del principio según el cual el juez de tutela debe dar prioridad a la realización de los derechos sobre las consideraciones de índole formal capaces de sacrificar el contenido material de aquellos”

Es así como, la idoneidad implica el desarrollo del principio según el cual el derecho sustancial prevalece sobre el derecho formal, toda vez que están inmiscuidos derechos de rango constitucional que deben ser protegidos de manera efectiva. Partiendo de estos puntos de estudio, el juez constitucional ha de establecer si en el caso concreto el mecanismo judicial ordinario es el idóneo para la protección del derecho o derechos fundamentales invocados.

Una vez efectuado el estudio, en caso de llegar a establecer que el mecanismo judicial ordinario es idóneo, debe abordarse el siguiente derrotero, esto es, identificar si a pesar de su idoneidad, no puede garantizar la eficacia en la protección del derecho porque es inminente la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En este punto, el análisis judicial ha de enfocarse en establecer la configuración del perjuicio irremediable. En la misma providencia señalada anteriormente²⁵, el alto tribunal de lo constitucional se encargó de

²² “Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

²³ C. Const. Sent. T-705, Sept. 4/2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁴ C. Const. Sent. SU 961, Dic. 1/1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁵ C. Const. Sent. T-230, Abr. 18/2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

establecer cuatro elementos que deben concurrir para diferenciar la configuración de este, así:

- i) el perjuicio ha de ser inminente, es decir, que está por suceder;
- ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes;
- iii) el perjuicio debe ser grave, esto es, susceptible de generar un daño trascendente en el haber jurídico de una persona; y
- iv) exige una respuesta impostergable para asegurar la debida protección de los derechos comprometidos.

Así las cosas, ateniendo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en asuntos similares al presente, en los que se ha abordado la procedencia de la acción de tutela cuando la vulneración deviene de un acto de carácter general, impersonal y abstracto, se deben analizar las condiciones particulares de cada caso concreto para determinar si procede de manera excepcional.

Por lo tanto, solo en el evento que el asunto analizado supere el análisis de procedencia, se podrá entrar a determinar si existió o no vulneración de los derechos fundamentales de quienes accionan, y si se requiere una protección inmediata, por la amenaza o vulneración tales derechos constitucionales por parte de la autoridad pública.

14. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LOS DERECHOS DE LOS ADULTOS MAYORES

14.1 Marco Constitucional

Desde la consagración de Colombia como Estado social de derecho, lo que aconteció con la expedición de la Constitución Política de 1991, uno de los pilares de nuestro ordenamiento jurídico es el derecho a la igualdad, consagrado en el preámbulo de la Carta Política, y especialmente en el artículo 13 superior, que es del siguiente tenor:

“Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Como puede verse, tal precepto establece una igualdad formal o en sentido negativo, pues prohíbe discriminar en razón a determinados factores y una igualdad material o afirmativa, que impone al Estado el deber de adoptar medidas a favor de grupos históricamente discriminados para la reivindicación de sus derechos, entre ellos, los niños, las personas en situación de discapacidad y los adultos mayores.

En esta medida, la Carta Política se encargó de establecer de manera específica, que: **i)** “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará

medidas en favor de grupos discriminados o marginados”; y **ii)** que, “protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

En relación con este ultimo grupo poblacional, el artículo 46 de la Constitución consagró una obligación de concurrencia entre el Estado, la sociedad y la familia para su protección y asistencia, en los siguientes términos:

“Artículo 46. El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.

El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia”.

Por su parte, la Corte Constitucional ha catalogado a los adultos mayores como grupo vulnerable, por tanto, acreedores de una especial protección constitucional, en atención a la opresión, maltrato o abandono al que pueden encontrarse sometidos, dadas sus condiciones físicas, económicas o sociológicas, que los diferencian de otros colectivos²⁶.

Adicionalmente, la Corte ha reconocido que si bien uno de los mayores logros de la humanidad ha sido ampliar la esperanza de vida, ello no ha redundado en una mejora de la calidad de vida de las personas de la tercera edad, quienes en algunos casos se han visto excluidas por parte de la sociedad, debido a prejuicios derivados de su edad y su presunta incapacidad para desarrollar ciertas tareas.

Por tal razón, es importante que los adultos mayores gocen de un trato preferencial en aras de evitar que sus derechos fundamentales sean soslayados, garantizar la igualdad efectiva, generar espacios de participación en los que puedan ser incluidos dentro de la sociedad y puedan valorarse sus contribuciones a la misma²⁷.

Finalmente, aunque parece evidente en el actual contexto constitucional, la Corte se ha visto en la necesidad de recordar que, “los adultos mayores no pueden ser discriminados ni marginados en razón de su edad, pues además de transgredir sus derechos fundamentales, se priva a la sociedad de contar con su experiencia de manera enriquecedora”²⁸.

14.2 Instrumentos internacionales de Derechos Humanos

De otra parte, es importante resaltar que la comunidad internacional ha establecido el cuidado de la vejez como una obligación de los Estados constitucionales. Algunos de los instrumentos que protegen a las personas de la tercera edad hacen parte del llamado bloque de constitucionalidad, por tanto, prevalecen en el orden interno, y los derechos consagrados en la Carta Política deben ser interpretados de conformidad con los mismos (art. 93 CP).

Así, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), aprobada por Colombia a través de Ley 16 de 1972, dispone en el artículo 1.1., que: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su

²⁶ Ver entre otras sentencias, T-239 de 2016, T-383 de 2015, T-707 de 2014, T-799 de 2013, T-1069 de 2012 y T-315 de 2011.

²⁷ C. Const. Sent., T-252, abr. 26/2017. M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo

²⁸ C. Const. Sent., T-935, nov. 13/2012. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

jurisdicción, **sin discriminación alguna** por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” (Negrita de la Sala).

Igualmente, el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Colombia a través de la Ley 319 de 1996, estableció en el artículo 17 la obligación de protección progresiva de los Estados a favor de la población de la tercera edad, en los siguientes términos:

“Artículo 17. Protección de los Ancianos Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a: a. proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas; b. ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos; c. estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos”.

14.2.1 Otros preceptos, como el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos otorgan una protección indirecta a las personas de la tercera edad, al establecer el derecho que tiene toda persona a un nivel de vida adecuado, el cual comprende no solo la satisfacción de las necesidades básicas, sino también los seguros en caso de vejez.

Igual acontece con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmando en 1966 y ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, instrumento que consagra en el artículo 9.º, el derecho de toda persona a la seguridad social.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales emitió la Observación General No. 6 de 1995, en la que especificó las obligaciones de los Estados en relación con las personas de la tercera edad, esto es, igualdad de derechos de hombres y mujeres, derecho al trabajo, derecho a la seguridad social, protección de la familia, nivel de vida adecuado, salud física y mental, educación y cultura.

14.2.2 Ahora, si bien otros convenios y declaraciones internacionales no forman parte del bloque de constitucionalidad, deben ser considerados al constituirse en parámetros útiles y guías de interpretación de los derechos de las personas de la tercera edad. En tal sentido, la Resolución No. 46 de 1991 de la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó los principios de independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad de las personas de edad y exhortó a los gobiernos a que los incorpore a sus programas nacionales.

Por su parte, la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, dispuso que los Estados partes de la Comunidad Andina prestarían atención a temas prioritarios, con miras a mejorar la promoción y protección de los derechos de los adultos mayores, entre ellos:

“1. La protección a los adultos mayores contra toda forma de discriminación y de violencia, incluida la violencia familiar. 2. La facilitación de atención oportuna a los adultos mayores en las

dependencias y servicios públicos y privados. 3. La participación de los adultos mayores y sus organizaciones en la toma de decisiones sobre asuntos públicos que les concierne. 4. La protección efectiva del derecho de los adultos mayores a la seguridad social, en particular en lo relativo a los derechos y garantías relacionados con la jubilación laboral. 5. La promoción de la participación e integración de los adultos mayores en la sociedad”.

14.2.3 También es importante referir que Colombia adoptó el Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento, dirigido a la promoción y protección de los derechos humanos de los ancianos, el cual se encuentra estructurado en torno a tres prioridades: **(i)** las personas de edad y el desarrollo, **(ii)** el fomento de la salud y el bienestar en la vejez, y **(iii)** la creación de entornos propicios y favorables.

Posteriormente, con la Declaración de Brasilia los Estados partes de la CEPAL, entre ellos Colombia, reafirmaron su compromiso de no escatimar esfuerzos para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas de edad, trabajar en la erradicación de todas las formas de discriminación y violencia, así como también crear redes de protección de las personas de edad, para hacer efectivos sus derechos.

14.2.4 De otra parte, pese a que la fecha no ha sido firmada por Colombia²⁹, es oportuno hacer referencia a la reciente adopción de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, como instrumento jurídico que amplía el análisis de la normativa objetada, cuyo objetivo es el de “promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales **de la persona mayor**, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad.”

Una especial atención merece el artículo 3.º, que establece como principios generales de la convención: “La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor”, “la igualdad y no discriminación” y, “La participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad”.

Así mismo, esta normativa se refiere de manera significativa a la igualdad y no discriminación por razones de la edad, señalando que queda prohibida la discriminación por edad en la vejez; por tal razón los Estados partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar a la persona mayor el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad hasta el final de sus días, en igualdad de condiciones que otros sectores de la población (arts. 5 y 6).

Reconoce, además, “el derecho de la persona mayor a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos” (art. 7). Por tal razón, indica que se debe asegurar, “El respeto a la autonomía de la persona mayor en la toma de sus decisiones, así como a su independencia en la realización de sus actos.”

Estableció también el derecho a la participación activa, productiva, plena y efectiva de las personas mayores en la comunidad y la sociedad (art. 8.º); y señaló que las personas

²⁹ Como se verifica en la página web http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp

mayores deben disfrutar del derecho a la libertad personal y que nada justifica la privación o restricción arbitraria de la misma (art. 13).

Acorde con lo anterior, el art. 15 de la Convención dispone que “**La persona mayor tiene derecho a la libertad de circulación**, a la libertad para elegir su residencia y a poseer una nacionalidad en igualdad de condiciones con los demás sectores de la población, **sin discriminación por razones de edad.**” (Negrita de la Sala). Y finalmente, se considera importante hacer referencia al art. 19, el cual reconoce que la persona mayor tiene derecho a la salud física y mental, **sin ningún tipo de discriminación.**

Finalmente, previó el derecho de las personas mayores a la recreación, la actividad física, el esparcimiento y el deporte (art. 22); consagró el derecho a la movilidad personal (art. 26) y reconoció que las personas mayores tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás en todos los aspectos de la vida (art. 30).

En consecuencia, para la Sala no existen dudas sobre el hecho de que las personas mayores tienen derecho a una protección reforzada positiva, por ende, esta especial situación demanda la adopción de medidas diferenciadas, pero no discriminatorias. En tal virtud, la Convención menciona medidas particulares como promover y proteger los derechos humanos, y eliminar la discriminación contra las personas adultas mayores.

14.2.5 De otra parte, a nivel de legislación se debe precisar que en vigencia de la Constitución Política de 1886 se dictaron varias normas tendientes a la protección de las personas de la tercera edad, a saber: la Ley 29 de 1975³⁰, el Decreto Ley 2011 de 1976³¹, la Ley 48 de 1986³², y el Decreto 77 de 1987³³. Sin embargo, el presente estudio hará énfasis en aquellas dictadas con posterioridad al año 1991, es decir, en vigencia de la actual Carta Constitucional.

La primera de ellas, es la **Ley 931 de 2004**, cuyo objeto fue la protección especial por parte del Estado de los derechos que tienen los ciudadanos a ser tratados en condiciones de igualdad, sin que puedan ser discriminados en razón de su edad para acceder al trabajo.

Seguidamente, la **Ley 687 de 2007** autorizó a las asambleas departamentales y a los concejos municipales a emitir una estampilla con la finalidad de obtener recursos para contribuir a la dotación, funcionamiento y desarrollo de los programas de prevención y promoción de los Centros de Bienestar del Anciano y Centro de Vida para la Tercera Edad, en cada una de sus respectivas entidades territoriales.

Posteriormente, la **Ley 1091 de 2006** reconoció a todo colombiano mayor de 65 años y residente en el país como “Colombiano de Oro”, calidad que le concede ciertos beneficios.

A su vez, la **Ley 1171 de 2007** otorgó a las personas mayores de 62 años beneficios para garantizar sus derechos a la educación, la recreación, la salud y propiciar un mejoramiento en sus condiciones generales de vida.

³⁰ “Por el cual se faculta al Gobierno Nacional para establecer la protección a la ancianidad y se crea el Fondo Nacional de la Ancianidad desprotegida”

³¹ “Por el cual se organiza la protección nacional a la ancianidad”

³² “por la cual se autoriza la emisión de una estampilla pro - construcción, dotación y funcionamiento de los centros de bienestar del anciano, se establece su destinación y se dictan otras disposiciones”.

³³ “Por el cual se expide el estatuto de descentralización en beneficio de los municipios”

Así mismo, a través de la **Ley 1251 de 2008** se dictaron normas tendientes a procurar la protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores. Así, el art. 1.º de la norma señala que su objeto es el de, “proteger, promover, restablecer y defender los derechos de los adultos mayores, orientar políticas que tengan en cuenta el proceso de envejecimiento, planes y programas por parte del Estado, la sociedad civil y la familia y regular el funcionamiento de las instituciones que prestan servicios de atención y desarrollo integral de las personas en su vejez, de conformidad con el artículo 46 de la Constitución Nacional, la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, Plan de Viena de 1982, Deberes del Hombre de 1948, la Asamblea Mundial de Madrid y los diversos Tratados y Convenios Internacionales suscritos por Colombia.”

Luego, el art. 4.º al referirse a los principios rectores para la aplicación de dicha norma, hace referencia a aquel que denominó “**Igualdad de oportunidades**”, conforme al cual “Todos los adultos mayores deben gozar de una protección especial de sus derechos y las libertades proclamados en la Constitución Política, Declaraciones y Convenios Internacionales ratificados por Colombia, respetando siempre la diversidad cultural, étnica y de valores de esta población”.

Así mismo, al ocuparse del principio de la **equidad** de esta población, señala que es “el trato justo y proporcional que se da al adulto mayor sin distingo del género, cultura, etnia, religión, condición económica, legal, física, síquica o social, dentro del reconocimiento de la pluralidad constitucional.”

La norma también consagra el principio de “**Independencia y autorrealización**”, según el cual, “El adulto mayor tiene derecho para decidir libre, responsable y conscientemente sobre su participación en el desarrollo social del país. Se les brindará las garantías necesarias para el provecho y acceso de las oportunidades laborales, económicas, políticas, educativas, culturales, espirituales y recreativas de la sociedad, así como el perfeccionamiento de sus habilidades y competencias”.

Y finalmente, de manera especial para lo que interesa en este asunto, se refiere al principio de “**No discriminación**”, en virtud del cual ordena la “Supresión de todo trato discriminatorio en razón de la raza, **la edad**, el sexo, la condición económica o la discapacidad.”

Igualmente, es preciso hacer relación a la **Ley 1276 de 2009** que modificó la **Ley 687 de 2007**, proferidas con el objeto de proteger a las personas de la tercera edad o adultos mayores de los niveles I y II de Sisbén, a través de los Centros Vida, como instituciones que contribuyen a brindarles una atención integral a sus necesidades y mejorar su calidad de vida.

Mas adelante, la **Ley 1315 de 2009** buscó garantizar la atención y prestación de servicios integrales, con calidad, al adulto mayor en las instituciones de hospedaje, cuidado, bienestar y asistencia social.

Finalmente, la **Ley 1850 de 2017** modificó las **Leyes 1251 de 2008, 1315 de 2009, 599 de 2000 y 1276 de 2009**, y estableció nuevas funciones del Consejo Nacional del Adulto Mayor; modificó los delitos de violencia intrafamiliar, maltrato mediante restricción de la libertad física, maltrato por descuido, negligencia o abandono en persona mayor de 60 años; ordenó la creación de una ruta de atención inmediata frente al maltrato contra el adulto mayor; determinó los responsables del cubrimiento de la asistencia alimentaria de adultos mayores en condiciones de abandono, descuido o violencia intrafamiliar y otorgó la

posibilidad a los municipios, distritos y departamentos de crear, construir, dotar y poner en operación las Granjas para Adultos Mayores, en aras de brindarles en condiciones dignas, albergue, alimentación, recreación y todo el cuidado que requieran

14.2.6 De acuerdo con el anterior recuento normativo a nivel nacional como internacional, se concluye que existe un amplio marco sustantivo de protección que ampara a las personas de la tercera edad, el cual los cataloga como sujetos de especial protección y proscribire cualquier tipo de discriminación contra ese grupo poblacional, reconociéndoles además, su dignidad y el derecho a auto determinarse, esto es, la posibilidad de escoger libremente sus opciones de vida, garantías que se han visto reforzadas gracias a la interpretación progresiva realizada por los órganos encargados de su protección. Ejemplo de ello es el principio de no discriminación por la edad que ha sido desarrollado por el Comité de Derechos Humanos, cuando ha analizado ciertos casos dentro de su procedimiento contencioso, y en el ámbito local, por parte de la Corte Constitucional, al garantizar los derechos fundamentales de esa población.

15. DEL CASO CONCRETO

15.1 LO PRETENDIDO

Los accionantes pretenden obtener el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, libertad de locomoción y libre desarrollo de la personalidad. Como consecuencia de lo anterior, pretenden que se ordene a las entidades accionadas la inaplicación de las Resoluciones 464 y 844 de 2020 proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, en cuanto a las medidas sanitarias de aislamiento y cuarentena preventiva para las personas mayores de 70 años, al igual que de los Decretos 749 y 847 de 2020 en cuanto les imponen una restricción más severa para realizar ejercicio físico al aire libre. Adicionalmente, que se extiendan los efectos del fallo a todos los ciudadanos que vean vulnerados sus derechos fundamentales con esas normas, sin necesidad de acudir a la acción de tutela para ello.

15.2 ANÁLISIS Y DECISIÓN

15.2.1 PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

15.2.1.1 En primer lugar, la Sala abordará el estudio de la procedencia del mecanismo constitucional de protección, y de acuerdo con las pretensiones de la misma ha de establecer dos premisas principales sobre las cuales se fundamentará el estudio de procedencia de la acción de tutela, a saber:

- i) El criterio sospechoso de discriminación por la edad, ante el cual nos encontramos.
- ii) La población objeto de las medidas, debido a que se trata de sujetos de especial protección constitucional.

En tal sentido, la Corte Constitucional ha desarrollado ampliamente los criterios sospechosos ante el problema de la discriminación, los cuales surgen de la cláusula abierta contenida en el artículo 13 de la Constitución, pero que permiten la protección del derecho a la igualdad de forma extendida a todas aquellas situaciones en las que factores como el sexo, la orientación sexual o la identidad de género; -la raza; -el origen nacional o familiar al igual que el étnico o de cualquier índole; -la edad; -la lengua; -la religión; -la opinión política o filosófica; -la pigmentación o el color de la piel; -la condición social y/o económica; -la apariencia exterior; -la enfermedad, la discapacidad o la pérdida de la

capacidad laboral, entre otros, tienen la alta potencialidad de convertirse en componentes sospechosos de discriminación³⁴.

En el caso bajo estudio los accionantes señalan que las medidas sanitarias de aislamiento y cuarentena preventiva tomadas por parte del Gobierno nacional para mitigar los efectos de la pandemia producida por el covid-19 para las personas mayores de 70 años, son diferenciadas y más restrictivas que para el resto de la población. Ante este panorama destaca inmediatamente como criterio sospechoso de discriminación el factor de la edad, puesto que una medida general para toda la población se establece de forma diferenciada y más restrictiva para las personas mayores de 70 años.

Será asunto del estudio de fondo, en caso de establecerse la procedencia de la acción, definir si en el caso concreto la edad usada como un criterio restrictivo, el cual se estima como sospechoso, es una medida que se encuentra fundamentada y necesaria. Sin embargo, basta por ahora en señalar que evidentemente nos encontramos ante este criterio.

15.2.1.2 En segundo lugar, es importante resaltar que la población respecto de la cual se cuestionan las medidas establecidas por el Gobierno nacional es la comprendida por todos los mayores de 70 años. Al respecto, como se ha dicho, la Constitución Política en el artículo 46 dispuso que las personas de la tercera edad gozan de una especial protección, en la que deben concurrir el Estado, la sociedad y la familia.

Por su parte, la Corte Constitucional al abordar el estudio de la protección constitucional de los derechos de este grupo poblacional, definió que la tutela se constituye en el medio idóneo de protección de los derechos de las personas pertenecientes a la tercera edad, así lo señaló en la sentencia T- 456 de 1994³⁵, que estudió el concepto de tercera edad y de la ancianidad, específicamente hizo alusión al postulado constitucional de protección, ahondando en los antecedentes de tal disposición constitucional³⁶, la cual se basó en priorizar en esta Constitución social y humanista por excelencia, que la tercera edad debe gozar de las garantías que le proporcionen una vida digna.

15.2.1.3 Ante este panorama, se dispone el estudio de la procedencia de la acción de tutela. Sea lo primero analizar la idoneidad del mecanismo ordinario de protección de derechos con el que cuentan los accionantes.

Cuando se trata de analizar la constitucionalidad o legalidad de decretos que no tienen fuerza de ley, esto es, que no fueron expedidos de conformidad con lo dispuesto en el art. 215 de la CP, así sean dictados en el marco de la declaratoria de un estado de emergencia, el Consejo de Estado tiene asignada tal competencia, como lo señala expresamente el art. 237 de la Constitución Política; igualmente, frente a estos actos es posible el ejercicio de los medios de control de nulidad por inconstitucionalidad (art. 135 del CPACA), o de nulidad (art. 137 *ibídem*).

Así las cosas, nuestro ordenamiento contempla unos mecanismos judiciales cuyo propósito está encaminado a definir la constitucionalidad o legalidad de los actos administrativos generales o impersonales proferidos por el Gobierno nacional, actos que en este caso los accionantes cuestionan por ser violatorios de derechos fundamentales, por lo cual se erige como judicialmente idóneo.

³⁴ C. Const. Sent. T-314, May. 4/2011, M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio.

³⁵ C. Const. Sent. T-456, Oct. 21/1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁶ Informe-ponencia para primer debate en la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente.

15.2.1.4 Al haberse definido que en el presente caso existe un mecanismo judicial idóneo para la protección de los derechos que se estiman conculcados por los accionantes, es procedente enfocar el estudio de procedencia para determinar si estamos ante la posible configuración de un perjuicio irremediable.

La alta corporación constitucional ha desarrollado el concepto de perjuicio como aquel que se presenta cuando existe un menoscabo moral o material injustificado que es irreparable, debido a que el bien jurídicamente protegido se deteriora hasta el punto de que ya no puede ser recuperado en su integridad³⁷.

En tal sentido, las medidas tomadas mediante las Resoluciones 464 y 844 de 2020 por el Ministerio de Salud y Protección Social, y en los Decretos 749 y 847 de 2020 por parte del Gobierno nacional, en cuanto son distintas para las personas mayores de 70 años, imponen una diferenciación y una restricción más severa respecto a la movilidad que para el resto de la población, por ende, comportan además del criterio sospechoso de discriminación por la edad, anteriormente estudiado, la relación conexas con el derecho fundamental a la dignidad humana, entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de autodeterminación³⁸.

Por lo tanto, es claro que el perjuicio en este caso se configura en cuanto tiene la virtud de generar un menoscabo moral del derecho fundamental a la dignidad humana de esta población, y pese a que no puede ser cuantificable por su intangibilidad, es evidente su configuración en cuanto impone un trato discriminatorio a una población vulnerable y de especial protección constitucional, que tiene incidencia en la forma como esta población se percibe en el conjunto de la sociedad y como es percibida por ésta, es decir, que el hecho de encontrarse en una edad constitutiva de vejez o ancianidad, lo que de por sí implica una disminución de las capacidades físicas, no necesariamente comporta la pérdida de autodeterminación, afectación que claramente se aprecia en la autonomía restrictiva impuesta a las personas mayores de 70 años, respecto al resto de la población.

15.2.1.5 Ahora bien, en cuanto a la inminencia o la proximidad de suceder el daño o menoscabo del derecho relevante, tanto para la población señalada, como el menoscabo del ordenamiento jurídico, se puede identificar que las medidas cuestionadas entraron a regir y produjeron y producen efectos, así: i) la Resolución 464 desde el 18 de marzo hasta el 30 de mayo de 2020; ii) la Resolución 844 desde el 26 de mayo hasta el 31 de agosto de 2020; iii) el Decreto 749 desde el 28 de mayo hasta el 1.º de julio de 2020, y iv) el Decreto 847 desde el 14 de junio hasta el 1.º de julio de 2020. Las medidas de estos decretos fueron prorrogadas hasta el 15 de julio por el Decreto 878 del 25 de junio de 2020.

Finalmente, mediante el Decreto 990 del 9 de julio de 2020, ordenó el aislamiento del 16 de julio al 1.º de agosto de 2020, y el artículo 13 derogó los Decretos 749 del 28 de mayo de 2020, 847 del 14 de junio de 2020 y 878 de 25 de junio de 2020³⁹.

³⁷ C. Const. Sent. T-225, Jun. 15/1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

³⁸ C. Const. Sent. T-291, Jun. 2/2016, M.P. Alberto Rojas Ríos.

³⁹ Ha de tenerse en cuenta que el Decreto 990 del 9 de julio de 2020, dio cumplimiento al fallo de tutela de la primera instancia de este proceso, dictado por el Juzgado 61 Administrativo de Bogotá, así:

“Que en tal medida, mientras se resuelve en sede judicial la impugnación a la acción de tutela que fuera presentada el día 8 de julio de 2020 ante el Juzgado 61 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, se aplicará como lo ordenó el Juzgado, que para todos los efectos relacionados con la posibilidad de desarrollo de actividades físicas, de ejercicio al aire libre y práctica deportiva que los adultos mayores de 70 años tendrán una restricción del desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre por un período máximo de dos (2) horas diarias, igual al de las personas que están en el rango de edad de 18 a 69 años, medida consagrada en el inciso 5 del numeral 35 del artículo 3 del presente Decreto que se podrá modificar conforme los pronunciamientos judiciales sobre el asunto.”

15.2.1.6 Frente a las medidas requeridas para superar la afectación, es claro que se demandan de manera urgente, toda vez que la vulneración a la dignidad humana, entendida como la autorrealización y autodeterminación de esta población, se continúa afectando, con el agravante de que no se pueda establecer una fecha cierta de su finalización, pues científicamente no se ha definido en el mundo cuándo se llegará a la superación de la pandemia generada por el covid-19, por lo tanto, tampoco existe certeza en establecer hasta cuándo se prorrogaran las medidas para conjurar la emergencia sanitaria, de ahí que sea necesaria la protección invocada.

15.2.1.7 Respecto a la gravedad del daño, la Corte Constitucional señaló que este depende de la importancia que el orden jurídico le concede a determinados bienes bajo su protección⁴⁰.

Es así que, al tratarse de personas de especial protección constitucional, como ya se ha definido, cuyo amparo se deriva de un lado, del deber del Estado de adoptar medidas a su favor, y de otro lado, de la obligación del Estado y de la sociedad de proteger y ayudar a las personas de la tercera edad, es innegable que su protección elevada a rango constitucional les otorga una relevancia tal, que se puede, por lo tanto, deducir que la amenaza o el daño que se le produzca a esta población se erige como grave, pues no puede permitirse que la limitación diferenciada de sus derechos fundamentales, como aquellos inherentes al ser humano como la dignidad, sea minimizada de forma alguna.

15.2.1.8 Finalmente, ha de señalarse que, por la calidad de protección elevada a rango constitucional de la población en riesgo, la acción de tutela se constituye en el medio idóneo de protección para los derechos de este grupo poblacional, pues se requiere una repuesta impostergable para asegurar la debida protección de los derechos comprometidos.

Conforme al estudio realizado, se concluye que en este caso concreto la acción de tutela es procedente para la efectiva protección, tanto de la población vulnerable y de especial objeto de protección constitucional, como de sus derechos, toda vez que:

i) La procedencia de la acción debe analizarse con base en el criterio sospechoso de discriminación por el factor de la edad, dado que en este caso se tomó una medida general para toda la población, pero de forma diferenciada, esto es, más restrictiva para las personas mayores de 70 años.

ii) La población respecto de la cual se cuestionan las medidas establecidas por el Gobierno nacional, según la Constitución Política (artículo 46), es objeto de especial protección.

iii) Si bien existen unos mecanismos judiciales idóneos para definir la constitucionalidad o legalidad de los actos administrativos proferidos por el Gobierno nacional, como los que en este caso los accionantes cuestionan por violatorios de los derechos fundamentales, se configura la necesidad de la medida para evitar la prolongación de la consumación de un perjuicio irremediable.

iv) Las medidas cuestionadas, en cuanto permiten una diferenciación y una mayor restricción en el goce de los derechos fundamentales que el resto de la población, comportan además del criterio sospechoso de discriminación por la edad, la relación conexa con el

⁴⁰ C. Const. Sent. C-132, Nov. 28/2018, M.P. Alberto Rojas Ríos.

derecho fundamental a la dignidad humana, entendida como autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de autodeterminación.

v) El perjuicio se configura al permitir que se genere un menoscabo tanto moral como físico, producto directo de la afectación del derecho fundamental a la dignidad humana de esta población, y de la discriminación en sí misma, afectación que no puede ser cuantificable pero que es evidente su configuración al imponer un trato discriminatorio a un sector de la población vulnerable y de especial protección constitucional, en cuanto limita su autodeterminación y voluntad, de forma diferenciada con el resto de la población.

vi) El menoscabo del derecho relevante en el presente caso, se puede establecer con la entrada en vigencia de las medidas cuestionadas y su continuidad, en atención a que el Gobierno nacional ha prolongado las medidas de emergencia sanitaria por el acrecentamiento del contagio en nuestro país, de ahí que sea necesario, urgente e impostergable la protección invocada.

vii) Por tratarse de una población objeto de especial protección constitucional, como es el caso de los mayores de 70 años, el daño al que se ven sometidos se configura como grave y, por lo tanto, la acción de tutela es el medio idóneo de protección para sus derechos, de forma inmediata y eficiente.

15.2.2 ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS Y JUICIO DE IGUALDAD

Dentro del contexto antes señalado, los accionantes consideran que los decretos y resoluciones cuestionadas dentro de este asunto son discriminatorias y vulneran sus derechos a la igualdad, y consecuentemente, otros derechos como la libertad de locomoción y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, dado que se acude a la edad como un criterio de diferenciación, para señalar que “las personas mayores de 70 años sólo pueden salir de sus casas tres veces a la semana por una hora para realizar actividad física, mientras que la restricción para las personas mayores de edad, pero menores de 70 es más flexible pues pueden salir todos los días hasta por dos horas.”

Por lo anterior afirman que, las medidas administrativas adoptadas por el Gobierno nacional son violatorias de sus derechos, pues “sin justificación legítima”, les limitan el derecho a la libertad de locomoción “en forma mucho más severa frente a las regulaciones establecidas para los otros adultos, pero menores de 70 años”. Este es en definitiva la esencia del reclamo de protección que demanda la parte accionante.

15.2.2 Acorde con lo anterior, para clarificar los aspectos puntuales sobre los que se centra la vulneración que alegan los accionantes, se tiene que son dos situaciones descritas en las normas cuestionadas con las que se encuentran inconformes:

15.2.2.1 Como primera medida, consideran que las Resoluciones 464 de 18 de marzo y 844 de 26 de mayo de 2020 expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, al ordenar el asilamiento preventivo de los adultos mayores de 70 años, en un primer momento hasta el 30 de mayo de 2020, y posteriormente hasta el 31 de agosto de 2020, generaron una desigualdad de este grupo etario frente al resto de la población, dado que para el momento de interposición de la acción de tutela⁴¹, las personas menores de 70 años solo tenían la medida de aislamiento hasta el 1.º de julio de 2020.

⁴¹ Documento No. 2. Expediente digital: 16-junio-2020.

15.2.2.2 En similar sentido, en lo que respecta a los Decretos 749 de 28 de mayo y 847 de 14 de junio de 2020, proferidos por el presidente de la República, no se encuentran de acuerdo en que el desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre de los adultos mayores de 70 años solo fuera permitido al principio durante tres (3) veces a la semana media hora al día, y luego, tres (3) veces a la semana una hora al día, mientras que a la población con un rango de edad entre 18 y 69 años se les permite salir todos los días hasta por dos horas, con el mismo fin.

15.2.3 Pues bien, para entrar a analizar la vulneración alegada es preciso indicar en primer lugar que, en la actualidad la diferenciación invocada respecto de las Resoluciones 464 de 18 de marzo y 844 de 26 de mayo de 2020, expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, **no existe**, dado que la propagación de la pandemia covid-19 en el país, obligó al Gobierno nacional a extender la medida de aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes en el país, limitando la libre circulación en el territorio nacional, con las excepciones contempladas, por lo que se tiene que dicha limitación inició a partir del día 25 de marzo de 2020, y en este momento, con la expedición del Decreto 1076 de 28 de julio de 2020, se encuentra vigente hasta el día 1.º de septiembre de 2020, tanto para mayores de 70 años, como para el resto de la población, sin distinción de edad.

Pese a lo anterior, y de manera anticipada a lo que se explicará más adelante, es preciso **exhortar** al Ministerio de Salud y Protección Social para que una medida como la antes descrita, no se vuelva a implementar a futuro, dado que vulnera los derechos fundamentales a la igualdad, no discriminación y dignidad humana de las personas adultas mayores de 70 años.

15.2.4 Ahora, en lo que respecta al desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre de los adultos mayores de 70 años, en efecto, hasta antes de la expedición de la sentencia de primera instancia, el Decreto 749 de 28 de mayo, modificado por el Decreto 847 de 14 de junio de 2020, solo permitía que fuera durante tres (3) veces a la semana una hora al día, mientras que a la población con un rango de edad entre 18 y 69 años se les permitía salir todos los días hasta por dos horas, con el fin de realizar actividades físicas y de ejercicio al aire libre.

En vista de lo anterior, los accionantes cuestionan la discriminación que sufren cuando se les individualiza como un grupo especial y se les impone “paternalistamente un confinamiento distinto al del resto de la población, con el argumento de que estamos en mayor riesgo y el Estado cuida mejor de nuestra salud que nosotros mismos. Esto es un irrespeto a nuestra autonomía y es discriminatorio pues el Estado no trata en forma semejante a las otras personas. Y eso es lo que cuestionamos.”

Es decir, la razón principal por la que consideran afectados sus derechos fundamentales es la imposibilidad de decidir de manera autónoma si se ejercitan al aire libre por el mismo tiempo que la población menor de 70 años, y la manera en la cual cada uno protege su salud.

Señalan además que, los Decretos 749 de 28 de mayo y 847 de 14 de junio de 2020, “no ofrece en sus considerandos razón alguna que justifique las razones del aislamiento ni tampoco justifica el trato diferenciado que supone que las personas mayores de 70 años sólo podamos practicar actividad física tres veces a la semana, mientras que la restricción para los demás adultos menores de 70 años es menos estricta pues pueden hacer ejercicio todos los días dos horas.”

15.2.5 Así las cosas, en las circunstancias relatadas es preciso referir como primera medida, que el derecho y principio a la igualdad y no discriminación aquí alegado posee un carácter fundamental para salvaguardar los derechos de las personas adultas mayores, tanto en el derecho internacional como en el interno, como se ha visto. Por consiguiente, el Estado tiene la obligación de: **i)** no introducir en el ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias; **ii)** eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio; y **iii)** combatir las prácticas discriminatorias.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-028 de 2019⁴² en relación con el derecho a la igualdad, expuso que “corresponde al Estado promover las condiciones materiales para que ese postulado sea real y efectivo, y por tanto tiene el deber de adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados, o de quienes, dada su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta; esto introduce una dimensión material de dicha garantía. De manera que, como derecho, la igualdad impone deberes de abstención, como la prohibición de discriminación y, además incorpora obligaciones de acción, esto es tratos favorables a grupos en situación de debilidad manifiesta.”

De igual manera, se observa que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana (Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251 234), recuerda que el derecho internacional de los derechos humanos no sólo prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto sea discriminatorio contra ciertas categorías de personas, aun cuando no se pueda probar la intención discriminatoria.

En este caso, la CIDH estimó que una violación del derecho a la igualdad y no discriminación se produce también ante situaciones y casos de discriminación indirecta reflejada en el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas, o en otras medidas que, aun cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables.

En vista de lo anterior, la CIDH resalta la importancia de visibilizar a las personas mayores como sujetos de derechos con especial protección y por ende de cuidado integral, con el respeto de su autonomía e independencia.

15.2.6 Ahora bien, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-028 de 2019⁴³ antes referida, que, “como la igualdad implica otorgar (i) un mismo trato a supuestos de hecho equivalentes o similares, siempre que no haya razones suficientes para darles un trato diferente; y (ii) dispensar un trato desigual a supuestos de hecho diferentes o mayormente distintos, es necesario determinar su vulneración a través de una metodología para identificar si existen o no tratamientos discriminatorios introducidos por el legislador.”

Esta metodología a la que hace referencia la Corte, es la que se conoce como **JUICIO INTEGRAL DE IGUALDAD**, dentro del cual se encuentran como primera medida los siguientes niveles:

“3.7. El test leve busca evitar decisiones arbitrarias y caprichosas del legislador, es decir, medidas que no tengan un mínimo de racionalidad. Se

⁴² C. Const., Sent. C-028 ene. 30/2019. M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁴³ C. Const., Sent. C-028, ene. 30/2019. M.P. Alberto Rojas Ríos.

ha aplicado en casos en que se estudian materias económicas, tributarias o de política internacional, o en aquellos en que está de por medio una competencia específica definida en cabeza de un órgano constitucional, o cuando, a partir del contexto normativo del precepto demandado, no se aprecia *prima facie* una amenaza frente al derecho sometido a controversia. Se justifica en el principio democrático que impone respetar la libertad del legislador, con un margen de valoración, de allí que se analice exclusivamente la legitimidad del fin y del medio, esto es que no se encuentre constitucionalmente prohibido y que el mecanismo utilizado sea adecuado.

3.8. El test intermedio, se aplica al afectarse el goce de un derecho no fundamental, o cuando existe un indicio de arbitrariedad que es susceptible de afectar la libre competencia económica. Este test examina que el fin sea legítimo e importante, porque promueve intereses públicos valorados por la Constitución o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver.

3.9. La aplicación del test estricto, opera cuando está de por medio el uso de un criterio sospechoso, a los cuales alude el artículo 13 de la Constitución, o si la medida recae en personas que están en condiciones de debilidad manifiesta, o pertenecen a grupos marginados o discriminados. También se ha utilizado cuando la diferenciación afecta de manera grave, *prima facie*, el goce de un derecho fundamental. Como su nombre lo indica, es el más exigente, pues busca establecer si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo, además de determinar si los beneficios de adoptar la medida exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales.”

En esta medida, es posible para la Sala señalar desde este momento que el test que se debe aplicar en este asunto es el estricto, para establecer si existe o no la discriminación alegada por los accionantes, frente a la prerrogativa de desarrollar actividades físicas y de ejercicio al aire libre, en su condición de adultos mayores de 70 años, **durante únicamente tres (3) veces a la semana una hora al día**, en comparación con la población con un rango de edad entre 18 y 69 años, a quienes se les permite salir todos los días hasta por dos horas con el mismo fin.

Lo anterior, como quiera que lo alegado indiscutiblemente hace referencia: **i)** al derecho a la igualdad de los accionantes, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política; así mismo, **ii)** afecta a personas que están en condiciones de debilidad manifiesta, al tratarse de adultos mayores de 70 años; y **iii)** dado que, en consideración de los accionantes, tal diferenciación afecta de manera grave el goce de sus derechos fundamentales, como la igualdad, no discriminación, libertad de locomoción y dignidad humana.

Así las cosas, superado el anterior análisis, es preciso hacer referencia a las fases establecidas por la Corte Constitucional⁴⁴, para la realización del juicio integral de igualdad:

(i) En primer lugar, se debe establecer “el criterio de comparación, patrón de igualdad o *tertium comparationis*, es decir, se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza.”

⁴⁴ C. Const., Sent. C-028, ene. 30/2019. M.P. Alberto Rojas Ríos.

(ii) En segundo lugar, corresponde definir si, “en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales.”

(iii) Y en tercer lugar, a partir de “la diferencia de trato entre situaciones o personas que resulten comparables, se determina si la distinción se justifica constitucionalmente, esto es, si los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución Política.” Para ello, se deben valorar “los motivos en los que se cimienta la medida y la finalidad que se busca”, bajo el análisis de los siguientes derroteros:

(a) El fin buscado por la medida y el medio empleado: ¿es legítimo, importante e imperioso?, y ¿es adecuado y necesario, es decir, no puede ser remplazado por otro menos lesivo?

(b) La relación entre el medio y el fin: Es decir, ¿los beneficios de adoptar la medida exceden o no las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales?

15.3 JUICIO INTEGRAL DE IGUALDAD

Así pues, con base en los parámetros expuestos con antelación la Sala procederá a realizar el juicio integral de igualdad en la situación planteada en el presente asunto, pues el mismo es necesario para determinar la vulneración de las garantías fundamentales alegadas por los accionantes, para así identificar si existen o no tratamientos discriminatorios introducidos por el Gobierno con la expedición de los Decretos 749 de 28 de mayo y 847 de 14 de junio de 2020, en lo que respecta al desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre de los adultos mayores de 70 años.

15.3.1 Criterio de comparación, patrón de igualdad o “*tertium comparationis*”

Para resolver esta fase, es preciso establecer si, ¿los supuestos de hecho expuestos, son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza?

En cuanto a este primer aspecto, se recuerda que el Decreto 749 de 28 de mayo de 2020, modificado por el Decreto 847 de 14 de junio de 2020, dispuso que el desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre de los adultos mayores de 70 años se podría realizar durante tres (3) veces a la semana una hora al día, mientras que a la población con un rango de edad entre 18 y 69 años se les permitiría salir todos los días hasta por dos horas.

Luego entonces, salta a la vista el trato diferenciado que realizan estas normas respecto de una situación de la misma naturaleza como es el desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre, trato diferenciado que se fundamenta únicamente en razones de edad, en tanto permite unas prerrogativas temporales más amplias para un rango de la población, mientras que restringe las mismas actividades para otro grupo poblacional, de manera que los supuestos de hecho expuestos son susceptibles de compararse.

15.3.1.1 Trato igual entre iguales

En esta segunda fase corresponde definir si, ¿en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales? Al respecto, y para lo que interesa en este asunto, el art. 13 de la Constitución Política dispone que todas las personas

recibirán el mismo trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación.

Por su parte, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), dispone en el artículo 1.1. que se deben respetar los derechos y libertades reconocidos y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona, **sin discriminación alguna**, entre otros, por motivos de edad.

Ahora bien, la Ley 1251 de 2008 que consagra las normas en defensa de los derechos de los adultos mayores, hizo relación al principio de “**No discriminación**”, en virtud del cual ordenó la “Supresión de todo trato discriminatorio en razón de la raza, la edad, el sexo, la condición económica o la discapacidad.”

Así mismo, consagró el principio de “**Independencia y autorrealización**”, en el sentido que “El adulto mayor tiene derecho para decidir libre, responsable y conscientemente sobre su participación en el desarrollo social del país. Se les brindará las garantías necesarias para el provecho y acceso de las oportunidades laborales, económicas, políticas, educativas, culturales, espirituales y recreativas de la sociedad, así como el perfeccionamiento de sus habilidades y competencias”.

De otra parte, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, fijó como objetivo el “promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales **de la persona mayor**, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad”, para lo cual se refirió de manera significativa a la igualdad y no discriminación por razones de la edad, señalando que de acuerdo con dicha convención, quedaba prohibida la discriminación por edad en la vejez (art. 6).

Igualmente, se considera importante hacer referencia al art. 19 de esta Convención, según el cual se reconoce que la persona mayor tiene derecho a su salud física y mental, **sin ningún tipo de discriminación**.

En vista de lo anterior, para la Sala no existe duda que cuando se trata de derechos y libertades, los adultos mayores se deben considerar iguales en trato al resto de la población, y en esta medida, tanto la Constitución Política como la Ley 1251 de 2008, y el derecho convencional, señalan que no se puede permitir ningún tipo de trato discriminatorio a los adultos mayores en razón a su edad.

Dicho trato discriminatorio, en términos de la Corte Constitucional⁴⁵, “es la conducta, actitud o trato que pretende consciente o inconscientemente - anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trate como resultado la violación de sus derechos fundamentales. El acto de discriminación no sólo se concreta en el trato desigual e injustificado que la ley hace de personas situadas en igualdad de condiciones. También se manifiesta en la aplicación de la misma por las autoridades administrativas cuando, pese a la irrazonabilidad de la diferenciación, se escudan bajo el manto de la legalidad para consumir la violación del derecho a la igualdad.”

⁴⁵ C. Const., Sent. C-177, abr. 13/2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

En consecuencia, en este asunto, tanto en el plano fáctico como jurídico se puede decir que existe un trato desigual entre iguales, en tanto los adultos mayores de 70 años gozan de los mismos derechos que las personas que están entre los 18 y 69 años, no debiéndose diferenciarlos únicamente por razón de la edad, por tanto, la medida analizada resulta discriminatoria, y por consecuencia, vulneradora del derecho a la igualdad.

15.3.1.2 Diferencia de trato entre situaciones o personas que resulten comparables

Por último, se debe determinar si la distinción antes referida en razón a la edad, para el desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre se justifica constitucionalmente, esto es, si los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución Política.

En razón a lo anterior, se abordará el análisis de los siguientes derroteros:

- (a) El fin buscado y el medio empleado en la medida adoptada en el Decreto 749 de 28 de mayo de 2020, modificado por el Decreto 847 de 14 de junio de 2020 ¿es legítimo, importante e imperioso? y, ¿es adecuado y necesario, es decir, no puede ser remplazado por otro menos lesivo?**

Para resolver este ítem, es preciso acudir a las consideraciones que fueron expuestas en los actos administrativos para tomar la medida diferenciada aquí analizada, de acuerdo con la edad de las personas habitantes en el país, para poder determinar si fue legítima, importante e imperiosa. En este sentido, se observa que la única referencia al respecto, señaló lo siguiente:

“Que el Ministerio de Salud y Protección Social en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, adoptó mediante la Resolución 464 del 18 de marzo de 2020, la medida sanitaria obligatoria de aislamiento preventivo, para proteger a los adultos mayores de 70 años, ordenando el aislamiento preventivo para las personas mayores de setenta (70) años, a partir del veinte (20) de marzo de 2020 a las siete de la mañana (7:00 a.m.) hasta el treinta (30) de mayo de 2020 a las doce de la noche (12:00 p.m.).

Que el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución 844 del 26 de mayo de 2020, con el objeto de continuar con la garantía de la debida protección a la vida, la integridad física y la salud de los habitantes en todo el territorio nacional: (i) prorrogó la emergencia sanitaria declarada mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, hasta el 31 de agosto de 2020, **(ii) extendió hasta el 31 de agosto de 2020, las medidas sanitarias de aislamiento y cuarentena preventivo para las personas mayores de 70 años, previsto en la Resolución 464 de 2020,** y (iii) extendió hasta el 31 de agosto de 2020 la medida sanitaria obligatoria de cierre parcial de actividades en centros vida y centros día, a excepción del servicio de alimentación, que deberá ser prestado de manera domiciliaria.” (Negrita de la Sala)

Ahora, si bien es cierto los considerandos de los decretos invocados por la parte actora hacen referencia a que se tomó la medida de aislamiento preventivo respecto de las personas mayores de 70 años para protegerlos en sus derechos a la vida, integridad física y salud, no es menos cierto que se echa de menos las razones fácticas y jurídicas que le sirvieron de sustento para tomarla de manera más restrictiva respecto de los adultos mayores de 70 años,

para realizar actividades físicas y de ejercicio al aire libre, toda vez que la misma medida es menos restrictiva en relación con la población que se encuentra en el rango de edad entre los 18 y 69 años.

Por tanto, para la Sala es evidente que en las consideraciones de la normativa invocada como vulneradora de las garantías de la parte actora, no se consignaron las razones por las cuales se tomaron las medidas restrictivas en relación con el segmento de la población que supera los 70 años, lo que conlleva una limitación de los derechos fundamentales de tal población, sin motivo.

Ahora bien, al abordar las razones de la medida general de aislamiento para los adultos mayores de 70 años, prevista en las Resoluciones 464 del 18 de marzo y 844 del 26 de mayo de 2020 expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, se tiene que fueron las siguientes:

- En primer lugar, estos actos indicaron que la medida sanitaria de aislamiento era necesaria para proteger a los adultos mayores de 70 años.
- Que, el artículo 46 de la Constitución política contempla que, “el Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y les garantizará los servicios de seguridad social integral.”
- Que, “de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 95 de la Carta, toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad, y obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.”
- Que la Ley 1751 de 2015 señala en el artículo 10 como deberes de las personas frente al derecho fundamental a la salud, los de “propender por su autocuidado, el de su familia y el de su comunidad y el de actuar de manera solidaria ante situaciones que pongan en peligro la vida y la salud de las personas.”
- Que los artículos 11 y 15 de la misma normativa, prevén que el adulto mayor hace parte de los sujetos de especial protección, y que el Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, como uno de los elementos fundamentales del Estado Social de Derecho”.
- Y finalmente, señaló que las personas adultas mayores de 70 años, es la población más vulnerable frente al coronavirus covid-19, de tal manera que era necesario, “en el marco de la emergencia sanitaria, dictar medidas de protección sanitaria transitoria consistente en el aislamiento preventivo obligatorio, para esta población.”

Así las cosas, de la lectura de tales consideraciones es preciso indicar que, si bien aluden a que se tomaron como forma de protección de las personas mayores de 70 años, no solo por esa razón se puede considerar que la medida es legítima, dado que conlleva una restricción más severa en razón únicamente a la edad, en comparación con el resto de la población adulta, dado que frente al virus que produce la enfermedad del covid-19 toda la población está en el mismo nivel de riesgo de ser contagiado, por lo menos científicamente no se ha determinado que los mayores de 70 años tengan un mayor nivel de contagio, distinto es el tema de las consecuencias que puede conllevar el contagio para esta población.

Sobre este aspecto, las entidades accionadas en el trámite de la presente acción indicaron que de acuerdo con los antecedentes de la pandemia covid-19, “el proceso de envejecimiento trae de manera consecuente un sistema inmune debilitado o inmunodepresión lo que hace que las personas adultas mayores presenten una disminución en la capacidad de combatir infecciones, lo que los hace la población más susceptible de enfermarse”, por ende, sea la más vulnerable frente a la covid-19.

Así mismo, señalaron que “la proporción de muertes que aportan los adultos de setenta (70) años y más años de edad, representa el 49% de las defunciones por COVID-19 que han ocurrido desde el 6 de marzo hasta el 20 de junio de 2020.” Por tal razón, consideran que ante la ausencia de un mecanismo farmacológico para tratar o curar la covid-19, las medidas de aislamiento y distanciamiento social para este grupo de la población constituyen las principales herramientas para enfrentar el virus, tal como lo recomendó la Organización Mundial de la Salud.

En cuanto a la medida puntal de desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre, indicaron que, “Si bien hay diferencias con relación a los otros adultos en cuanto al tiempo que pueden realizar actividades físicas, cabe precisar que no se les anula por completo la posibilidad de salir de sus residencias para hacer ejercicio, sino que únicamente se les limita en cuanto al tiempo, y que esto se justifica en la necesidad de proteger el sistema de salud y la salud, no solo de los adultos mayores de 70 años, sino también de la población en general.”

También afirman que contemplaron “las recomendaciones mundiales sobre actividad física para la salud de la Organización Mundial de la Salud – OMS para adultos mayores de 65 años, que señala que la actividad física consiste en la práctica de ejercicio durante el tiempo libre o los desplazamientos -por ejemplo, mediante paseos a pie o en bicicleta-, actividades ocupacionales -cuando la persona desempeña todavía una actividad laboral-, tareas domésticas, juegos, deportes o ejercicios programados, en el contexto de las actividades diarias, familiares y comunitarias. Esto resulta fundamental, toda vez que no se puede advertir de la actividad física que se requiere es solamente realizable en espacios exteriores o al aire libre.”

En esta medida, las accionadas concluyeron que “el desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre de los adultos mayores de 70 años, tres (3) veces a la semana, una (1) hora al día, como se encuentra establecido en el Decreto 847 de 2020, contempla 180 minutos de actividad semanal al aire libre, lo cual sobrepasa los 150 minutos mínimos recomendados de actividad física general por la OMS, que como se señaló, no sólo es viable realizarla fuera de la residencia.”

Así pues, conforme a lo expuesto por las entidades accionadas, es claro que el fundamento de la medida restrictiva de la actividad física y al aire libre para las personas mayores de 70 años es la protección a ese segmento de la población, y el principio de la solidaridad, dado que los mayores de 70 años tienen mayor posibilidad de contagiarse, al ser más vulnerables, por ende pueden sufrir mayores complicaciones de salud, por lo cual tendrían que hacer uso del sistema de salud, especialmente de las UCI, y finalmente, es el segmento de la población que porcentualmente aporta más datos a las estadísticas por los decesos por el contagio.

En cuanto al argumento de la protección al segmento de la población a la cual está destinada la medida que nos ocupa, resulta de importancia las cifras que traen a colación las entidades demandadas en el presente, las que no son objetadas por la parte demandante, por lo cual la Sala debe valorarlas conforme a las normas pertinentes. Así, en principio no existen razones para desconocerlas, no obstante, de ahí a entender que sean suficientes para soportar la medida restrictiva impuesta a los mayores de 70 años no resulta aceptable, dado que hace recaer sobre la población destino de la medida todo el peso del principio de solidaridad, exigiéndoles en mayor medida que al resto de los adultos.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que por el hecho de ser más vulnerables a la infección en el caso de que la adquieran, y exista una mayor posibilidad de que vayan a utilizar los recursos de las UCIs y eventualmente fallezcan en mayor proporción, tal circunstancia no implica que deban asumir una mayor carga para garantizar la efectividad del principio de solidaridad que rige el sistema de salud, para que no lo afecte en desmedro del restante sector poblacional, pues tal argumento deja en evidencia que se pone el énfasis en ese aspecto, pero a su vez le quita importancia, o deja a la sombra un criterio de diferenciación, en principio no aceptado por la Constitución, como lo es la edad para la imposición de medidas más restrictivas, en comparación con el segmento poblacional mayor de 18 años y menor de 70. A su vez, deja en evidencia que la medida no ha sido eficaz, dado que desde el principio de la emergencia sanitaria se confinó estrictamente a los mayores de 70 años, pese a lo cual las cifras expuestas por las demandadas demuestran que el resultado respecto de este segmento de la población no ha sido el mejor.

En la misma línea, observa la Sala que en los actos objetados no se expuso un argumento que haga legítima la medida aquí analizada, dado que cuando se trata del ejercicio de derechos y libertades, los adultos mayores se deben considerar en igualdad de condiciones al resto de la población, y en esta medida, tanto la Constitución Política como la Ley 1251 de 2008, y el derecho convencional, señalan que no se puede permitir ningún tipo de trato discriminatorio a los adultos mayores en razón a su edad, y es precisamente esto lo que ocurre en este asunto, al limitarles el derecho a las personas mayores de 70 años, al desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre, únicamente en razón de su edad, en comparación con otro grupo de la población.

En el mismo sentido, resulta inadmisibles considerar que como el desarrollo de estas actividades por parte de los adultos mayores de 70 años contempla la autorización de 180 minutos de actividad física semanal al aire libre, lo cual sobrepasa los 150 minutos mínimos recomendados de actividad física general por la OMS, luego entonces, por esta sola razón se debe aceptar la restricción de sus garantías constitucionales.

Lo anterior, por cuanto no estamos en presencia de una dádiva del Estado o del Gobierno, o de una forma de protección que debe ser agradecida por los destinatarios de la misma, y antes por el contrario, lo que se pone en evidencia es que la medida es discriminatoria en contravía de lo dispuesto por la Constitución Política (art. 13) y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), (artículo 1.1.), en tanto, que se deben respetar los derechos y libertades reconocidos y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona, **sin discriminación alguna**, entre otros, por motivos de edad.

Lo expuesto con antelación, a su vez descarta que la medida adoptada de manera restrictiva para los adultos mayores de 70 años en el Decreto 749 de 28 de mayo de 2020, modificado por el Decreto 847 de 14 de junio de 2020, sea importante e imperiosa, pues por el contrario, de conformidad la Constitución Política no es posible establecer el tipo de distinciones como la aquí analizada (entre la población de 18 a 69 años y los mayores de 70 años), dado que esta circunstancia genera un trato discriminatorio que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales a la igualdad y dignidad humana.

Al respecto, y en concordancia con lo expuesto anteriormente, es preciso hacer alusión al principio de la independencia y autorrealización consagrado en la Ley 1251 de 2008, en tanto que, “El adulto mayor tiene derecho para decidir libre, responsable y conscientemente sobre su participación en el desarrollo social del país”, de manera que, si lo que se pretendía con la medida adoptada al restringir el desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre de los mayores de 70 años era protegerlos, dada su condición de vulnerabilidad frente

al contagio del virus covid-19, bien se hubiese podido otorgarles la posibilidad de realizar tales actividades como al resto de la población, entre 18 y 69 años, aunque con ciertas advertencias especiales de un autocuidado más estricto, para contrarrestar el posible contagio de la covid-19 en este grupo de la población y las demás consecuencias que de ello pudieran derivar. Por la misma razón, la medida no resulta eficaz.

Lo anterior demuestra que la medida adoptada por el Decreto 749 de 28 de mayo de 2020, modificado por el Decreto 847 de 14 de junio de 2020, respecto de los adultos mayores de 70 años no era necesaria, y además, podía ser remplazada por otras medidas menos lesivas, que de manera significativa no generaran una discriminación en contra de este grupo de la población, sin embargo, contrario a ello, en tales disposiciones por razón de la edad se les restringe a los mayores de 70 años la posibilidad de ejercitarse todos los días durante dos horas al día, en igualdad de condiciones a los mayores de 18 años y menores de 70, sin una justificación legítima, importante, imperiosa, adecuada y necesaria.

(b) La relación entre el medio y el fin, es decir, ¿los beneficios de adoptar la medida exceden o no las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales?

Aquí es importante recordar el contenido del art. 13 de la Constitución Política que se ocupa del derecho a la igualdad y excluye la discriminación. Por lo tanto, es claro que la Carta Política prohíbe cualquier clase de discriminación, en especial cuando afecta ciertas categorías de personas, como en este caso, en el que se restringen derechos de la población mayor de 70 años, por razón de su edad, en desmedro del derecho fundamental a la igualdad.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-028 de 2019⁴⁶, en relación con el derecho a la igualdad, expuso que, “corresponde al Estado promover las condiciones materiales para que ese postulado sea real y efectivo, y por tanto tiene el deber de adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados, o de quienes, dada su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta; esto introduce una dimensión material de dicha garantía. De manera que, como derecho, la igualdad impone deberes de abstención, como la prohibición de discriminación y, además incorpora obligaciones de acción, esto es, tratos favorables a grupos en situación de debilidad manifiesta.”

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana (Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251 234), recordó que el derecho internacional de los derechos humanos no sólo prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto sea discriminatorio contra ciertas categorías de personas, aun cuando no se pueda probar la intención discriminatoria.

Por tanto, el aparente beneficio que se invocó para adoptar la medida de restringir el desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre de los mayores de 70 años, en el sentido de protegerlos, es incompatible con la Constitución Política, pues antes que una protección deviene en discriminación al no permitirle a este grupo de la población que reciba el mismo trato que aquellas personas que están entre 18 y 69 años, y tampoco les permite gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación.

⁴⁶ C. Const., Sent. C-028 ene. 30/2019. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Adicionalmente, y no por ello menos importante, la medida objetada afecta el principio de independencia y autorrealización, pues no les permite a los mayores de 70 años decidir de manera libre, responsable y conscientemente, sobre la manera en la cual pueden reforzar la protección frente a la covid-19, dentro de los parámetros generales dispuestos por el Gobierno, lo cual incluso los lleva a ser catalogados por el imaginario social como personas carentes de capacidad para tomar decisiones, a pesar de estar dotados de todas aquellas necesarias para el efecto, con lo que de paso de manera adicional se les afecta el derecho a la dignidad humana, que es un principio del Estado social de derecho que nos rige, tal como lo establece el art. 1.º de la C.P.

En este sentido, la CIDH en sentencia 30 de noviembre de 2016, caso I.V vs Bolivia, señaló que la salud, como parte integrante del derecho a la integridad personal, no sólo abarca el acceso a servicios de atención en salud, en que las personas gocen de oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud, sino también **la libertad de cada individuo de controlar su salud y su cuerpo**.

De este modo, la sentencia señaló que la existencia de una conexión entre la integridad física y psicológica, con la autonomía personal y la libertad de tomar decisiones sobre el propio cuerpo y la salud, exige que el Estado asegure y respete decisiones y elecciones hechas de forma libre y responsable, y que las personas estén en condiciones de tomar decisiones informadas sobre el curso de acción respecto a su cuerpo y salud, siempre que no afecten derechos ajenos.

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia T-234-2007⁴⁷, sobre el punto específico de las decisiones concernientes al cuidado de la salud, realzó la garantía del derecho de autonomía personal. Fue así como sostuvo que, la condición personal de la salud se desprende de una valoración individual, única y respetable de la dignidad, que puede justificar las decisiones que se tomen al respecto.

Luego entonces, acorde con la jurisprudencia citada no cabe duda que en este asunto las decisiones sobre el cuidado o la protección frente al contagio de la covid-19, respecto de la realización de actividades físicas y ejercicio al aire libre por parte de las personas mayores de 70 años, forma parte de la esfera individual e inviolable de las personas, por lo que la sola condición de tener esa edad y ser la población más vulnerable frente a los efectos del contagio del coronavirus, no le permite al Estado, invocando una forma de protección, restringir la libertad de cada individuo de controlar su salud y su cuerpo en la manera que mejor le parezca, sino que por el contrario, debe posibilitar y facilitar ejercer el derecho de acuerdo con autonomía y autodeterminación de cada persona, pero en todo caso, respetando los derechos ajenos.

15.4 Como conclusión de lo expuesto, es claro que el numeral 35 del art. 3.º del Decreto 749 de 28 de mayo de 2020, modificado por el Decreto 847 de 14 de junio de 2020, al disponer que el desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre permitido a los adultos mayores de 70 años, es únicamente de tres (3) veces a la semana, por una hora al día, resulta violatorio y quebranta el derecho a la igualdad de los accionantes, como personas mayores de 70 años.

Lo anterior, en la medida que la normativa objetada establece un trato diferenciado por razones de edad, permitiendo unas prerrogativas más amplias para un rango de la población

⁴⁷ C. Const., Sent. T-234, mar. 29/2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

(entre 18 y 69 años), mientras que restringe estas actividades para otro grupo (mayores de 70 años), pese a que todos deberían gozar del mismo derecho a desarrollar actividades físicas y de ejercicio al aire libre, sin diferenciarlos por el factor de la edad.

Adicionalmente, dado que la medida adoptada por el Decreto 749 de 28 de mayo de 2020, modificado por el Decreto 847 de 14 de junio de 2020, respecto de los adultos mayores de 70 años, no era necesaria, y además, podía ser remplazada por otras medidas menos lesivas, como otorgarles la posibilidad de realizar tales actividades como al resto de la población, entre 18 y 69 años, todos los días durante dos horas, aunque con advertencias especiales o adicionales de autocuidado más estricto, para contrarrestar el posible contagio de la covid-19 en este grupo de la población, y las demás consecuencias que de ello pudieran derivar.

De esta forma no se generaría una discriminación en contra de este grupo de la población, pese a ello, las disposiciones cuestionadas recurren a un criterio sospechoso de discriminación como lo es la edad, para restringir a los mayores de 70 años la posibilidad de ejercitarse en las mismas condiciones temporales de aquellas personas que se encuentran en el rango de edad entre los 18 a 69 años, sin fundamento en una justificación legítima, importante, imperiosa, adecuada y necesaria.

En este sentido, vale recordar que la Carta Política prohíbe cualquier clase de discriminación, en especial, cuando afecta ciertas categorías de personas, como en este caso, en el que se restringen derechos de la población mayor de 70 años, por razón a su edad, por encima de lo consagrado respecto del derecho fundamental a la igualdad.

Así mismo, acorde con lo descrito a lo largo de este acápite, las decisiones sobre el cuidado o la protección frente al contagio de la covid-19 al momento de desarrollar actividades físicas y ejercicio al aire libre por parte de las personas mayores de 70 años forma parte de la esfera individual e inviolable de las personas, por lo que la sola condición de tener esta edad y ser la población más vulnerable frente a los efectos del contagio del coronavirus, no le permitía al Estado, a través de los decretos y resoluciones atrás señalados, restringir la libertad de esas personas de controlar su salud y su cuerpo en la manera que mejor le pareciera, de acuerdo a su autonomía y autodeterminación, y en todo caso, sin vulnerar derechos ajenos.

16. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE TUTELA

16.1 Finalmente, la Sala procederá a analizar los efectos de la acción de tutela, para establecer si podían extenderse a favor de todas las personas habitantes en el territorio nacional que se encuentren en las mismas circunstancias de los actores, como lo ordenó la juez de instancia.

Con el fin de atender al problema jurídico planteado previamente, debemos recordar que como regla general los efectos que tienen las acciones de tutela son inter partes, por lo que solo quienes acuden al mecanismo constitucional pueden beneficiarse de la decisión; así, el art. 23 del Decreto 2591 de 1991 dispone que cuando se debe conceder el amparo pretendido, se ordenará garantizar “**al agraviado** el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible” (Negrita de la Sala).

No obstante, se observa que el último inciso de la norma indica que, “el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto.” En este sentido, la Corte Constitucional “ha admitido que el juez constitucional puede determinar los efectos de sus fallos, para

garantizar la mejor protección de los derechos fundamentales y su plena garantía”⁴⁸, por tanto, no es cierto lo afirmado por los impugnantes, que tal atribución solo corresponde a la Corte Constitucional, por el contrario, de acuerdo con las particularidades del caso, tal decisión la puede tomar el juez constitucional.

Así mismo, al referirse a la modulación de los efectos, la citada corporación consideró que esta se justifica, por las siguientes razones:

- i) Para evitar que la protección del derecho de uno o algunos de los miembros del grupo afectara los derechos de otros;
- ii) Para asegurar el goce efectivo de los derechos de todos los miembros de una misma comunidad;
- iii) Para responder al contexto dentro del cual se inscribe cada proceso; y
- iv) Para garantizar el derecho a acceder a la justicia que comprende la tutela judicial efectiva.”

Ahora bien, para que pueda hacerse uso de la extensión de los efectos del fallo, la Corte indicó que esta únicamente “es procedente cuando se constate la existencia de un grupo en el cual”:

- i) Existan otras personas en la misma situación;
- ii) Exista identidad de derechos fundamentales violados;
- iii) En el hecho generador;
- iv) Deudor o accionado; además de
- v) Un derecho común a reconocer; y, finalmente,
- vi) Identidad en la pretensión.

Acorde con lo anterior, en sentencia de tutela proferida el 1.º de junio de 2020⁴⁹, el Consejo de Estado explicó en el mismo sentido que, “de manera general, los fallos proferidos en una acción de tutela producen efectos *inter partes*; sin embargo, la Corte Constitucional ha sostenido que existen eventos en los que se pueden modular con el propósito de garantizar en mayor medida la salvaguarda de los derechos constitucionales fundamentales, no solo de las personas que acudieron al mecanismo constitucional, sino de quienes omitieron hacerlo, pese a que se encuentran en igualdad de condiciones con aquellos”. Así mismo, sostuvo que:

“Lo dicho por la Corte indica que los efectos de la sentencia pueden modularse *inter comunis* bajo circunstancias especiales que, en primera medida, imponen que los no tutelantes se encuentren en condiciones comunes respecto de quienes sí hicieron uso de la acción constitucional. Dicha igualdad, de situaciones de hecho, evidencia la necesidad de proteger a quienes no han acudido a la tutela ya que se encuentran idénticamente afectados por la situación que motivó el amparo.”

16.2 Pues bien, atendiendo las consideraciones precedentes, es posible señalar que en esta acción de tutela se cumplen las circunstancias dadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para que se pueda adoptar con efectos *inter comunis*, al “constatarse un grupo en condiciones objetivas similares”⁵⁰, como se explicará a continuación:

⁴⁸ C. Const., Sent. SU-011, mar. 8/2018. M.P. Diana Fajardo Rivera y Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴⁹ C.E., Sec. Primera, Sent. 2020-00156-00, jun.1/2020. M.P. Oswaldo Giraldo López.

⁵⁰ C. Const., Sent. SU-011, mar. 8/2018. M.P. Diana Fajardo Rivera y Gloria Stella Ortiz Delgado.

16.2.1 ¿Existen otras personas en la misma situación descrita en la acción de tutela?

Como quedó expuesto a lo largo del presente proveído, con la expedición de los Decretos 749 de 28 de mayo y 847 de 14 de junio de 2020, por parte del presidente de la República, se restringió la posibilidad a todas las personas mayores de 70 años, habitantes en el país, de desarrollar actividades físicas y de ejercicio al aire libre, por un periodo de tiempo igual al de aquellas personas que se encuentran en el rango de edad entre 18 y 69 años.

En tal medida, los efectos *inter comunis* del presente fallo se justifican para proteger el derecho a la igualdad de las personas que hacen parte del grupo de la población antes señalado, y que se encuentran en la misma situación que los accionantes, pero que no recurrieron al mecanismo constitucional, a quienes también es necesario salvaguardar su derecho a la dignidad humana en su condición de adultos mayores.

16.2.2 ¿Existe identidad de derechos fundamentales violados? Como se señaló en precedencia, en este asunto quedó demostrada la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, dignidad humana, así como de los principios a la no discriminación, la independencia y la autodeterminación, de todas las personas mayores de 70 años, habitantes en el territorio nacional.

16.2.3 ¿El hecho generador es el mismo para todos? En efecto, la orden emitida a través de los Decretos 749 de 28 de mayo y 847 de 14 de junio de 2020, expedidos por el presidente de la República, fue el hecho generador de la vulneración alegada y comprobada en este asunto, al restringir el tiempo en el cual las personas mayores de 70 años, habitantes en el país, podían desarrollar actividades físicas y de ejercicio al aire libre.

16.2.4 ¿Existe identidad en los accionados? En todos los casos se cuestiona por igual, la actuación de la presidencia de la República y el Ministerio de Salud y Protección Social, respecto de las decisiones adoptadas por dichos organismos frente al desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre de los mayores de 70 años.

16.2.5 ¿Existe un derecho común a reconocer e identidad de pretensión? Lo que se ordenará en el presente asunto, es el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, no discriminación y dignidad humana de todas las personas adultas mayores de 70 años, para que haciendo uso de su independencia y autodeterminación, puedan decidir al igual que las personas que están entre los 18 y 69 años, las veces que consideran prudente o adecuado salir a desarrollar actividades físicas y de ejercicio al aire libre, con la adecuada implementación de las medidas de autocuidado, en los mismos términos que fue autorizado para este último grupo de la población.

Así las cosas, de conformidad con las razones expuestas con antelación, la Sala considera procedente extender los efectos de esta sentencia para que se aplique a todas las personas adultas mayores de 70 años, habitantes en el territorio nacional, “con el propósito de garantizar en mayor medida la salvaguarda de los derechos constitucionales fundamentales, no solo de las personas que acudieron al mecanismo constitucional, sino de quienes omitieron hacerlo, pese a que se encuentran en igualdad de condiciones con aquellos.”⁵¹

17. CONCLUSIONES

La Sala considera que la acción de tutela se torna procedente en este asunto a pesar de dirigirse contra actos de carácter general, impersonal y abstracto, como son los Decretos

⁵¹ C.E., Sec. Primera, Sent. 66001-23-33-000-2020-00156-00, jun.1/2020. M.P. Oswaldo Giraldo López.

749 de 28 de mayo y 847 de 14 de junio de 2020 proferidos por el presidente de la República, habida consideración que quedó demostrado que la diferenciación contenida en tales normas para que los adultos mayores de 70 años pudieran desarrollar actividades físicas y ejercicio al aire libre durante un periodo menor de tiempo, en relación con las personas entre los 18 y 69 años, no tuvo una justificación constitucional legítima, importante, imperiosa, adecuada y necesaria, en tal medida, con la decisión allí contenida se vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, no discriminación y dignidad humana de los accionantes, en su condición de personas adultas mayores de 70 años.

En consideración a lo anterior, se modificará la sentencia de primera instancia, para en su lugar, ordenar el amparo los derechos fundamentales de los accionantes, así como la suspensión transitoria de los efectos del artículo 3, numeral 35, inciso 5.º del Decreto 749 del 28 de mayo de 2020, modificado por el artículo 1 del Decreto 847 del 14 de junio de 2020, que dispone: “El desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre de los adultos mayores de 70 años, tres (3) veces a la semana, una (1) hora al día”, hasta tanto se resuelva en sede judicial la demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra tales actos administrativos, la que debe ser tramitada por los accionantes.

Así mismo, se adicionará un numeral ordinal, en el sentido de otorgar efectos *inter comunis* a lo decidido en el fallo de tutela y, por tal razón, se extiende a todos los adultos mayores de 70 años, para que haciendo uso de su independencia y autodeterminación puedan decidir al igual que las personas entre 18 y 69 años, las veces que consideran prudente o adecuado, con la observancia de las medidas de autocuidado, salir a desarrollar actividades físicas y de ejercicio al aire libre, en los mismos términos que fue autorizado para este último grupo de la población en los Decretos 749 de 28 de mayo y 847 de 14 de junio de 2020, sujeto ello en todo caso a la decisión que adopte el órgano jurisdiccional competente dentro de la demanda de nulidad por inconstitucionalidad que deben promover los accionantes contra tales actos administrativos, en la medida que el amparo constitucional se ha concedido como mecanismo transitorio.

Por otra parte, en lo que respecta a las restantes órdenes adoptadas en el numeral ordinal segundo del fallo de primera instancia, se revocarán, pues no se encuentra demostrada la justificación de tales medidas y, adicionalmente, se consideran innecesarias para el fin perseguido en esta acción de tutela, que es la protección de los derechos fundamentales de los accionantes, y por extensión de los efectos del fallo, de la población mayor de 70 años.

18. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala modificará la sentencia proferida el día dos (2) de julio del dos mil veinte (2020), adicionada y aclarada con proveído de tres (3) de julio de dos mil veinte (2020), por el Juzgado Sesenta y Uno (61) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que concedió el amparo de los derechos fundamentales de los accionantes.

19. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “E”, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR y ADICIONAR la sentencia de fecha dos (2) de julio del dos mil veinte (2020), adicionada y aclarada con proveído de tres (3) de julio de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Sesenta y Uno (61) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, la cual quedará así:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la igualdad, no discriminación y dignidad humana, de los señores Rudolf Hommes, Alfonso Ávila Velandia, Alberto Villate Paris, Alejandro Sanz de Santamaría Samper, Alonso Gómez Duque, Álvaro Leyva Durán, Carlos Caballero Argáez, Clara López Obregón, Graciela Palacios Meiresonne, Humberto de la Calle Lombana, Ignacio Antonio Vélez Pareja, José María de Guzmán Mora, Lucelly Ceballos Cárdenas, Lucía Villate Paris, Luis Francisco Barón Cuervo, María Consuelo Cárdenas de Sanz de Santamaría, María Cristina Jimeno Santoyo, María del Pilar Caicedo Estela, María Esperanza Palau, María Mercedes Cuellar López, Norman Maurice Armitage Cadavid, Patricia Lara Salive, Petrus A.N.M. Spijkers, Ricardo Villaveces Pardo y William de Jesús Hoyos González, de conformidad con las razones expuestas en el cuerpo de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR LA SUSPENSIÓN TRANSITORIA** de los efectos del artículo 3, numeral 35, inciso 5.º del Decreto 749 del 28 de mayo de 2020, modificado por el artículo 1 del Decreto 847 del 14 de junio de 2020, que dispone: “El desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre de los adultos mayores de 70 años, tres (3) veces a la semana, una (1) hora al día”, hasta tanto se resuelva en sede judicial la demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra tales actos administrativos, la que debe ser tramitada por los accionantes, si es que no lo hubieren hecho, dentro del mes siguiente a la notificación de este proveído.

TERCERO: OTORGAR EFECTOS *INTER COMUNIS* a lo decidido en este fallo de tutela y, por tal razón, se extiende a todos los adultos mayores de 70 años, para que haciendo uso de su independencia y autodeterminación puedan decidir al igual que las personas entre 18 y 69 años, las veces que consideran prudente o adecuado salir a desarrollar actividades físicas y de ejercicio al aire libre, observando las medidas de autocuidado, en los mismos términos que fue autorizado para este último grupo de la población en los Decretos 749 de 28 de mayo y 847 de 14 de junio de 2020, sujeto ello en todo caso a la decisión que adopte el órgano jurisdiccional competente, dentro de la demanda de nulidad por inconstitucionalidad, o nulidad contra tales actos administrativos.

CUARTO: NEGAR las restantes pretensiones de la acción de tutela.

QUINTO: Notifíquese la presente decisión a las partes, por el medio más expedito, conforme lo establece el Artículo 2.2.3.1.1.4. del Decreto 1069 del 26 de mayo de 2015, “Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho”, la cual puede ser impugnada dentro de los tres días siguientes a su notificación.

SEXTO: Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (artículo 31 del Decreto 2591 de 1991).”

SEGUNDO.- REVOCAR los restantes órdenes adoptadas en el numeral ordinal segundo de la sentencia de fecha dos (2) de julio del dos mil veinte (2020), adicionada y aclarada con proveído de tres (3) de julio de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Sesenta y Uno (61) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, atendiendo las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO.- Dese cuenta de la presente decisión al Juzgado Sesenta y Uno (61) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá.

CUARTO.- Notifíquese la presente decisión a las partes, por el medio más expedito, conforme lo establece el Artículo 2.2.3.1.1.4. del Decreto 1069 del 26 de mayo de 2015, *"Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho"* y remítase a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

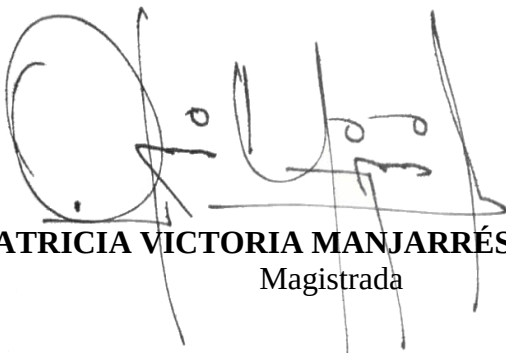
Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de decisión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JAIME ALBERTO GALEANO GARZÓN

Magistrado



PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS BRAVO

Magistrada



RAMIRO IGNACIO DUEÑAS RUGNON

Magistrado