Sentencia SU109/22

DERECHO A LA IGUALDAD, LIBERTAD DE LOCOMOCIÓN Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Medidas sanitarias de aislamiento preventivo en pandemia COVID-19, para adultos mayores de 70 años

(…) el criterio de la edad, en concreto el de tener 70 años o más (…), fue el único factor que se tuvo en cuenta para establecer las condiciones en que estas personas debían inicialmente vivir durante la pandemia de COVID-19. La Sala Plena concluye que no era necesario someter a los accionantes a un aislamiento preventivo obligatorio en condiciones diferentes al resto de la población adulta colombiana. Por ello, para la Sala el tratamiento diferenciado del que fue objeto los accionantes no se encuentra constitucionalmente justificado, supuso un trato discriminatorio a la luz de la Constitución Política colombiana que, además, afectó a sujetos que gozan de especial protección constitucional y significó una vulneración a los derechos fundamentales a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad y libertad de locomoción de los accionantes y al derecho al trabajo (…) en su faceta de no discriminación.

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS DE CARACTER GENERAL, IMPERSONAL Y ABSTRACTO-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que se configura en los siguientes eventos: hecho superado, daño consumado o situación sobreviniente

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-Medidas sanitarias de aislamiento preventivo perdieron vigencia

DERECHOS FUNDAMENTALES-Protección de la dimensión objetiva

DERECHO A LA IGUALDAD-Alcance y contenido/DERECHO Y PRINCIPIO A LA IGUALDAD-Concepto relacional/TEST DE IGUALDAD-Edad como criterio de diferenciación

(…), cuando el Legislador o la administración acudan a la edad para establecer un parámetro mínimo, al no tratarse en ese evento de un criterio sospechoso o semisospechoso, se debe dar aplicación a un test de igualdad de intensidad débil o leve. Por su parte, cuando estos

apelen al citado criterio para establecer un tope máximo, al sí considerarse como criterio semisospechoso, lo apropiado es aplicar un test de igualdad de intensidad intermedia.

RESTRICIONES AL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Jurisprudencia constitucional/MEDIDAS DE TIPO PERFECCIONISTA Y MEDIDAS DE TIPO PROTECCIONISTA-Jurisprudencia constitucional

DERECHO A LA LIBERTAD DE LOCOMOCION-Contenido/LIBERTAD DE LOCOMOCION EN ESTADOS DE EXCEPCION-Límites

DERECHO AL TRABAJO-Protección reforzada/DERECHO AL TRABAJO-Triple dimensión/PRINCIPIO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN EL ENTORNO LABORAL-Prohibición de discriminación

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-Concepto y alcance/EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-Aplicación

Aplicar la excepción de inconstitucionalidad es un deber del juez, incluido el de tutela, cuando se advierte que en un caso concreto una norma contraría la Constitución Política.

Referencia: Expedientes acumulados T-7.953.574, T-8.023.514 y T-8.062.133

Expediente T-7.953.574. Acción de tutela interpuesta por Ricardo Hernández León en contra de la Alcaldía Mayor de Bogotá y el Ministerio de Salud y Protección Social.

Expediente T-8.023.514. Acción de tutela interpuesta por Rudolf Hommes y otros en contra de la Presidencia de la República, el Ministerio del Interior y el Ministerio de Salud y Protección Social.

Expediente T-8.062.133. Acción de tutela interpuesta por Dolcey Casas Rodríguez en contra de la Nación, la Presidencia de la Republica, los ministerios del Interior, Hacienda y Crédito Público, Salud y Protección Social, Justicia y del Derecho, Trabajo, Transporte y Defensa, la Gobernación del Valle del Cauca, la Alcaldía de Santiago de Cali y el Consejo Superior de la Judicatura.

Magistrada sustanciadora:

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintidós (2022)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241.9 de la Constitución Política y los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de (i) la sentencia del 30 de abril de 2020 del Juzgado 30 de Familia de Bogotá (T-7.953.574); (ii) la sentencia del 10 de agosto de 2020 de la Subsección “E” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que modificó, adicionó y revocó parcialmente el fallo proferido el 2 de julio de 2020 por el Juzgado 61 Administrativo del Circuito de Bogotá (T-8.023.514), y (iii) la sentencia del 21 de mayo de 2020 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que confirmó el fallo del 21 de abril de 2020, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca (T-8.062.133), las cuales se encuentran acumuladas en una misma actuación.

ANTECEDENTES

Expediente T-7.953.574

1.1. Hechos

1. 1. El 16 de abril de 2020, Ricardo Hernández León interpuso acción de tutela en contra de la Alcaldía Mayor de Bogotá y el Ministerio de Salud y Protección Social, a través de la cual pretende la protección del adulto mayor y la libertad de locomoción, frente a las medidas de confinamiento adoptadas por las entidades accionadas en razón a la pandemia generada por el COVID-19. Para el momento en que presentó la acción de tutela, el accionante tenía 80 años de edad. Indica que es administrador de empresas, escritor, personero comunitario y graduado en derechos humanos. Además, señala que normalmente hace gestiones ante distintas oficinas, escribe libros y, entre sus actividades, se reúne con sus amigos para departir y discutir de temas sociales, economía y política. También señala que no fuma, no bebe licor y hace caminatas todos los días mínimo una hora, como se lo ordena el médico. Explica que de tener una vida activa como la descrita pasó "a una cárcel" y, como tal, se le están violando sus derechos, lo cual le ocasiona depresión.

1.2. Pretensiones y fundamentos

2. El accionante solicitó "un salvoconducto para hacer [su] vida normal", comprometiéndose a "cumplir con las normas de las autoridades".

1.3. Respuestas de las entidades accionadas

3. La Alcaldía Mayor de Bogotá explicó que el Gobierno expidió el Decreto 457 de 2020, a través del cual ordenó el aislamiento preventivo obligatorio. El citado decreto exceptuó de esta medida algunas actividades, dentro de las cuales no se incluyen las que pretende desarrollar el accionante. Además, indicó que el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 470 de 2020, por medio de la cual se dispuso el aislamiento preventivo de adultos mayores en centros de larga instancia y el cierre parcial de actividades de centros vida y centros día. Esto, "teniendo en cuenta que las personas adultas mayores que hacen uso de estos servicios se constituyen en población vulnerable frente al coronavirus COVID 19". Según la entidad accionada, esta "medida es obligatoria para las personas adultas mayores que viven con en [sic] su propio hogar dentro del territorio nacional".

4. Teniendo en cuenta que la precitada medida se adoptó por una entidad del orden nacional, la accionada argumentó que le asiste "falta de competencia para expedir el salvo conducto solicitado por el accionante". Asimismo, indicó que se trata de "una petición improcedente e inoportuna", dadas las circunstancias y "que el accionante hace parte de la población más vulnerable ante la pandemia por la edad que tiene". Por último, alegó que hay una falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto no "se evidencia vulneración alguna por parte

de alguna entidad distrital sobre los derechos invocados por el accionante". Por lo tanto, solicitó su desvinculación del trámite de tutela y que se declarara "exenta de responsabilidad sobre los hechos narrados por el accionante".

1.4. Sentencia de tutela de primera instancia

5. La juez de primera instancia negó el amparo solicitado por el señor Hernández León, al considerar que no se le estaba vulnerando derecho alguno. Como fundamento, refirió que el derecho a la libre locomoción no es un derecho absoluto. Asimismo, con base en los artículos 49 y 95 de la Constitución Política y los artículos 5 y 10 de la Ley 1751 de 2015, indicó que "corresponde al estado y a la comunidad en general realizar todas las acciones dispuestas por las entidades competentes para mitigar el contagio de la enfermedad denominada Covid-19 y velar por el cuidado integral de la salud propia".

6. De esta manera, consideró que la acción constitucional en comento era improcedente por cuanto, al realizar una ponderación de derechos, no era posible "dar prevalencia al derecho a la libre circulación", cuando están en riesgo los derechos fundamentales a la vida y a la salud del accionante y demás integrantes de la comunidad. Además, señaló que la Resolución 464 de 2020 no tuvo la intención de restringir el derecho a la circulación o la autonomía de las personas, sino que "responde al deber de solidaridad de la sociedad" frente a la población mayor de 70 años. En ese sentido, la primera instancia consideró que "el aislamiento preventivo obligatorio garantiza el derecho a la vida, a la salud en conexidad con la vida y la supervivencia" y, por ello, es necesario dar cumplimiento a las medidas adoptadas.

2. Expediente T-8.023.514

2.1. Hechos

7. El 16 de junio de 2020, Rudolf Manuel Hommes Rodríguez y veinticuatro personas más presentaron acción de tutela en contra de la Presidencia de la República y los ministerios del Interior y de Salud y Protección Social. Argumentaron que con las medidas sanitarias dirigidas exclusivamente a los adultos mayores de 70 años, adoptadas a través de las resoluciones 464 y 844 de 2020 y los decretos 749 y 847 de 2020, se vulneraron sus derechos a la igualdad, la libertad de locomoción y el libre desarrollo de la personalidad.

8. Los accionantes indican que si bien la acción de tutela “no fue prevista en el ordenamiento jurídico para impugnar actos de carácter general y abstracto”, acuden a esta por las siguientes razones. Primero, “como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio de carácter irremediable”. Lo anterior, por cuanto las medidas cuestionadas son discriminatorias y violatorias de los derechos invocados. Segundo, porque “el medio ordinario de defensa judicial”, que también activarían, “puede tomar varios meses (o incluso años) en resolverse y podría resultar siendo ineficaz” para proteger sus derechos.

9. Señalan que las medidas son discriminatorias habida cuenta de que apelan “a la edad como un criterio de diferenciación”. Por esta razón, para explicar por qué en su criterio estas vulneran sus derechos consideran que lo correcto es acudir a un test intermedio de razonabilidad. En ese sentido, indican que el fin perseguido con la medida de aislamiento obligatorio de personas mayores de 70 años, adoptada mediante las resoluciones 464 y 844 de 2020, “es altamente paternalista” y, como tal, inconstitucional e ilegítimo. A su juicio, esta medida impone una restricción severa de derechos “que no es impuesta al resto de la población, al tiempo que se [les] infantiliza, humilla y se [les] trata como personas no autónomas”. Argumentan que, mientras a las demás personas se les aplica el denominado asilamiento inteligente, a los mayores de 70 años se les extiende el aislamiento obligatorio “y nada garantiza que este período bajo la lógica gubernamental no termine por extenderse”. Por lo tanto, alegan que como grupo de especial protección constitucional se les obliga a soportar una carga desproporcionada que no deben resistir los otros grupos con alto riesgo de afectación por el COVID-19.

2.1. Pretensiones y fundamentos

11. Los accionantes solicitan el amparo de los derechos a la igualdad en conexidad con la libertad de locomoción y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En concreto, piden que se ordene (i) “inaplicar las resoluciones 464 y 844 de 2020 […] en lo relativo a las medidas sanitarias de aislamiento y cuarentena preventivo para las personas mayores de 70 años”; (ii) 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”, y (iii) “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”.

2.2. Respuestas de las entidades accionadas y vinculadas al trámite de tutela

12. La Secretaría de Salud del Distrito de Bogotá, por una parte, indicó que la evolución del COVID-19 ha llevado a que los gobiernos a nivel mundial actualicen de forma constante las políticas para afrontar la difícil situación causada por el virus. Es así como, “con el objetivo de prevenir y controlar la propagación del covid-19 en población vulnerable”, el Gobierno ha expedido, entre otras medidas sanitarias, la de aislamiento preventivo de personas mayores de 70 años. Estas medidas, en todo caso, establecen, de un lado, la posibilidad de que estas personas puedan salir en determinadas circunstancias y, de otro, unas condiciones especiales para su atención médica, entre otros aspectos. De esta manera, señaló que a esta población “se le está[n] garantizando […] las condiciones para que permanezcan en su hogar, destacando que son medidas de carácter preventivo, obligatorio y transitorio”. Por otra parte, esta secretaría argumentó que carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que las pretensiones de los accionantes versan sobre actos dictados por órganos del orden nacional y, como tal, no ha vulnerado derecho fundamental alguno.

13. El Ministerio del Interior planteó dos argumentos en su defensa: (i) falta de legitimación en la causa por pasiva y (ii) improcedencia de la acción de tutela por existir otros medios de defensa. Respecto de lo primero, señaló que “no existe nexo de causalidad” entre la presunta vulneración de derechos y una “acción u omisión por parte de este Ministerio”, habida cuenta de que dentro de sus funciones no está la de “expedir normas referentes a la salud pública”. En ese sentido, alegó no tener responsabilidad respecto de los hechos que presuntamente vulneran los derechos de los accionantes. Frente a lo segundo, argumentó que la tutela no cumple con el requisito de subsidiariedad, toda vez que “los accionantes cuentan con otros medios administrativos y judiciales que […] les permite hacer valer sus derechos”.

14. El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República –DAPRE– solicitó que la acción de tutela se declarara improcedente por falta de legitimación en la causa por activa o, en su defecto, que se negara, por no haber una vulneración a los derechos a la igualdad, la libertad de locomoción y el libre desarrollo de la personalidad de los accionantes. En primer lugar, se refirió a los hechos expuestos en la acción de tutela. Entre otras cosas, señaló que, contrario a lo indicado por los accionantes, las medidas sanitarias cuestionadas están debidamente fundamentadas. Asimismo, indicó que algunos supuestos fácticos son apreciaciones subjetivas de los actores. En segundo lugar, explicó en qué consisten el SARS-CoV2 (virus) y el COVID-19 (enfermedad). Precisó que aquel tiene una alta tasa de contagio y que las personas mayores de 70 años son más vulnerables ante el contagio del virus. Adicionalmente, indicó que en Colombia, a junio de 2020, el número de personas mayores de 70 contagiadas es bajo, debido al aislamiento preventivo obligatorio. Sin embargo, la tasa de mortalidad en este grupo etario es más alta en comparación con otros grupos poblacionales.

15. En tercer lugar, señaló 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 a la vida de la comunidad”. Pues, ante la ausencia de otras medidas igualmente idóneas para prevenir el

contagio o tratar la enfermedad, las de aislamiento, que son transitorias, resultan necesarias e imprescindibles para salvaguardar los derechos descritos. Agregó que a través de las excepciones a las medidas se garantiza el goce del núcleo esencial de los derechos en cuestión. Esto, también respecto de los adultos mayores de 70 años, quienes tienen condiciones mínimamente diferentes en comparación con otros grupos poblacionales, "en razón a las diversas condiciones de vulnerabilidad frente al contagio y los efectos del mismo en la salud". En ese sentido, argumentó que la medida de asilamiento de personas mayores de 70 años "no es 'severísima' ni anula su derecho a la libertad de locomoción, en el contexto de la pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19", dado que no dista mucho de las medidas aplicables al resto de la población.

16. En cuarto lugar, adujo que las medidas en cuestión tienen "fundamento constitucional en el principio de solidaridad", el cual, "aplica para la protección de los derechos a la vida y a la salud -en forma individual y colectiva- dentro del marco del Sistema de Seguridad Social en salud". De esta manera, en criterio del DAPRE, las medidas, al estar amparadas en el citado principio, persiguen un fin constitucionalmente legítimo y son razonables y proporcionales. En quinto lugar, señaló que las medidas dirigidas a los adultos en referencia no son discriminatorias, habida cuenta de que este grupo poblacional no se encuentra en las mismas condiciones que otros grupos para afrontar la pandemia. En ese sentido, "un tratamiento diferencial no solo está justificado, sino que además es necesario para atender adecuadamente sus necesidades y las de la población en general". Lo anterior lo respalda en lo señalado por organismos internacionales y nacionales especializados en la materia. Por lo tanto, afirmó que "el Gobierno nacional no vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, libertad de locomoción y libre desarrollo de la personalidad de las personas demandantes". En sexto y último lugar, el DAPRE alegó una falta de legitimación en la causa por activa dado que los accionantes no allegaron los documentos que acreditaran que son mayores de 70 años y, por ende, destinatarios de las medidas cuestionadas.

17. La respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social es similar a la del DAPRE, razón por la cual, la Sala se remite al resumen previamente realizado.

2.3. Pruebas practicadas en primera instancia

19. El Instituto de Envejecimiento de la Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Javeriana dio respuesta a unos interrogantes formulados por la juez de primera instancia. Frente al impacto del aislamiento prolongado en la salud de los mayores de 70 años, señaló que "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". Se refirió a un comunicado de la Sociedad Británica de

Geriatría (SBG) en el que se afirma que las medidas “han llevado a niveles peligrosamente bajos de actividad física”, lo cual tiene consecuencias para la salud física y mental y la calidad de vida. Señaló que en esto coinciden otros artículos en la materia, cuyo fundamento son “recomendaciones de expertos y no en ensayos controlados”, pero tienen un “grado de recomendación válido y aceptable”.

20. Sobre los efectos mentales que produce el asilamiento preventivo obligatorio, indicó que los más frecuentes “son ansiedad, depresión, trastorno del sueño e irritabilidad”. Asimismo, trajo a colación un documento de la Sociedad Española de Geriatría (SEG), en el que se hace referencia al estrés postaislamiento y al estrés sostenido en personas con enfermedades mentales. Al respecto, indicó que, en especial, los adultos mayores con demencia y que salían de su casa, “pueden ver con mayor frecuencia estos problemas mentales”. Respecto de las recomendaciones durante el aislamiento de personas mayores de 70 años, refirió varias actividades que estarían “ajustadas a nuestro contexto y aplicables por regiones en diferentes fases”. Entre otras, “[s]alir a caminar, iniciando por las personas de menor riesgo y luego con las de mayor riesgo, acompañadas estas últimas de un solo cuidador”. Por último, aclaró que “[l]a posibilidad de contraer la enfermedad es igual para todo el mundo”, aunque la tasa de mortalidad depende de la edad, siendo esta menor a edad más baja.

2.4. Intervención de entidades e instituciones invitadas por la juez de primera instancia para opinar sobre la acción de tutela

21. El Instituto Nacional de Salud –INS– sugiere que no se acceda “a las pretensiones de los accionantes”. Esto, por cuanto las medidas adoptadas por el Gobierno respecto de los mayores de 70 años “son acordes con las obligaciones del Estado de proteger y garantizar el derecho a la salud […] en cumplimiento de la especial protección constitucional y legalmente” reconocida a las personas mayores. Además, tienen sustento en información científica y técnica, que da cuenta de que “[e]l grupo de edad de mayores de 70 años se ha identificado como uno de los de mayor riesgo de complicaciones y muerte por COVID-19”. En ese sentido, estas medidas “buscan reducir el riesgo de contagio a la población” y, en consecuencia, la tasa de letalidad. De igual manera, se trata de medidas “transitorias y ajustables” según el comportamiento de la enfermedad en el país y contemplan algunas excepciones, con el fin de que haya “equilibrio entre [la] vida [de los mayores de 70 años], la satisfacción de sus necesidades básicas, el trabajo, la recreación y la salud mental”. Con base en lo anterior, el INS argumenta que no advierte la vulneración de los derechos invocados, ya que las medidas no son “caprichosas o injustificadas”, sino que, están basadas en estudios y recomendaciones “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”.

22. El Departamento de Salud Pública de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional

de Colombia, entre otras cosas, hizo una explicación del principio de proporcionalidad, el derecho fundamental a la libre circulación, la biopolítica y el comunitarismo. Asimismo, indicó que el distanciamiento social se justifica para evitar el contagio del virus, cuya tasa de reproducción "es de las más altas en comparación con otras enfermedades de su tipo". Por último, señaló que "[a]proximadamente uno de cada cinco individuos en todo el mundo podría tener un mayor riesgo de COVID-19 grave, en caso de infectarse, debido a condiciones de salud subyacentes, pero este riesgo varía considerablemente según la edad".

2.5. Concepto de entidades requeridas por la juez de primera instancia para opinar sobre la acción de tutela

23. La Procuraduría 187 Judicial I para Asuntos Administrativos de Bogotá, de un lado, argumentó que no es posible atender la petición de extender los efectos del fallo a todos los ciudadanos que se vean afectados con los actos cuestionados. Esto, por cuanto la declaratoria del efecto inter comunis de un fallo de tutela es una competencia excepcional y exclusiva de la Corte Constitucional. De otro lado, señaló que la acción de tutela es improcedente porque no cumple el requisito de subsidiariedad. Esto, habida cuenta de que el medio de control de nulidad es un mecanismo eficaz para que los accionantes aleguen sus reparos frente a las medidas y, en el marco de trámite es posible solicitar medidas cautelares de urgencia. Aunado a lo anterior, indicó que "dentro del plenario no fue allegado por los accionante pruebas que demuestren un perjuicio irremediable en concreto", que hiciera procedente de forma transitoria la acción de tutela. Por ende, solicitó que el amparo fuese negado por ser improcedente, en los términos del numeral 5 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991.

2.6. Sentencia de tutela de primera instancia

24. La juez de primera instancia amparó los derechos fundamentales a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de locomoción de los accionantes y de los adultos mayores de 70 años residentes y domiciliados en Colombia. En primer lugar, consideró que la tutela es procedente, toda vez que no existe un mecanismo judicial idóneo y eficaz a través del cual se puedan proteger los derechos fundamentales invocados en el caso concreto. Por una parte, descartó "que el medio de control idóneo sea el control automático de nulidad por inconstitucionalidad", dado que las medidas en cuestión no se relacionan con la declaratoria del estado de excepción. Por otra, señaló que el medio de control de nulidad no sería eficaz, en razón al tiempo que los adultos mayores habrían estado aislados para el momento en que se profiera una decisión, "siendo inminente el perjuicio". Este perjuicio, en criterio de la primera instancia, se configura mientras las medidas cuestionadas estén vigentes, dado que hay conceptos científicos que dan cuenta de las consecuencias físicas y mentales del aislamiento preventivo obligatorio en personas mayores de 70 años. Además, una medida

cautelar, como por ejemplo la suspensión de las medidas cautelares, “no daría solución de fondo al asunto”.

25. En segundo lugar, superado el análisis de procedencia, la juez de primera instancia realizó un juicio intermedio de igualdad, a efectos de valorar si el trato diferenciado persigue un fin constitucionalmente importante, acude a un mecanismo efectivamente conducente y si este “cobija una medida proporcionada”. Argumentó que encuentra “fines constitucionales en la aplicación de las normas en comento como sustento de la medida de confinamiento con distinción en un grupo etario”. Además, aunque la extensión de la cuarentena no es conducente “para proteger la salud de este grupo etario […] [cuando] exist[e] desincentivación del ejercicio”, lo es en cuanto a la protección de la salud del resto de la población, dada la “ausencia […] de un mínimo básico para atender la emergencia sanitaria”, por departamento. No obstante, consideró que “[l]a medida adoptada es desproporcionada porque para alcanzar el mismo nivel de protección de los fines constitucionales referidos se puede acudir a una medida menos restrictiva”. De esta manera, argumentó que la población mayor de 70 años “se ve en condición de desigualdad frente a los demás ciudadanos mayores edad” y se ve sometida a medidas paternalistas y a un trato discriminatorio en razón a la edad.

2.7. Informes de cumplimiento de la sentencia de tutela de primera instancia

27. Por un lado, se llevó a cabo una reunión entre el Ministerio de Salud y Protección Social, el señor Rudolf Hommes Rodríguez y las instituciones científicas señaladas por la juez de tutela, con el fin de acordar las condiciones para que las personas del grupo etario en cuestión hicieran ejercicio en el marco de la pandemia, así como para evaluar las medidas de aislamiento para estas personas. Después de esta reunión hubo un intercambio de correos, en los que, por una parte, el Ministerio propuso dos alternativas para el desarrollo de actividad física y, por otra, el señor Hommes Rodríguez expresó que “no [era] claro que el gobierno [tuviera] voluntad de acatar el fallo”. Por otro lado, el señor Hommes Rodríguez informó que se había presentado “el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado”, contra “el numeral 35 del artículo 3 del Decreto 749 de 2020 […]; el artículo 1 del Decreto 847 de 2020 […]; la Resolución 464 de 2020 […]; y el numeral 2.2. del artículo 2 de la Resolución 844 de 2020[,] por medio del cual se modificó el artículo 2 de la Resolución 385 del 17 de marzo de 2020”.

2.8. Impugnación contra la sentencia de primera instancia

28. El fallo de primera instancia fue impugnado por la Procuraduría General de la Nación, el DAPRE, el Ministerio de Salud y Protección Social y el Ministerio del Interior. Por su parte, los accionantes presentaron un escrito controvirtiendo los argumentos de los recurrentes.

29. La Procuradora 187 Judicial I para Asuntos Administrativos alegó que el fallo de instancia incurrió en dos defectos: un defecto orgánico, puesto que la juez "carecía de competencia para ordenar la inaplicación y […] expedición de actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto", y un defecto fáctico, toda vez que en el expediente "no existe prueba que racionalmente permita inferir que alguno de los veinticinco accionante enfrentaba un perjuicio irremediable".

30. El Ministerio de Salud y Protección Social y el DAPRE, primero, reiteraron que los mayores de 70 años enfrentan la pandemia en condiciones especiales, "en tanto presentan mayores tasas de mortalidad" y, de contraer el virus, tienen mayores probabilidades de requerir atención en unidades de cuidados intermedios e intensivos. Segundo, precisaron que las medidas dirigidas a ese grupo etario son iguales a las del resto de los ciudadanos, salvo en lo concerniente a su extensión y a las condiciones para desarrollar actividad física. Tercero, indicaron que el trato diferenciado se justifica en razón a que las medidas (i) están encaminadas "a proteger la salud en conexidad con la vida" de esta población y la comunidad; (ii) "desarrolla[n] el principio de solidaridad que sustenta la prestación de servicios de salud", y (iii) "no [son] discriminatoria[s] y encuentra[n] plena justificación en la jurisprudencia autorizada reciente del Consejo de Estado". Cuarto, alegaron que el fallo "desbordó los efectos inter partes que son propios de la naturaleza de la acción de tutela". Quinto, recalcaron, entre otros aspectos, que "[a]nte la ausencia de soluciones farmacológicas para el tratamiento y la cura del nuevo Coronavirus […], las medidas de aislamiento y distanciamiento social para toda la población se erigen como las herramientas principales para atender la crisis sanitaria". Por último, allegaron un concepto relacionado con el aislamiento de personas mayores.

31. El Ministerio del Interior, además de coadyuvar la impugnación del Ministerio de Salud y Protección Social y el DAPRE, transcribió parte de un documento suscrito por la directora del INS, relacionado con la "tasa de contagio y letalidad en población mayor de 70 años en Colombia". En este último se exponen, entre otros datos, la tasa de contagios y muertes por COVID-19 de adultos mayores de 70 años, a 7 de julio de 2020, cuyo índice de letalidad es más alto en comparación con los demás grupos etarios.

32. Los accionantes se pronunciaron sobre los argumentos de los recurrentes. (i) Reiteraron que la acción de tutela es procedente. (ii) Afirmaron que el juez de tutela tiene la facultad de ordenar la inaplicación provisional de un acto administrativo de carácter general, "mientras la jurisdicción contencioso-administrativa decide sobre su constitucionalidad o legalidad". (iii) Agregaron que la inaplicación de los actos debería tener efectos para toda "la población

sometida a […] dichos actos administrativos”, so pena de vulnerar el derecho a la igualdad. (iv) Indicaron que se presenta un perjuicio irremediable para ellos, dado que a) para la fecha de vencimiento de la medida de aislamiento obligatorio de mayores de 70 años (31 de agosto de 2020), la jurisdicción contencioso administrativa aún no se habría pronunciado acerca de la constitucionalidad de dicha medida, y b) se ha constatado que las decisiones del Gobierno están encaminadas a “tratarnos como personas vulnerables, frágiles e incapaces de tomar nuestras propias decisiones”, lo cual ha repercutido “en el trato que recibimos de parte de otros ciudadanos e incluso de empresas”. (v) Reiteraron las razones por las cuales, a su juicio, las medidas dirigidas a los mayores de 70 años son violatorias de los derechos a la igualdad y la libertad de locomoción. Y, por último, (vi) adujeron que el Gobierno no tiene ánimo conciliatorio para establecer las respectivas medidas sanitarias, de conformidad con lo dispuesto en el fallo de tutela.

2.9. Otras actuaciones relevantes

33. El 10 de julio de 2020, la Secretaria Jurídica del DAPRE remitió copia del Decreto 990 del 9 de julio de 2020. A través de este Decreto, el Gobierno, entre otras cosas, derogó el Decreto 749 de 2020, que establecía las condiciones, según el rango de edad, para el desarrollo de actividad física y ejercicio al aire libre en el marco de la emergencia sanitaria. Asimismo, permitió a los adultos mayores de 70 años la realización de estas actividades en las mismas condiciones que los adultos menores de esa edad. Lo anterior, tras considerar que no había sido posible llegar al consenso dispuesto en el fallo de tutela.

2.10. Sentencia de tutela de segunda instancia

34. La Subsección “E” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca consideró, por una parte, que la acción de tutela sub examine es procedente y, de otra, que, en efecto, se “vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, no discriminación y dignidad humana de los accionantes”. No obstante, dispuso revocar gran parte de las órdenes, modificar otra, así como, adicionar una. Respecto de la procedencia, argumentó que “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”. Sin embargo, encontró que se está ante un perjuicio irremediable de una población de especial protección constitucional y, por ende, “la acción de tutela se constituye en el medio idóneo de protección para los derechos de este grupo poblacional”.

35. Frente a la vulneración de derechos, primero, aclaró que la medida diferenciada de

aislamiento preventivo no sigue vigente, toda vez que el Gobierno la extendió a “todas las personas habitantes en el país”. No obstante, el tribunal consideró apropiado exhortar al Ministerio de Salud y Protección Social para que “se abstenga de implementar a futuro medidas que vulneren los derechos fundamentales a la igualdad, no discriminación y dignidad humana de las personas adultas mayores de 70 años”. Segundo, aplicó un test estricto de igualdad para valorar las medidas relacionadas con el desarrollo de actividad física. Indicó que “tanto en el plano fáctico como jurídico […] 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”. En su criterio, dicho trato diferenciado “no era necesari[o], y además, podía ser remplazad[o] por otras medidas menos lesivas”, que de manera significativa no generaran” una discriminación en contra de este grupo poblacional. Además, consideró que la medida “antes que una protección deviene en discriminación” y “afecta el principio de independencia y autorrealización”. Aunado a lo anterior, sostuvo que en el caso sub examine procede un fallo con efectos inter comunis, al constarse la existencia de un grupo en condiciones objetivas similares.

36. En consecuencia, dispuso: (i) la suspensión transitoria de los efectos del artículo 3, numeral 35, inciso 5º del Decreto 749 de 2020; (ii) otorgar efectos inter comunis a la decisión, y (iii) negar las demás pretensiones.

3. Expediente T-8.062.133

3.1. Hechos

37. El 13 de abril de 2020, Dolcey Casas Rodríguez presentó acción de tutela en contra de la Nación, la Presidencia de República, los ministerios del Interior, Hacienda y Crédito Público, Salud y Protección Social, Justicia y del Derecho, Trabajo, Transporte y Defensa, la Gobernación del Valle del Cauca, la Alcaldía de Santiago de Cali y el Consejo Superior de la Judicatura. Indica que tiene 77 años de edad, es ingeniero electricista de profesión y deriva su sustento de la actividad como perito auxiliar de la justicia, ya que no tiene pensión de vejez. Relata que ha tenido padecimientos de salud y que tiene deudas que ascienden a los trescientos millones de pesos. Alega que las medidas de confinamiento decretadas en la Resolución 464 de 2020 y el Decreto 457 de 2020, en lo que respecta a las restricciones exclusivas de las personas mayores de 70 años, vulneran sus derechos.

38. Alega que se vulnera su derecho a la libertad de locomoción (art. 24 C.P.) porque su oficio implica el desplazamiento a distintas zonas rurales y urbanas del país, pero las medidas descritas le impiden circular libremente. El derecho a la igualdad (art. 13 C.P.), toda vez que no encuentra una justificación para el trato diferente entre él y un adulto mayor de “62, 65,

68, 69 años, por ejemplo". El derecho al trabajo, habida cuenta que, al no poder movilizarse "a los sitios donde ocurren los accidentes eléctricos, no pued[e] ejecutar las actividades relacionadas" con su oficio y pierde su trabajo, el cual es la única fuente de ingreso de su familia.

3.1. Pretensiones y fundamentos de la acción de tutela

40. El accionante solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, libre circulación, igualdad, trabajo digno libertad y a la protección de las personas de la tercera edad. En concreto, solicita que (i) "se decrete la nulidad de la Resolución 464 y del Decreto 457 de 2020 en lo concerniente al aislamiento preventivo de los adultos mayores de 70 años hasta el 30 de mayo de 2020" y, en consecuencia, (ii) "se restablezca [su] derecho constitucional a circular libremente por el territorio nacional, para poder realizar libremente [su] trabajo como Perito Auxiliar de la Justicia, Ingeniero Electricista, registrado en el Consejo Superior de la Judicatura".

3.2. Respuesta de las entidades accionadas.

41. El Ministerio de Defensa alegó que (i) la acción de tutela es improcedente porque el mecanismo ordinario para atender la pretensión del accionante es el control automático de los actos cuestionados, proferidos en el marco del estado de excepción, y (ii) hay falta de legitimación por pasiva para dar "cumplimiento a las pretensiones" del accionante. El Ministerio de Hacienda argumentó que (i) la acción de tutela se fundamenta "en un supuesto de vulneración que no ha ocurrido"; (ii) no cumple el requisito de subsidiariedad, ya que la revisión de los decretos legislativos "debe ser efectuada por la Corte Constitucional", y (iii) no se acredita un perjuicio irremediable que "justifique la procedencia transitoria" de la tutela.

42. El Ministerio del Interior pidió que se declare la falta de legitimación por pasiva de esa cartera, por cuanto dentro de sus funciones no se encuentra "determinar programas de atención a trabajadores informales que desarrollen actividades de peritos como auxiliares de la justicia". Asimismo, argumentó que la acción de tutela es improcedente, toda vez que el accionante puede acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para "solicitar la nulidad del acto administrativo que ordena el aislamiento obligatorio y la eventual afectación de derechos invocados". Además, no se evidencia un perjuicio irremediable que permita su procedencia como mecanismo transitorio.

43. El Ministerio de Salud y Protección Social, entre otras cosas, refirió las medidas adoptadas para prevenir, detectar, controlar y atender los casos de contagio por COVID-19, las cuales son de público conocimiento. Enfatizó que "adopt[ó] todas las medidas de precaución y prevención relacionadas con la gestión del riesgo y emergencias […] en aras de evitar una posible propagación del Coronavirus (COVID – 19) como consecuencia del ingreso de la población nacional y extranjera", las cuales se encuentra renovando. Solicitó que se le exonerara de cualquier responsabilidad por no ser la entidad llamada a atender las solicitudes deprecadas. El Ministerio de Trabajo alegó una falta de legitimación por pasiva, debido a que "no ha expedido la resolución 464 de 2020 a través de la cual se restringe la movilidad de las personas mayores de 70 años". Agregó que, por regla general, la acción de tutela no procede contra actos administrativos de carácter general ya que existen mecanismos judiciales idóneos para controvertir la legalidad de dichos actos, salvo cuando se cause un perjuicio irremediable al accionante. El Consejo Superior de la Judicatura, entre otras cosas, alegó falta de legitimación por pasiva, ya que no ha vulnerado derecho fundamental alguno.

44. El DAPRE y el presidente de la República solicitaron declarar la improcedencia de la acción de tutela o, en su defecto, desvincularlos del trámite. Esto, por cuanto el presidente no ha vulnerado ningún derecho del accionante. Por el contrario, "dentro de sus competencias ha tomado todas las medidas necesarias y suficientes para afrontar la emergencia sanitaria mundial por la propagación del Covid-19". Además, porque el DAPRE y el presidente no tienen legitimación en la causa por pasiva "por cuanto dentro de sus competencias no existe [alguna] que se relacione con la materia que aquí es objeto de debate ni tampoco […] es posible identificar alguna que pudiera tener algún nexo […] con la presunta afectación narrada por el actor".

45. El Ministerio de Transporte sostuvo que no ha vulnerado los derechos del accionante, sino que tanto esa cartera como el Gobierno han "implementado diversas estrategias en aras de reducir la propagación de la Pandemia COVID 19". Además, que "las decisiones tomadas por el Consejo superior de la Judicatura en cuanto a la suspensión de términos se encuentran exclusivamente a cargo de dicha Corporación" y, por ende, hay una falta de legitimación por pasiva por parte del ministerio. También argumenta que "las disposiciones tanto del gobierno nacional como del Consejo Superior de la Judicatura se encuentran ajustadas a derecho, en salvaguarda de los derechos fundamentales de todos aquellos que desarrollan esta actividad". Por último, aduce que para la declaratoria de nulidad de los actos cuestionados "se cuenta con un mecanismo alternativo el cual no corresponde a la acción de tutela por ser este un mecanismo subsidiario".

46. La Alcaldía de Santiago de Cali, por una parte, alegó que carece de legitimación en la causa por pasiva, "como quiera que no obra en el proceso prueba de que sea el Municipio de

Santiago de Cali, quien haya vulnerado derecho fundamental alguno al accionante". Por otra, señaló que es la jurisdicción de lo contencioso administrativo la facultada para "adelantar los procesos de LEGALIDAD de los actos administrativos que reprocha el actor". Por último, indica que el Decreto 553 de 2020, en el que se estableció una ayuda económica para los adultos mayores, puede eventualmente favorecer al actor e informó acerca de las ayudas humanitarias proveídas por el ente territorial, así como el trámite para acceder a estas .

3.3. Sentencia de tutela de primera instancia

47. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca consideró que, en principio, la acción de tutela es improcedente por cuanto con esta se pretende la declaratoria de nulidad de actos administrativos, para lo "cual se han establecido los medios de control ordinarios pertinentes". No obstante, argumentó que, "en aquellos casos de restricción de derechos como la circulación, igualdad y trabajo", inclusive, durante los estados de excepción, la acción de tutela sí es procedente. De este modo, al pasar al estudio de fondo de la controversia, realizó un test estricto de igualdad, a efectos de valorar si los derechos del accionante habían sido vulnerados. En ese sentido, señaló que (i) la medida persigue un fin constitucionalmente legítimo, importante e imperioso, como es "proteger la vida de la población con mayor posibilidad de riesgo de perder la vida" en esta pandemia; (ii) el medio escogido es legítimo, adecuado y necesario según se desprende de la información que se conoce frente al manejo de la pandemia, que "recomienda este tipo de medios, para la población adulta mayor", por último (iii) las medidas son proporcionales, habida cuenta de que "no se está impidiendo la labor económica del actor" sino que esta está restringida temporalmente, es una medida temporal y con esta se pretende proteger su derecho a la vida.

48. Con base en lo anterior, el Tribunal concluyó que no hubo vulneración a los derechos fundamentales del accionante y, por lo tanto, negó sus pretensiones. No obstante, consideró pertinente ordenar al municipio de Santiago de Cali que realizara una evaluación de las condiciones de vulnerabilidad del accionante y su núcleo familiar, a efectos de determinar la posibilidad de acceder a las distintas ayudas ofrecidas en el marco de la pandemia.

3.4. Impugnación contra la sentencia de primera instancia

49. El accionante impugnó el fallo de primera instancia. Alegó que el Tribunal no aplicó el test estricto de igualdad exigido para estudiar el caso concreto. Insistió en que los actos cuestionados validan prejuicios y estereotipos frente a los mayores de 70 años. Con base en estadísticas sobre el índice de contagio por grupo etario, señaló que las medidas son desproporcionadas e incurrieron en un "trato discriminatorio y vulneraron su derecho a la igualdad"; lo cual, en su criterio, fue avalado por el juez de primera instancia. Reiteró las

circunstancias particulares en las que se encuentra y que las medidas cuestionadas lo “han dejado sin trabajo, [le] conculcaron la libertad y [lo] dejaron sin protección, a [él] y a [su] familia”.

3.5. Sentencia de tutela de segunda instancia

50. La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado confirmó el fallo de primera instancia. Señaló que el accionante “cuenta con el medio de control de simple nulidad para efecto de cuestionar la legalidad o constitucionalidad de la Resolución 464 de 2020”, el cual incluso contempla como medida cautelar la suspensión provisional del acto. No obstante, dado que el Consejo Superior de la Judicatura suspendió los términos judiciales a partir del 15 de marzo de 2020 y que, para el momento en que se interpuso la tutela, dicha suspensión se había prorrogado a través de varios acuerdos, a su juicio, “no era posible que el señor Casas Rodríguez presentara la demanda de simple de nulidad ni mucho menos que se siguiera el trámite correspondiente a ese tipo de procesos”. Por esta razón, consideró que “el medio de control de simple nulidad no resulta[ba] idóneo ni eficaz” en el caso concreto. Además, argumentó que la tutela no pretende la “declaratoria de inconstitucionalidad o de ilegalidad del acto general, sino prevenir que [este] sea aplicado en el caso concreto, siempre que se compruebe la vulneración de derechos fundamentales”.

51. Al pronunciarse de fondo, el Consejo de Estado realizó un juicio de proporcionalidad, y concluyó que: (i) la medida “tiene un objetivo constitucionalmente legítimo o deseable” como es “la protección de las personas de la tercera edad y el cuidado de la salud de la comunidad en general”; (ii) es idónea para “evitar el contacto social, controlar la propagación del virus y proteger la vida” del accionante, como parte de un grupo poblacional especialmente vulnerable al Covid-19; (iii) es necesaria según la experiencia de otros países y las recomendaciones de la Organización Mundial para la Salud (OMS), que dan cuenta de que el aislamiento es la medida más común para proteger de forma efectiva a la población mayor de 70 años, y, por último, (iv) es proporcional en sentido estricto, por cuanto prevalece “la protección del derecho a la salud y vida del [accionante] respecto del derecho a la libre locomoción”.

52. Por último, adujo que el Gobierno Nacional y el Municipal no han sido indiferentes frente a la situación de las personas mayores y, por ello, han adoptado una serie de medidas encaminadas a atenderlos de forma especial. Dada la existencia de estas medidas, consideró apropiado mantener la orden de evaluar si el accionante “requiere las ayudas implementadas para población en situación de vulnerabilidad”.

4. Actuaciones en sede de revisión

53. El Ministerio de Salud y Protección Social presentó una intervención a través de la cual solicitó la revocatoria de la sentencia de segunda instancia proferida en el expediente T-8.023.514 y que, en su lugar, se declarara la improcedencia de la acción de tutela. Primero, señaló que "el derecho a la salud tiene una dimensión individual relacionada con la asistencia sanitaria de cada individuo y una dimensión colectiva que contiene elementos de carácter asistencial [...], de promoción y prevención y las demás intervenciones en relación con la salud pública lo cual le exige a los Estados considerar las situaciones de una manera global". En ese entendido, para el Ministerio, en el contexto de la pandemia de COVID-19, "con escasez de servicios, insumos, vacunas y otros medicamentos, la mirada colectiva adquiere una relevancia aún más preponderante", porque, de no ser así "no será posible garantizar tampoco la faceta individual de la salud". Por ello, las medidas se adoptan tomando en consideración varios aspectos, entre los cuales está la mayor vulnerabilidad de grupo poblacionales específicos, la capacidad de los servicios de salud y "la interacción entre orientaciones y medidas ya establecidas y vigentes en la actualidad", entre otras.

54. Segundo, manifestó que "las medidas temporales de aislamiento preventivo con enfoque diferencial frente a la población adulta mayor de 70 años obedecieron, única y exclusivamente, a conceptos técnicos y científicos disponibles" que daban cuenta de que el virus es más letal en personas mayores. Por ende, ante esta evidencia, no podía pretenderse que el Gobierno hubiese permanecido "impasible sin proteger a ese sector de la población de manera específica y especial". De esta manera, alegó que las medidas dirigidas a ese grupo poblacional tenían como propósito "lograr una igualdad real y efectiva, en consideración al derecho a la salud y la vida".

55. Tercero, indicó que el derecho fundamental a la libertad de locomoción no es absoluto y, como tal, puede ser objeto de limitación por causas constitucionalmente legítimas como "proteger la vida, la salud, la integridad y otros derechos" de sujetos de especial protección constitucional, tal como ocurrió con las medidas en cuestión, respecto de las personas mayores de 70 años. Cuarto, estableció que el derecho al libre desarrollo a la personalidad tampoco es absoluto, y tiene como límite la afectación de "derechos de terceros o valores constitucionalmente protegidos". De esta manera, este derecho "está estructurado sobre la base de una visión colectiva de prevención y protección". Explicó que por ello, ante la pandemia, las dimensiones resaltadas "se amplían y llegan a espacios en los que, en principio, no tendrían justificación". En consecuencia, estas, pese a ser medidas proteccionistas, "son compatibles con el derecho al libre desarrollo de la personalidad".

57. Séptimo, reiteró que "la letalidad por COVID-19 en adultos de más de 60 años es mayor que en los demás grupos de edad". Además, indicó que "el comportamiento de las muertes

por COVID-19 está altamente relacionado con la tasa de contagio". Octavo, señaló que "la acción de tutela es improcedente para controvertir las directrices del Gobierno Nacional", toda vez que ese no es el escenario para decidir asuntos de política pública. Noveno, alegó que en el presente caso no se dan las condiciones para proferir un fallo con efectos inter comunis. Décimo, consagró que la acción de tutela en comento es improcedente, dado que, entre otros, los accionantes cuentan con mecanismos ordinarios para controvertir la constitucionalidad y la legalidad de las medidas y no acreditaron la vulneración concreta, subjetiva e individual de un derecho fundamental, como tampoco la existencia de un perjuicio irremediable.

4.1. Auto de pruebas del 8 de marzo de 2021

58. Inicialmente, la magistrada sustanciadora decretó pruebas con el fin de contar con los elementos para adoptar una decisión en los procesos de tutela T-7.953.574 y T-8.023.514,. Por parte del Distrito de Bogotá, se recibieron respuestas de las secretarías (i) del Hábitat, (ii) de Integración Social, (iii) Jurídica y (iv) de Salud, las cuales expusieron las medidas, programas y ayudas que implementaron para afrontar la pandemia y, en concreto, aquellas dirigidas a los adultos mayores. En particular, la Secretaría Jurídica Distrital, informó acerca de las medidas transitorias adoptadas por la alcaldesa, "entre las cuales se encontraba la limitación a la libre circulación (aislamiento preventivo obligatorio) para la totalidad de las personas en el territorio de Bogotá" y señaló que, a medida que el Gobierno autorizó de forma paulatina la reanudación de algunas actividades, la Alcaldía permitió "el desarrollo de actividades físicas al aire libre, entre las cuales se establecieron a nivel distrital medidas para los mayores de 70 años".

59. El DAPRE indicó que después de los decretos 749 y 847 de 2020, se profirieron, entre otros, los siguientes decretos: 990 de 2020, por medio del cual se equipararon las condiciones para realizar actividad física para todos los adultos; 1076 de 2020, que derogó el Decreto 990, pero mantuvo las mismas condiciones que este último establecía para realizar actividad física; 1168 de 2020, que derogó el Decreto 1076 de 2020, y el 109 de 2021, por el cual se adoptó el Plan Nacional de Vacunación contra el COVID-19.

60. El Ministerio de Salud y Protección Social explicó que, como parte de la política pública en salud para afrontar el COVID-19, se promovió la participación ciudadana a través del "acatamiento de las medidas de aislamiento preventivo y de higiene que permiten el manejo adecuado del nuevo coronavirus". Reiteró parte de los argumentos expuestos en la intervención descrita arriba, en relación con las dimensiones individual y colectiva del derecho a la salud (supra. 53). Por último, refirió las medidas adoptadas con el fin "de proteger a la población colombiana en especial a los adultos mayores". Al describir la de "[a]islamiento preventivo obligatorio con posibilidad de realizar actividad física", resaltó que

una pandemia como la de COVID-19 se debe manejar por fases, así: fase de preparación, fase de contención y fase de mitigación. El Ministerio del Interior, de un lado, refirió las funciones de esa cartera y, de otro, señaló que con el Decreto 990 de 2020 se cumplió el fallo de tutela de 2 de julio de 2020.

61. Del Consejo de Estado se recibió respuesta de la Secretaría General y del consejero Oswaldo Giraldo López, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. La Secretaría General informó que las resoluciones 464 y 844 de 2020 fueron remitidas a esa corporación con el fin de que se efectuara su control inmediato de legalidad. No obstante, respecto de ambas se decidió no llevar a cabo dicho control, en la medida en que estas resoluciones no fueron proferidas en el marco del Estado de Excepción. Por su parte, el Consejero Oswaldo Giraldo López indicó, entre otras cosas, que en el radicado 11001032400020200030600 se tramita el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad promovido por el señor Rudolf Hommes y otros ciudadanos, en contra del numeral 35 del artículo 3 del Decreto 749 de 2020 y las resoluciones número 464 y 844 de 2020, numeral 2.2. Además, que "[e]l referido expediente fue asignado al despacho […] mediante acta individual de reparto del 22 de agosto del 2020 e ingresada al Despacho el 4 de septiembre de esa anualidad, por lo que el estudio de la admisibilidad ya fue asignada [sic] en reparto al sustanciador a cargo atendiendo el turno de llegada de los procesos que se encuentran para el mismo trámite". Por último, allegó copia del referido expediente.

62. Corrido el traslado de las pruebas descritas, se recibieron las siguientes intervenciones. El Ministerio de Justicia y del Derecho señaló que la medida establecida en las resoluciones 464 y 844 de 2020, fue modificada por la Resolución 1462 de 2020, en la que se dispuso "recomendar a las personas mayores de 70 años el autoaislamiento preventivo". De igual forma, indicó que la medida especial para el desarrollo de actividad física, establecida en el Decreto 847 de 2020, se eliminó mediante el Decreto 1168 de 2020. En ese sentido, argumentó que, aún en gracia de discusión de si hubo o no vulneración de derechos, "se configuraría en este caso un hecho superado". Asimismo, insistió en que la acción de tutela es improcedente por estar dirigida contra actos de carácter general y abstracto, los cuales, en todo caso "tuvieron como fin constitucionalmente legiítimo la protección de la salud y vida de los colombianos".

63. El Ministerio de Transporte, entre otras, señaló que la Presidencia de la República y el Ministerio de Salud y Protección Social han desplegado todas las actuaciones administrativas "necesarias para asegurar una adecuada situación de higiene y seguridad en todas las actividades, adoptando […] las precauciones basadas en principios científicos recomendadas por expertos con el obetivo de limitar la diseminación de la enfermedad Covid 19 […] propendiendo por la especial protección del grupo poblacional conformado por los adultos mayores". Por último, la Secretaría Jurídica del Distrito de Bogotá se pronunció frente a la información recibida del Consejo de Estado. Manifestó que la administración distrital expidió algunos decretos, con base en las medidas proferidas por la autoridad nacional competente,

las cuales gozan de presunción de legalidad hasta tanto se decrete su nulidad. En ese sentido, afirmó estar “a la espera de la decisión que profiera el Consejo de Estado respecto de la admisibilidad del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad”.

4.2. Auto de pruebas del 25 de mayo de 2021

64. Revisadas las pruebas e intervenciones descritas (supra. I. 4.1), así como el expediente T-8.062.133, la magistrada sustanciadora ordenó la práctica de pruebas adicionales, cuyas respuestas se resumen a continuación. La Secretaría General del Consejo de Estado remitió en medio magnético copia del expediente de segunda instancia de la acción de tutela interpuesta por Dolcey Casas Rodríguez. Asimismo, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca envió copia digital del expediente de la acción de tutela interpuesta por el mismo ciudadano.

65. La Secretaría de la Sección Primera del Consejo de Estado informó, por una parte, que no encontró que contra las resoluciones 464 y 844 de 2020 existan procesos distintos a los radicados 11001031500020200231500, 11001031500020200234900 y 11001032400020200030600. Por otra, que cursa el proceso 11001032400020200040200 en razón al medio de control de nulidad por inconstitucionalidad instaurado en contra del artículo 1 del Decreto 847 de 2020, relacionado con las condiciones para desarrollar actividades físicas al aire libre en el marco de la pandemia. Reportó que el mencionado proceso se encuentra “en revisión de admisibilidad” y, por ende, “en este no se ha decretado ninguna medida cautelar”. Por último, allegó copia digital de tres de los expedientes enunciados. Por su parte, la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló que en esa Sección no se encontró algún proceso “en contra de las resoluciones n° 464 y 844 de 2020 y decretos n° 749, 847 y 878 de 2020”. Por último, el Ministerio de Salud y Protección Social informó que, además de los procesos 11001031500020200231500 y 11001031500020200234900, en contra de la Resolución 844 de 2020 actualmente cursa el radicado 11001032400020200018300.

66. Corrido el traslado de estas pruebas, se pronunciaron los ministerios de Justicia y del Derecho y de Transporte, la Secretaría Jurídica del Distrito de Bogotá y el Consejo Superior de la Judicatura. El Ministerio de Justicia y del Derecho, por una parte, se remitió a las respuestas dadas en anteriores oportunidades. Por otra, argumentó que, de las pruebas obrantes en el expediente “incluyendo las recientemente allegadas”, se advierte que los actos cuestionados ya no están vigentes y, por ende, “se configuraría […] un hecho superado”. Por último, resaltó que corresponde a esa jurisdicción “estudiar la constitucionalidad en abstracto de las normas que imponían restricciones a los adultos mayores durante el periodo de aislamiento es la jurisdicción contenciosa administrativa”.

67. El Ministerio de Transporte insistió en que la Resolución 464 de 2020 y el Decreto 457 de 2020 están ajustados a la Constitución y la ley y que el derecho a la libre circulación no es absoluto. Se refirió a la finalidad de los estados de excepción y al principio de separación de poderes, para fundamentar que el Gobierno no vulneró los derechos fundamentales de los accionantes. Por último, señaló que el control de las normas cuestionadas se surte de forma automática y, en ese sentido, no se cumple con el requisito de subsidiariedad. La Secretaría Jurídica del Distrito de Bogotá se pronunció acerca de la acción de tutela interpuesta por Dolcey Casas Rodríguez. Indicó que "para el periodo de tiempo que se tramitó la acción de tutela el aislamiento preventivo obligatorio, no era una medida que solamente se aplicara para los adultos mayores de 70 años" ya que similar medida recaía sobre la población en general. Por lo tanto, adujo que para efectos prácticos no había un criterio diferenciador. Sumado a ello, alegó que, dado que las medidas de aislamiento finalizaron el 31 de agosto de 2020, se presentó un hecho sobreviniente y, por ende, una carencia actual de objeto.

68. El Consejo Superior de la Judicatura manifestó que esa corporación "se encuentra sujeta a las políticas que el Gobierno Nacional ha trazado en materia de salubridad y bioseguridad". Por ende, acorde con estas políticas, ha adoptado las medidas necesarias para garantizar el servicio público de administración de justicia, al tiempo que la salud de servidores y usuarios. De igual forma, adujo que los acuerdos proferidos por esa entidad, en el marco de la pandemia, gozan de presunción de legalidad y las tutelas que se han instaurado en su contra han sido declaradas improcedentes por "no cumplir con el requisito de subsidiaridad".

4.3. Estudio del caso por parte de la Sala Plena de la Corte Constitucional

69. En sesión del 5 de mayo de 2021, la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió asumir el conocimiento de los expedientes acumulados de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del Acuerdo 02 de 2015. Como consecuencia, los términos procesales para adoptar la decisión se suspendieron de conformidad con lo previsto por el artículo 59 ib.

4.4. Auto de pruebas del 14 de julio de 2021

70. La Sala Plena decretó pruebas adicionales con el fin de contar con elementos suficientes para tomar una decisión, al igual que prorrogó la suspensión de los términos para proferir la sentencia, con fundamento en el artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015. En el auto expresó que "abrir[ía] un espacio de deliberación para lo cual invitar[ía] a entidades del Estado, organizaciones privadas e instituciones educativas para que present[aran] intervenciones[…], en las que respond[ieran] algunas inquietudes relevantes, relacionadas con las medidas sanitarias decretadas mediante las resoluciones 464 y 844 de 2020 y los decretos 749 y 847 de 2020". A continuación, se sintetizan las respuestas.

71. La Academia Nacional de Medicina explicó lo siguiente. (i) La pandemia originada por el virus SARS COV2 constituye una situación inédita para la que ningún país se encontraba preparado y las medidas como “el confinamiento, el uso de tapabocas, lavado frecuente de manos y distanciamiento físico de las personas son las que han demostrado ser más efectivas en circunstancias de pandemias ocurridas anteriormente a nivel mundial”. (ii) A medida que se ha ido conociendo más sobre el COVID-19, se han tomado las “medidas que [parecen] ser más convenientes y adecuadas”. (iii) Es posible que las medidas no sean del agrado de las personas, “pero se debe buscar más el beneficio colectivo que el beneficio individual”. Además, “[n]o es fácil predecir respuestas individuales”.

72. Varios accionantes remitieron sus respuestas a las preguntas realizadas por la Sala Plena. Algunos lo hicieron a través de correos o escritos individuales y otros a través de escritos idénticos o muy similares. En estos últimos, los accionantes expresaron que la decisión de cuidar la salud propia “debe ser resultado de un proceso interno racional y consciente”, con base en la información “proporcionada por los expertos y por la ciencia”. Por ello, argumentaron que las medidas fueron “discriminatorias, irrespetuosas y humillantes” y desconocieron su autonomía y capacidad de tomar decisiones sobre su propia vida. En su criterio, el Gobierno “pareció considerar, sin argumentos válidos para ello, que debido a [su] edad no comprendería[n] de manera adecuada y plena la seriedad de la pandemia”. Para ellos, el trato discriminatorio fue claro, toda vez que a los demás adultos no se les impuso un aislamiento “tan exigente ni tan prolongad[o]”. Además, consideraron que las medidas especiales crearon “un imaginario social según el cual los adultos mayores [son] incapaces de cuidar[se] por [ellos] mismos y necesita[n] asistencia para tomar decisiones sobre [su] propia vida”. Agregaron que las medidas “tuvieron un impacto negativo sobre [su] salud mental y física”.

73. La Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia expuso que, para el 18 de marzo de 2020, cuando ya había circulación del virus en el país, el cuidado de toda la población “era imperativo”. No obstante, a su juicio, la medida obligatoria de aislamiento preventivo para mayores de 70 años “se constituyó en una medida edadista, es decir, discriminatoria en razón de la edad” y es contraria a instrumentos y mecanismos de protección de derechos humanos. Señaló que la extensión de la medida agudizó el “envejecimiento en inequidad”. Frente a la existencia de otras medidas distintas al confinamiento para cuidar a estos adultos, mencionó, entre otras, la aplicación de medidas iguales para toda la población, la necesidad de no restringir la movilidad para hacer compras y visitar al médico y medidas de choque para reducir el hambre y garantizar una renta básica. Indicó que “no existían razones médicas” que justificaran que las condiciones para hacer ejercicio fueran distintas para los mayores de 70 años y que las medidas agravaron los cuadros de ansiedad y depresión. Por último, hizo referencia a las medidas que fueron adoptadas en el Reino Unido y en Uganda.

74. El Ministerio de Salud y Protección Social y el Ministerio del Interior, de forma independiente, dieron respuesta al cuestionario realizado por la Sala Plena, así:

Preguntas realizadas por la Sala

Respuesta

Resolución 464 de 2020

¿Qué otras medidas sanitarias o de cualquier otra índole, además del aislamiento preventivo obligatorio para personas mayores de 70 años, fueron consideradas previo a la expedición de la Resolución 464 de 18 de marzo de 2020?

Minsalud. Se adoptaron medidas para evitar "la propagación viral a nivel domiciliario y comunitario, promoviendo medidas básicas de higiene". Asimismo, se iniciaron las acciones necesarias "para la atención de pacientes con infección por SARS-CoV-2/COVID 19". Esto, dada la velocidad de propagación del virus, la recomendación de la OMS para mitigar el contagio y "ante la ausencia de medidas farmacológicas por ausencia de tratamientos y vacunas efectivas para la fecha".

¿Cuáles fueron las razones por las cuales se optó por la medida sanitaria obligatoria de aislamiento preventivo de las personas del precitado grupo etario, en las condiciones descritas en la Resolución 464 de 18 de marzo de 2020, en lugar de optar por otras medidas sanitarias o de cualquier otra índole?

¿Se tuvo en cuenta el posible impacto que la medida establecida en la Resolución 464 de 18 de marzo de 2020 podría tener sobre las personas mayores de 70 años, especialmente, sobre aquellas que tuvieran condiciones médicas o físicas particulares? De ser así, ¿qué medidas o directrices se adoptaron al respecto?

Minsalud. Para adoptar las medidas, se tuvieron en cuenta "los impactos que las mismas [pudieran] causar en el caso concreto". De allí que en el artículo 2 de la resolución se hubiesen establecido algunas excepciones a la medida.

Enviar los conceptos técnicos y científicos disponibles para la fecha en que se profirió la Resolución 464, respecto de las medidas sanitarias y de cualquier otra índole recomendadas o susceptibles de ser adoptadas, con el propósito de proteger el derecho a la salud y, en conexidad con este, el derecho a la vida de la población mayor de 70 años y el resto de la población, en el marco de la pandemia ocasionada con el COVID-19

Minsalud. Anexó:

1. 1. Reporte de situación No. 89 del INS.

2. 2. OPS/OMS. Actualización Epidemiológica.

3. 3. OPS/OMS. Consideraciones relacionadas con las medidas de salud pública y sociales en

el contexto del COVID-19.

4. 4. Consenso colombiano de atención, diagnóstico y manejo de la infección SARS-CoV-2/COVID en establecimientos de atención de la salud.

Remitir las memorias justificativas, estudios de impacto normativo y demás antecedentes relacionados con la Resolución 464 de 18 de marzo de 2020, que considere relevantes para el estudio de las acciones de tutela objeto de revisión.

Minsalud. Allegó la memoria justificativa de la Resolución 464 de 2020.

Resolución 844 de 2020, art. 2, num. 2.2.

¿Cuáles fueron las razones por las cuales se optó por extender la medida sanitaria obligatoria de aislamiento preventivo de las personas del precitado grupo etario, en las condiciones descritas en la Resolución 844 de 26 de mayo de 2020, en lugar de optar por otras medidas sanitarias o de cualquier otra índole?

Minsalud. Las razones son las que se señalan en los considerandos de la resolución.

¿En qué "términos y condiciones" se permitió la salida de las personas mayores de 70 años, de conformidad con los previsto en el numeral 2.2. del artículo 2 de la Resolución 844 de 26 de mayo de 2020?

Minsalud. En los términos establecidos en el parágrafo del artículo 2 de la resolución.

¿Se tuvo en cuenta el posible impacto que la prórroga establecida en la Resolución 844 del 26 de mayo de 2020 podría tener sobre las personas mayores de 70 años, especialmente, sobre aquellas que tuvieran condiciones médicas o físicas particulares? De ser así, ¿qué medidas o directrices se adoptaron al respecto?

Minsalud. En efecto, "se tuvo en cuenta el impacto". Por una parte, se permitió la realización de las actividades esenciales. Por otra, a los adultos mayores les regían las recomendaciones y lineamientos establecidos por el Ministerio, vigentes para la fecha.

De existir, enviar las memorias justificativas, estudios de impacto normativo y demás antecedentes relacionados con la Resolución 844 de 26 de mayo de 2020, que considere relevantes para el estudio de las acciones de tutela objeto de revisión.

Minsalud. Allegó la memoria justificativa de la Resolución 844 de 2020.

Decreto 749 de 2020, art. 3, num. 35.

¿Cuáles fueron las razones por las cuales se consideró necesario, para la fecha en que se profirió el Decreto 749 de 2020, establecer condiciones diferentes entre las personas de 18 a 69 años y los adultos mayores de 70 años para el desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre, según lo previsto por el numeral 35 del artículo 3 del Decreto 749 de 2020?

Minsalud. Reiteró la respuesta dada a la primera pregunta respecto de la Resolución 464 de

2020. Además, refirió adjuntar los reportes epidemiológicos del mes de mayo.

Mininterior. Era “necesario establecer categorías diferenciales”, siendo los mayores de 70 años quienes “tienen mayor probabilidad de no superar los síntomas provocados por el contagio”. Las directrices y recomendaciones de organismos internacionales, de cierta forma, originaron el “enfoque diferencial justificado para los adultos mayores de 70 años”. La actividad o ejercicio al aire libre “en cierta forma implica el contacto social”, lo cual aumenta la posibilidad de contagio. No obstante, no se impidió o anuló la capacidad de estas personas para ejercitarse o salir de sus residencias para esos fines, solo se limitó el tiempo de exposición. El Gobierno “no estaba dispuesto a asumir para la época de los hechos, las consecuencias de no tomar las medidas que garantizaran el derecho a la vida y la salud de todos los habitantes”.

¿En qué condiciones, además de las previstas por el Decreto 749 de 2020, se consideró las personas mayores de 70 años podrían desarrollar actividad física y ejercicio al aire libre?

Minsalud. Las condiciones se definieron en el documento “Orientaciones para el desarrollo de la actividad física en personas adultas mayores en el marco de la prevención, contención y mitigación del Coronavirus (COVID-19)”.

Mininterior. No tiene referencia “de otros parámetros o condiciones que no fueran técnicos y científicos para que los adultos mayores de 70 años realizaran ejercicio al aire libre”.

¿Cuáles fueron las razones por las cuales se optó por establecer las condiciones para el desarrollo de actividad física y ejercicio al aire libre por las personas mayores de 70 años en los términos previstos por el Decreto 749 de 2020?

Minsalud. Las razones son las que se señalan “en los considerandos de la Resolución 844 de 2020”.

Mininterior. Se sustentaron en “las condiciones de salud pública que se presentaron y el comportamiento del Coronavirus”, según cada grupo poblacional, presentando mayor tasa de letalidad los adultos mayores. También se tuvo en cuenta la necesidad de UCI.

¿Se tuvo en cuenta el posible impacto que podrían tener las condiciones establecidas en el Decreto 749 de 28 de mayo de 2020 para el desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre en las personas mayores de 70 años, especialmente, sobre aquellas que tuvieran condiciones médicas o físicas particulares? De ser así, ¿qué medidas o directrices se adoptaron al respecto?

Minsalud. En efecto, “tan es así que se facilitó la realización acciones esenciales”, según se previó en el artículo 3 del Decreto.

Mininterior. La “conexión con la naturaleza y la vida tienen una relación positiva”. No obstante, esta interacción se vio afectada por el virus, “transformando las actividades cotidianas en factores de riesgo al posible contagio”. El trato diferenciado se justificó por la mayor vulnerabilidad de los mayores de 70 años, conforme con la información científica.

Enviar los conceptos técnicos y científicos disponibles para la fecha en que se profirió el

Decreto 749, respecto de las condiciones apropiadas y recomendadas para que los habitantes del territorio llevaran a cabo actividad física y ejercicio al aire libre.

Minsalud. Esta cartera participó en la construcción del Decreto. No obstante, este fue liderado por el Ministerio del Interior. Por ende, “en el archivo de la Cartera de Salud no reposan tales documentos solicitados”.

De existir, enviar las memorias justificativas, estudios de impacto normativo y demás antecedentes relacionados con el Decreto 749 de 28 de mayo de 2020, que considere relevantes para el estudio de las acciones de tutela objeto de revisión.

Decreto 847 de 2020, art. 1

¿Cuáles fueron las razones por las cuales se consideró adecuado y necesario modificar las condiciones en que las personas mayores de 70 años desarrollarían actividades físicas y ejercicio al aire libre, según lo previsto por el artículo 1 del Decreto 847 de 2020?

Minsalud. Si bien el ministerio participó en la construcción de este Decreto, este fue liderado por el Ministerio del Interior. Por esta razón, esa cartera no cuenta con la información solicitada.

Mininterior. Se remitió a las razones expuestas en el decreto y señaló que los informes y documentos allí relacionados motivaron la ampliación de “los horarios en relación con las restricciones para realizar actividad física o ejercicio al aire libre en todos los grupos poblacionales, incluyendo el adulto mayor de 70 años”.

¿Por qué razón, pese a la modificación del numeral 35 del artículo 3 del Decreto 749 de 2020, se persistió en establecer condiciones diferentes entre las personas de 18 a 69 años y los adultos mayores de 70 años para el desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre?

Mininterior. El trato diferencial obedeció “al comportamiento del virus dentro de este grupo poblacional, las condiciones de salud que se presentaron para la fecha, los datos y cifras”, las cuales indicaban mayor letalidad en los mayores de 70 años.

¿Se tuvo en cuenta el posible impacto que la modificación establecida por el Decreto 847 de 14 de junio de 2020 podría tener sobre las personas mayores de 70 años, especialmente, sobre aquellas que tuvieran condiciones médicas o físicas particulares?

Mininterior. Resaltó los criterios orientadores establecidos para el desarrollo de actividad física por parte adultos mayores en el contexto del COVID-19.

75. Corrido el traslado de las pruebas allegadas, se recibieron las intervenciones que se resumen a continuación. El Ministerio de Transporte reiteró que las medidas cuestionadas se encuentran ajustadas a la Constitución y la ley y que, en todo caso, la presente acción de

tutela es improcedente por “resquebrajamiento del principio de subsidiariedad”. El Ministerio de Justicia y del Derecho insistió en que, “admitiendo en gracia de la discusión de que hubo una eventual vulneración de derechos, se configuraría en este caso un hecho superado” y que, pese a comprender la importancia de que se estudie la constitucionalidad de las medidas adoptadas por el Gobierno, “dado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, la jurisdicción que debe emitir un pronunciamiento de fondo es la jurisdicción contenciosa administrativa”, ante la cual, por cierto, actualmente cursa un proceso sobre las medidas en cuestión.

77. Después de haberse corrido el traslado de las pruebas, la Alcaldía de Santiago de Cali presentó una intervención en la que se refirió, en concreto, a la acción de tutela presentada por Dolcey Casas Rodríguez. En esta reiteró los argumentos expuestos en su contestación durante el trámite de instancia y agregó que el accionante no ha solicitado ayuda alguna al municipio.

. CONSIDERACIONES

Competencia

78. La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para conocer las sentencias de tutela objeto de revisión, de conformidad con lo previsto por los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y 61 del Acuerdo 2 de 2015, por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional. Asimismo, en virtud de los autos del 30 de noviembre de 2020 de la Sala de Selección Número Seis, 29 de enero de 2021 de la Sala de Selección Número Uno y 26 de febrero de 2021 de la Sala de Selección Número Dos, en los que se decidió seleccionar y acumular los presentes asuntos para su revisión.

2. Delimitación del asunto objeto de revisión

79. Las acciones de tutela que se estudian en los expedientes T-7.953.574 (en adelante, caso I), T-8.023.514 (en adelante, caso II) y T-8.062.133 (en adelante, caso III) tienen como ejes comunes: de un lado, que los accionantes en su mayoría eran adultos de 70 años o más para el momento en que interpusieron la respectiva acción y, de otro, que estos alegaron que las medidas sanitarias proferidas en el marco de la pandemia de COVID-19, respecto de ese

grupo poblacional, afectaron sus derechos fundamentales. En concreto, las medidas que motivaron las acciones de tutela son aquellas que, por una parte, ordenaron de forma obligatoria el aislamiento preventivo para las personas mayores de 70 años y, de otra, establecieron las condiciones para el desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre, en las que se fijaron unas condiciones particulares y diferenciadas para los adultos mayores de 70 años. En el siguiente cuadro se ilustran los actos administrativos que establecieron las precitadas medidas, así como su vigencia.

Norma

Autoridad que la expidió

Vigencia de la medida respecto de personas mayores de 70 años

Medida sanitaria

Relacionadas con el aislamiento preventivo obligatorio de personas mayores de 70 años

Resolución 464 del 18 de marzo de 2020

Ministerio de Salud y Protección Social

Desde: 20 mar. 2020, a las 7:00a.m.

Hasta: 30 may. 2020, a las 12:00.p.m.

Art. 1. Aislamiento preventivo para las personas mayores de 70 años, a partir del 20 de mar. 2020, a las siete de la mañana hasta el 30 de may. de 2020 a las doce de la noche.

Resolución 844 del 26 de mayo de 2020

Ministerio de Salud y Protección Social

Desde: 26 may. 2020.

Hasta: inicialmente, a 31 ago. 2020. No obstante, dado que fue derogada por la R. 1462 de 2020, estuvo vigente hasta el 25 ago. 2020.

Art. 2-2.2. Extiende hasta el 31 ago. 2020 las medidas sanitarias de aislamiento y cuarentena preventiva para las personas mayores de 70 años, previstas en la Resolución 464 de 2020.

Relacionadas con las condiciones diferenciadas para el desarrollo de actividad física y ejercicio al aire libre

Decreto 749 del 28 de mayo de 2020

Gobierno Nacional

Desde: 1 jun. 2020 a las 00:00.

Hasta: 1 jul. 2020 a las 00:00.

Ordena el aislamiento preventivo de todos los habitantes de la República.

Art. 3, num. 35. Condiciones actividad físicas y ejercicio al aire libre:

* De 18 a 69 años: máximo de dos (2) horas diarias (+ práctica deportiva).

* Adultos mayores de 70 años: tres (3) veces a la semana, media hora al día.

Decreto 847 del 14 de junio de 2020

Gobierno Nacional

Desde: 14 jun. 2020

Hasta: 1 jul. 2020 a las 00:00 (conserva la vigencia del D. 749/20).

Art. 1. Modifica condiciones de actividad física y ejercicio al aire libre:

– Adultos mayores de 70 años: tres (3) veces a la semana, una (1) hora al día.

D. 878 del 25 de junio de 2020

Gobierno Nacional

Desde: 25 jun. 2020

Hasta: el 9 jul. de 2020, cuando fue derogado por el Decreto 990 del 9 jul. 2020.

Art 2. Prorroga las medidas del Decreto 749 de 2020 hasta las 12:00 pm del 15 de julio de 2020. No obstante, en razón a que este decreto fue derogado por el 990 del 9 de jul. 2020, su vigencia fue hasta esta última fecha.

80. En todos los casos, los actores coinciden en la afectación de su derecho a la libertad de locomoción; en los casos II y III, particularizan que se afectó el derecho a la igualdad; en el caso II, el derecho al libre desarrollo a la personalidad, y en el caso III, también los derechos a la dignidad humana, la libertad, la vida y el trabajo digno.

81. En el caso I el reparo del accionante radicaba en no poder salir de su casa para desarrollar las actividades que acostumbraba a hacer antes de que se profirieran las medidas de aislamiento preventivo. En el caso II, el reproche se fundamentó en que las medidas (i) son discriminatorias, habida cuenta de que apelan a la edad como criterio de diferenciación,

sin justificación razonable; (ii) son paternalistas; (iii) humillan, infantilizan, irrespetan y tratan como personas no autónomas, vulnerables, frágiles e incapaces a los adultos mayores de 70 años, lo cual se irradió en el imaginario social, y (iv) respecto de estas, no encontraban garantía de que no se extendieran. A propósito de las preguntas realizadas por la Sala Plena en sede de revisión, varios accionantes agregaron que las medidas (v) incidieron en el normal desarrollo de su vida; (vi) tuvieron efectos en su salud y calidad de vida, por no haber podido salir a hacer ejercicio y porque produjeron sentimientos de incertidumbre, estrés y angustia. Por último, en el caso III el accionante expresó verse afectado porque las medidas de aislamiento (i) no se justificaban en cuanto al trato diferenciado en relación con otros adultos mayores; (ii) impidieron que pudiera desarrollar su actividad como perito electricista adscrito al Consejo Superior de la Judicatura, lo cual, a su turno, afectó su única fuente de ingreso, y (iii) incidieron en su modo de vida.

82. Las pretensiones en cada uno de los casos son las siguientes. En el caso I se solicitó la expedición de un salvoconducto para continuar haciendo su vida con normalidad. En el caso II los accionantes pidieron que se ordenara inaplicar los actos administrativos que establecieron las medidas sanitarias de aislamiento preventivo obligatorio y las condiciones diferenciadas para el desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre, de mayores de 70 años. Asimismo, solicitaron que dicha determinación se hiciera extensiva a todos los ciudadanos que se vieran afectados en sus derechos con dichos actos administrativos. Por último, en el caso III el accionante solicitó que se decretara la nulidad de la medida que establecía el aislamiento preventivo obligatorio para adultos mayores de 70 años, para que se restableciera su derecho a circular libremente y, en consecuencia, poder realizar su trabajo como perito electricista.

83. En el siguiente cuadro se sintetizan los tres casos que son objeto de estudio por parte de la Sala Plena:

Caso

Derechos invocados

Pretensiones

Caso I

T-7.953.574

Libertad de locomoción

Se le expida un salvoconducto para poder desarrollar su vida con normalidad.

Caso II

Igualdad

– Inaplicar R. 464 y 844 de 2020, en lo relativo a las medidas de aislamiento de adultos mayores de 70 años.

– Inaplicar D. 749 y 847 de 2020, en lo referente a las condiciones para que adultos mayores de 70 años realicen actividad física al aire libre.

– Extender los efectos del fallo a todos los ciudadanos en similar situación.

Libertad de locomoción

Libre desarrollo de la personalidad

Caso III

T-8.062.133

Dignidad humana

– Nulidad de la Resolución 464 y del Decreto 457 de 2020.

– Restablecer su derecho a circular libremente y, en consecuencia, poder realizar su trabajo como perito electricista.

Vida

Libertad de locomoción

Igualdad

Trabajo digno

Libertad

84. Ahora bien, la Sala Plena advierte que los actos administrativos que motivaron las acciones de tutela descritas no se encuentran vigentes y que no han sido reproducidos en otra norma similar, razón por la cual, es necesario valorar si se ha configurado una carencia actual de objeto. De un lado, la Resolución 464 de 2020, que estableció el aislamiento preventivo para mayores de 70 años, fue derogada de forma expresa por la Resolución 1462 de 2020. En esta última, además, se determinó como medida sanitaria: "[r]ecomendar a las personas mayores de 70 años el autoaislamiento preventivo", en lugar de imponer un aislamiento obligatorio. De otro lado, el Decreto 749 de 2020, que previó las condiciones diferenciadas para realizar actividad física, fue derogado por el Decreto 990 de 2020. En este último se fijaron para todos los adultos las mismas condiciones para hacer ejercicio y actividad física. Posteriormente, con el Decreto 1168 de 2020 se dejaron de contemplar condiciones específicas para hacer ejercicio o actividad física al aire libre, habida cuenta de que el Gobierno prescindió de la medida de aislamiento preventivo obligatorio y, en su lugar,

optó por la de distanciamiento individual responsable. Así las cosas, ante la pérdida de vigencia de los actos que dieron pie a las acciones de tutela sub examine, corresponde a la Sala verificar si hay lugar a declarar la carencia actual de objeto.

85. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala Plena procederá (i) a adelantar el estudio de procedibilidad de las tres acciones de tutela y (ii) de encontrarse satisfechos los requisitos de procedibilidad, determinará si se configuró una carencia actual de objeto en razón a la pérdida de vigencia de las medidas que motivaron las acciones de tutela sub examine. De concluirse que en efecto se presentó una carencia actual de objeto, (iii) valorará si a la luz de la jurisprudencia constitucional unificada es perentorio hacer un pronunciamiento de fondo en los casos sometidos a su consideración. De ser así, (iv) procederá a plantear el problema jurídico y la metodología que seguirá para su resolución, para, en seguida, hacer el análisis de fondo.

3. Estudio de procedibilidad de la acción de tutela

86. La acción de tutela tiene como propósito la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, "cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados" por la acción u omisión de una autoridad pública o, eventualmente, de un particular. De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia de esta Corte, se trata de una acción constitucional que precisa unos requisitos generales de procedencia, que de no cumplirse impiden al juez de tutela valorar el fondo del asunto. Estos requisitos son: (i) legitimación –por activa y por pasiva–; (ii) inmediatez y (iii) subsidiariedad. A continuación, la Sala verificará sin en los tres casos que se estudian en este proceso se cumple con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela.

3.1. Legitimación en la causa

3.1.1. Legitimación en la causa por activa

87. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela puede ser presentada de forma directa por la persona que reclama "la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales". Asimismo, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 prevé que la acción de tutela puede ser ejercida por cualquier persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales. En el presente caso, la Sala Plena encuentra que los accionantes, en los tres casos acumulados, cumplen con la legitimación en la causa por activa, salvo la ciudadana Patricia Lara Salive, quien es una de las accionantes del caso II

(exp. T-8.023.514). Respecto de la ciudadana no se advierte que exista una posible vulneración o amenaza de derechos con ocasión de las medidas sanitarias que motivaron las acciones de tutela.

88. Los accionantes coinciden en que las medidas que fueron adoptadas por el Gobierno en el marco de la pandemia de COVID-19, en relación con los adultos mayores de 70 años, vulneraron sus derechos fundamentales. Todos tenían 70 años o más para el momento en que interpusieron la acción de tutela, salvo la señora Patricia Lara Salive, quien para ese momento tenía 69 años de edad. En ese sentido, el requisito de legitimación por activa se cumple para todos los accionantes, quienes interpusieron la acción de tutela directamente y eran destinatarios de las medidas cuestionadas, a excepción de la ciudadana Lara Salive. En relación con esta última no se cumple con dicho requisito, habida cuenta de que a ella no le eran aplicables las medidas en cuestión y, por ello, no es posible afirmar que frente a ella haya habido un posible daño o perjuicio en sus derechos o una potencial violación que se perciba como "inminente y próxima".

3.1.2. Legitimación en la causa por pasiva

89. El artículo 86 Superior prevé que la acción de tutela se puede presentar cuando quiera que los derechos fundamentales "resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública". El artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 señala que la acción de tutela se dirigirá, entre otras, "contra la autoridad pública [...] que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental". La Sala Plena observa que en el presente caso las acciones de tutela se interpusieron, entre otras, contra las autoridades públicas que profirieron las medidas que, según los accionantes, afectaron sus derechos.

90. Por una parte, en los casos I, II y III los accionantes expresaron sus reparos frente a la medida que estableció el aislamiento preventivo obligatorio para los mayores de 70 años. A nivel nacional, esta medida fue dispuesta por el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante la Resolución 464 de 2020, y prorrogada por la misma autoridad, a través de la Resolución 844 de 2020. Por otra parte, en el caso II los accionantes adicionalmente fundamentaron la presunta vulneración de sus derechos en los actos administrativos que establecieron condiciones diferenciadas respecto de ese mismo grupo de adultos, para el desarrollo de actividad física y ejercicio al aire libre. Dichas condiciones diferenciadas fueron establecidas en el Decreto 749 de 2020, modificado por el Decreto 847 de 2020 y prorrogado por el Decreto 878 de 2020, proferido por el Gobierno Nacional. De esta manera, en la medida en que las acciones de tutela sub examine se dirigieron, entre otras, contra el Ministerio de Salud y Protección Social, la Presidencia de la República y los demás ministerios de despacho, es posible concluir que se cumple con el requisito de legitimación en la causa por pasiva.

3.2. Inmediatez

91. La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela está prevista para atender de forma inmediata situaciones de afectación o amenaza a los derechos fundamentales que ameriten la intervención urgente de un juez. De allí que esta deba interponerse en un término razonable a partir del momento en que se presenta la situación vulneradora o amenazante. La Sala Plena advierte que las demandas de tutela en los casos sub examine se interpusieron cuando las medidas supuestamente vulneradoras de derechos se encontraban vigentes y, en consecuencia, se cumple con el requisito de inmediatez.

92. En efecto, (i) la Resolución 464 del 18 de marzo de 2020 tenía una vigencia inicial hasta el 31 de agosto de 2020 y (ii) el Decreto 749 del 28 de mayo de 2020 tenía una vigencia inicial hasta el 15 de julio de 2020. La acción de tutela en el caso I se instauró el 16 de abril de 2020 y se motivó en la medida establecida en la citada resolución; en el caso II esta se interpuso el 16 de junio de 2020, en razón a los dos tipos de medidas, y, por último, en el caso III la tutela se presentó el 13 de abril de 2020, únicamente en virtud de la medida dispuesta en la Resolución 464 de 2020.

3.3. Subsidiariedad

93. Regla general del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela. El artículo 86 de la Constitución establece que la acción de tutela sólo "procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial". En ese sentido, se trata de una acción que no puede servir para sustituir los procedimientos ordinarios legalmente establecidos para que las personas invoquen sus pretensiones. Lo anterior, eso sí, siempre y cuando se corrobore que dichos procedimientos son idóneos y eficaces, según las particularidades de cada caso concreto. El ordenamiento superior también establece que la acción de tutela procede excepcionalmente cuando la persona esté expuesta a un perjuicio irremediable, así cuente con un mecanismo ordinario para hacer valer sus derechos. Esto se justifica por las "medidas impostergables" que se requieren para neutralizar el peligro que recae sobre el derecho.

94. Reglas particulares del requisito de subsidiariedad de las acciones de tutela que se dirigen contra actos generales, impersonales y abstractos. El numeral 5º del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 prevé como causal de improcedencia de la acción de tutela: "[c]uando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto". La razón por la cual en principio esta acción no es el medio adecuado para enervar este tipo de actos, radica en que estos, por lo general, "al no dirigirse contra alguien particular no [son] susceptible[s] de consolidar situaciones jurídicas subjetivas y por tanto de estructurar asuntos [de] competencia del juez de tutela". De allí que, en congruencia con el carácter subsidiario y

residual de la acción de tutela, la jurisprudencia de esta Corte ha sido reiterativa en afirmar que “en el ordenamiento están previstos otros medios de verificación de constitucionalidad y de legalidad que permiten el examen de esta clase de actuaciones”. Pues, “es preciso tener en cuenta que el ordenamiento jurídico provee un completo sistema de control judicial que admite el cuestionamiento de los actos generales, abstractos e impersonales”.

95. No obstante, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela sí procede, de forma excepcional, cuando se cuestiona un acto general, impersonal y abstracto, siempre que en razón a este los derechos “estén sometidos a amenaza o hayan sido vulnerados por las autoridades” y a) no existan otros mecanismos de defensa judicial, b) existan, pero estos “no resulten idóneos ni eficaces para la debida y oportuna protección deprecada” o c) a pesar de que existan mecanismos ordinarios idóneos y eficaces, se acuda a la acción de tutela de forma transitoria ante “una amenaza de consumación de un perjuicio irremediable”. Lo anterior, en virtud de la interpretación sistemática que debe realizarse del numeral 5º del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 con el inciso 3º del artículo 86 Superior y el artículo 8 del mismo decreto, tal como lo explicó la Corte en la sentencia C-132 de 2018, a través de la cual declaró la exequibilidad de aquella disposición.

96. Esto es coherente con aspectos tales como, que “(i) los actos administrativos gozan de presunción de validez; (ii) la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es el escenario natural e idóneo para la impugnación de las manifestaciones de voluntad de la administración y (iii) el diseño institucional de la acción de tutela no corresponde a un instrumento de protección adicional, alternativo, sustitutivo, paralelo o complementario de las diversas vías existentes en el ordenamiento jurídico salvo que, de cara a la situación fáctica y particular del asunto que analiza el juez constitucional, las mismas sean ineficaces, inidóneas o se configure un perjuicio irremediable”.

97. El mecanismo ordinario es idóneo cuando es materialmente apto “para producir el efecto protector de los derechos fundamentales”, esto es, cuando garantiza un “remedio integral” a los derechos fundamentales vulnerados o amenazados. Asimismo, este es eficaz cuando brinda protección oportuna a los derechos, es decir que, “supone que es lo suficientemente expedit[o]” para atender la situación.

98. La Corte ha reconocido que, en principio, los medios de control establecidos en la Ley 1437 de 2011 son adecuados para controvertir los actos administrativos de contenido general. En efecto, contra este tipo de actos proceden los siguientes medios de control: (i) El de nulidad por inconstitucionalidad (art. 135 del CPACA), con el cual se determina si un acto es nulo “por infracción directa de la Constitución Política”. De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, este medio de control procede si el acto cuestionado es “un reglamento autónomo o constitucional, es decir, que desarrolle directamente la Constitución, sin la existencia de la ley previa”. (ii) El medio de control de nulidad (art. 137 del CPACA), a través del cual se busca la defensa del ordenamiento jurídico, cuando se alega

que los actos “infring[e]n las normas en que deberían fundarse, hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere”. Por último, de forma excepcional, (iii) el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 del CPACA), cuando se pretenda, además de la salvaguarda del ordenamiento jurídico, “el restablecimiento de un derecho subjetivo lesionado por un acto administrativo” y, eventualmente, la reparación de un daño.

99. Ahora bien, sin perjuicio de que con los precitados mecanismos se puede lograr la protección de derechos fundamentales y la satisfacción de un sinnúmero de pretensiones ius fundamentales, en cada caso concreto el juez de tutela debe cerciorarse de que estos, en efecto, son idóneos y eficaces “para la debida y oportuna protección deprecada”. Por ello, dicha autoridad, en cada caso, “deberá mesurar las circunstancias para determinar cuándo resulta procedente el amparo bien sea a título transitorio o definitivo”. En ese sentido, la Corte ha aceptado que en los eventos “relacionados con la ausencia de idoneidad del medio ordinario de defensa judicial y la inminente configuración de un perjuicio irremediable”, procede la acción de tutela de forma excepcional aun cuando esta se dirija contra actos generales, impersonales y abstractos.

100. De un lado, con base en el supuesto de ausencia de idoneidad del medio ordinario de defensa judicial, la Corte ha considerado procedentes las demandas de amparo “cuando: i) la persona afectada carece de medio ordinario para defender esos principios, dado que no tiene legitimación para cuestionar esa clase decisiones de la administración, o el asunto objeto de debate es de naturaleza constitucional; y ii) la aplicación del acto administrativo general amenace o vulnere los derechos fundamentales de un individuo”. De otro lado, bajo la hipótesis de una inminente configuración de un perjuicio irremediable, la Corte “ha precisado que la acción de tutela es procedente contra las determinaciones de orden general en el evento que éstas causen daños a los derechos fundamentales de las personas y que devengan en perjuicios irremediables”.

101. La ausencia de idoneidad del mecanismo porque el asunto objeto de debate es de naturaleza constitucional supone que el caso plantea un problema constitucional que desborda el marco de competencia del juez de lo contencioso administrativo. En la jurisprudencia, ello se ha entendido configurado cuando a) se discute el alcance de un derecho fundamental, esto es, su vigencia, aplicación, delimitación e interpretación, lo cual “escapa la órbita de una herramienta procesal que pretende mantener la conformidad de normas adjetivas objetivas frente al ordenamiento jurídico, ya sean legales o constitucionales”, asimismo, cuando b) la pretensión no supone el estudio de legalidad del acto, sino la valoración de si hubo vulneración de derechos fundamentales; evento en el cual, en todo caso, es necesario verificar que el mecanismo ordinario no abarca todos los aspectos relevantes para la protección inmediata, eficaz y completa del derecho fundamental

vulnerado.

102. Esta última hipótesis también ha sido abordada en el marco de la ausencia de idoneidad del mecanismo cuando la aplicación del acto administrativo general amenaza o vulnera los derechos fundamentales de un individuo. Igualmente, en la mayoría de los casos en los que la Corte ha acudido a este criterio para superar el requisito de subsidiariedad, ha tenido en cuenta la falta de idoneidad del mecanismo ordinario, la posible configuración de un perjuicio irremediable o las especiales condiciones de vulnerabilidad de los accionantes.

103. En suma, la acción de tutela procede de forma excepcional cuando el hecho vulnerador tiene origen en un acto general, impersonal y abstracto, siempre que se verifique el cumplimiento de los presupuestos generales del requisito de subsidiariedad. Esto es, que se constate que: a) no existen otros mecanismos de defensa judicial, b) existen, pero estos no son idóneos ni eficaces para la debida y oportuna protección deprecada o c) a pesar de que existen mecanismos ordinarios idóneos y eficaces, la acción de tutela procede de forma transitoria ante la posible consumación de un perjuicio irremediable. Así, la Corte ha considerado que, en algunos eventos, relacionados con la ausencia de idoneidad del mecanismo ordinario y la inminente configuración de un perjuicio irremediable, la acción de amparo procede, aun cuando con esta se cuestionen actos generales. De esta manera, la acción de tutela es procesalmente viable "cuando (i) la persona afectada carece de medios ordinarios para procurar la defensa de sus derechos fundamentales, dado que no tiene legitimación para cuestionar esa clase decisiones de la administración, o el asunto objeto de debate es de naturaleza constitucional; y cuando (ii) la aplicación del acto administrativo general amenace o vulnere los derechos fundamentales de una persona [,] [así como,] en el evento que éstas causen daños a los derechos fundamentales de las personas y que devengan en perjuicios irremediables". En ese sentido, en estos últimos eventos, el requisito de subsidiariedad no se puede dar por sentado, sino que supone la realización de un estudio riguroso de las circunstancias de cada caso concreto.

104. En los casos sub examine se cumple el requisito de subsidiariedad aun cuando el presunto hecho vulnerador se origina en actos generales, impersonales y abstractos. Esto es así, por cuanto, en los casos concretos, los mecanismos ordinarios de defensa judicial no son idóneos ni eficaces para proveer la protección oportuna e integral de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados. Lo anterior, por al menos cuatro razones: (i) para el momento en que se interpusieron las tres acciones de tutela los términos judiciales para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho estaban suspendidos; (ii) para cuando se presentaron las demandas de tutela en los casos I y III también se encontraban suspendidos los términos para el medio de control de nulidad; (iii) los tres casos suscitan un problema constitucional que desborda el ámbito de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ya que suponen la determinación del alcance de los derechos fundamentales de los adultos mayores de 70 años en el contexto de una pandemia, lo cual, a su turno, constituye un debate ius fundamental de gran relevancia, que amerita la

intervención del juez de tutela, y (iv) son casos en los que se debe valorar si con la aplicación de los actos administrativos cuestionados se vulneraron los derechos fundamentales de los accionantes en concreto, lo cual no es objeto de estudio en el marco de la acción de nulidad.

105. Para el momento en que se interpusieron las acciones de tutela los términos judiciales para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se encontraban suspendidos. De un lado, las demandas de tutela fueron radicadas en las siguientes fechas: (i) caso I: 16 de abril de 2020; (ii) caso II: 16 de junio de 2020, y (iii) caso III: 13 de abril de 2020. De otro lado, mediante los acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549, PCSJA20-11556 y PCSJA20-11567, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura dispuso suspender los términos judiciales, y no excluyó el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de dicha suspensión, como sí lo hizo de forma paulatina con otros medios de control. Esta suspensión de términos se fundamentó en la necesidad de proteger la salud de los servidores y usuarios del servicio de administración de justicia, ante la propagación del COVID-19. Fue hasta el acuerdo PCSJA20-11567 que esta autoridad determinó que "[l]a suspensión de términos judiciales y administrativos en todo el país se levantara[ía] a partir del 1 de julio de 2020" (énfasis propio).

106. En razón a que los términos judiciales para ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho estaban suspendidos para el momento en que los accionantes presentaron sus demandas de tutela, la Sala Plena concluye que dicho mecanismo ordinario no era eficaz en estos casos concretos. Pues, los accionantes no tenían la posibilidad de acudir de forma efectiva ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para cuestionar la Resolución 464 de 2020 y el Decreto 749 de 2020 por el desconocimiento de garantías fundamentales establecidas en la Constitución y, por esta vía, lograr el restablecimiento de sus derechos subjetivos. Por lo anterior, se concluye que en los casos sub examine el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no era eficaz y, en consecuencia, en principio, la acción de tutela sería procedente.

107. Para cuando se presentaron las demandas de tutela en los casos I y III los términos para acudir al medio de control de nulidad se encontraban suspendidos. A través de los acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529 y PCSJA20-11532, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura suspendió los términos judiciales para acudir al medio de control de nulidad. Fue con el acuerdo PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020, que esta autoridad exceptuó de dicha suspensión de términos al "medio de control de nulidad contra los actos administrativos que se hayan expedido desde la declaratoria de la emergencia sanitaria". El citado acuerdo entró en vigencia el mismo 25 de abril de 2020. Por lo tanto, teniendo en cuenta que en los casos I y III las demandas de tutela se presentaron el 16 y 13 de abril de 2020, respectivamente, la Sala Plena concluye que el medio de nulidad no era un mecanismo eficaz para lograr una protección oportuna de los derechos fundamentales de los accionantes en estos casos.

108. Los tres casos suscitan un problema constitucional que desborda el ámbito de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La resolución de las pretensiones elevadas por los accionantes en los casos sub examine, supone la determinación del alcance de los derechos fundamentales de los adultos mayores de 70 años en el contexto de una pandemia. Se trata de una cuestión constitucional sin precedentes, cuya resolución desborda el ámbito de competencia del juez contencioso administrativo. Esto es así, por dos razones. Primero, por cuanto al no existir un antecedente o precedente en relación con la delimitación de los derechos fundamentales del grupo poblacional descrito en el contexto de una pandemia, no se cuenta con un "parámetro de sujeción" que permita una confrontación apropiada de los actos generales cuestionados con el ordenamiento jurídico. Es decir, que se trata de un asunto que "escapa de la órbita de una herramienta procesal que pretende mantener la conformidad de normas administrativas objetivas frente al ordenamiento jurídico, ya sean legales o constitucionales". Segundo, se trata de una cuestión constitucional que exige un debate ius fundamental de gran relevancia, que amerita la intervención del juez de tutela. Por ende, los medios de control ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no son mecanismos idóneos que garanticen, en estos casos concretos una protección integral de los derechos fundamentales invocados.

109. Los casos suponen valorar si con la aplicación de los actos administrativos cuestionados se vulneraron los derechos de los accionantes en el caso concreto lo cual no es objeto de estudio en el marco de la acción de nulidad. Los tres casos objeto de revisión exigen que el juez de tutela valore si con la aplicación de los actos que establecieron medidas sanitarias diferenciadas se vulneraron los derechos fundamentales de los accionantes, y no un estudio de conformidad legal y constitucional de dichas medidas. Si bien es cierto que en los casos II y III en parte se cuestiona la constitucionalidad de las medidas, también lo es que de las demandas de tutela, junto con lo que ampliaron los accionantes en sede de revisión, es posible extraer que los actores también piden el amparo de sus derechos fundamentales individuales. En efecto, estos expusieron cómo las medidas en cuestión incidieron en el normal desarrollo de su vida y tuvieron efectos en su salud y calidad de vida. Lo anterior supone determinar, a partir de un ejercicio de ponderación concreto, ajeno al medio de control de nulidad, si con la aplicación de las medidas se vulneraron los derechos fundamentales de los accionantes.

110. En ese sentido, la Sala Plena resalta que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para adelantar el control abstracto de los actos administrativos en cuestión, mientras que la Corte Constitucional está facultada para evaluar, en los casos concretos, si hubo afectación de derechos fundamentales. Por ello, se concluye que el medio de control de nulidad no era idóneo para abarcar todos los aspectos relevantes que supone la protección de los derechos de los accionantes en los casos sub examine.

111. Conclusión. Con fundamento en lo anterior, la Sala Plena considera que en los casos concretos objeto de revisión –casos I, II y III– los medios de control establecidos en la Ley

1437 de 2011 no constituyen mecanismos idóneos y eficaces que garanticen una protección oportuna e integral de los derechos fundamentales que se alega fueron vulnerados. En consecuencia, la Corte estima que la acción de tutela, pese a que se dirige contra actos generales, en estos casos, supera el requisito de subsidiariedad y, por ende, es procedente.

4. Cuestión previa. Se configuró una carencia actual de objeto por daño consumado.

112. La Corte Constitucional ha establecido en amplia jurisprudencia que la acción de tutela tiene como finalidad servir como instrumento de protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando estos se encuentren amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular. En esa medida, la intervención del juez constitucional se justifica para hacer cesar la situación y, así, garantizar la protección cierta y efectiva de los derechos fundamentales. No obstante, en ocasiones, la alteración o la desaparición de las circunstancias que dieron lugar a la presunta vulneración o amenaza de los derechos implica que la acción de tutela pierda su razón de ser como mecanismo extraordinario de protección judicial. Por consiguiente, si la situación que ocasiona la presunta vulneración o amenaza "es superada o finalmente se produce el daño que se pretendía evitar con la solicitud de amparo", la acción de tutela se torna improcedente. En efecto, esto supone la existencia de una carencia actual de objeto.

113. En los eventos en los que el juez constitucional constata que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales fue superada o resuelta de alguna forma después de que el accionante ha acudido a la acción de tutela, no tiene sentido un pronunciamiento de su parte, en la medida en que "la posible orden que imparti[ría] el juez caería en el vacío".

114. La jurisprudencia constitucional ha identificado tres situaciones diferentes en las cuales se configura el fenómeno de la carencia actual de objeto, a saber: (i) cuando existe un hecho superado, (ii) cuando se presenta un daño consumado y (iii) cuando acaece una situación sobreviniente. Estas situaciones se explican de la siguiente manera.

115. Hecho superado. Se presenta cuando, entre la interposición de la acción de tutela y la decisión del juez constitucional, desaparece la presunta afectación o amenaza al derecho fundamental cuya protección se invoca y, en esa medida, se encuentran satisfechas las pretensiones del accionante como producto de la conducta de la parte accionada. En este supuesto, el juez de tutela debe verificar: (i) que, en efecto, se ha satisfecho por completo la pretensión de la acción de tutela y (ii) que la demandada haya actuado (o cesado su conducta) de forma voluntaria. Sobre la satisfacción específica de las pretensiones, se ha precisado que "lo determinante para establecer si existió hecho superado es constatar la garantía del derecho fundamental cuya protección se pretendía con la acción de tutela, mas no el grado de satisfacción de las pretensiones específicas elevadas por el accionante en su

solicitud de tutela”. Por otro lado, el hecho superado puede derivarse del cumplimiento de una decisión judicial dictada en el mismo trámite de tutela o en otro proceso que impacte la solicitud original, aunque siempre será preferible que la entidad demandada corrija la violación a un derecho fundamental de forma voluntaria y oportuna, sin tener que esperar para ello a una orden judicial.

116. La Corte ha establecido tres requisitos para que se configure la carencia actual de objeto por hecho superado, a saber: (i) que haya una variación en los hechos que dieron lugar a la acción de tutela; (ii) que esta suponga la satisfacción íntegra de las pretensiones de la demanda, y (iii) que haya obedecido a una conducta de la parte demandada.

117. Daño consumado. Ocurre cuando “la amenaza o la vulneración del derecho fundamental han producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela”. En consecuencia, ante la imposibilidad de hacer cesar la vulneración o impedir que se concrete el peligro, no es factible que el juez de tutela imparta una orden para retrotraer la situación. Esta circunstancia puede concretarse en dos momentos: (i) antes de interponerse la acción de tutela o (ii) durante el trámite de la misma, bien sea, ante los jueces de instancia o estando en curso el proceso de revisión ante la Corte.

118. En el primer caso, el juez debe declarar la improcedencia de la acción, de conformidad con lo previsto por el numeral 4 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. En el segundo escenario, el juez puede pronunciarse de fondo y proferir órdenes tendientes a “proteger la dimensión objetiva del derecho [vulnerado]”, “evitar que situaciones similares se produzcan en el futuro” o “identificar a los responsables”. Además, el juez debe constatar que el daño sea “irreversible”, porque, de lo contrario, no es posible decretar la carencia actual de objeto “respecto a los daños que son susceptibles de ser interrumpidos, retrotraídos o mitigados por una orden judicial”.

119. En ese sentido, cuando se presente un daño consumado el juez de tutela podrá, entre otras actuaciones, “a) hacer una advertencia a la autoridad o particular responsable para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela; b) informar al actor/a o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que puede acudir para la reparación del daño; c) compulsar copias del expediente a las autoridades competentes; o d) proteger la dimensión objetiva de los derechos fundamentales trasgredidos y tomar medidas para que los hechos vulneradores no se repitan”.

120. Acaecimiento de una situación sobreviniente. Esta hipótesis abarca situaciones que no encajan en el daño consumado o en el hecho superado. Se trata de un concepto jurisprudencial introducido mediante la sentencia T-585 de 2010, que no se encuentra

regulado en el Decreto 2591 de 1991.

121. En la sentencia SU-522 de 2019, la Corte expuso que el hecho sobreviniente es una categoría amplia y heterogénea, que remite a cualquier "otra circunstancia que determine que, igualmente, la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto y por lo tanto caiga en el vacío". Por su parte, en la sentencia T-431 de 2019, este Tribunal señaló que el juez constitucional debe analizar: (i) que exista una variación en los hechos que originaron la acción; (ii) que dicho cambio implique la pérdida de interés del accionante en que se acceda a sus pretensiones; o (iii) que las mismas no se puedan satisfacer.

122. A manera de ilustración, la jurisprudencia ha reseñado que puede presentarse una circunstancia sobreviniente cuando: (i) el accionante "asumió la carga que no le correspondía" para superar la situación que generó la vulneración y "a raíz de dicha situación, perdió interés en el resultado de la litis"; (ii) un tercero –distinto al accionante y a la entidad demandada– ha logrado que la pretensión de la tutela se satisfaga en lo fundamental, y (iii) "fuera imposible [...] llevar a cabo" la pretensión del accionante "por razones que no son atribuibles a la entidad demandada". En suma, el hecho sobreviniente, a diferencia del hecho superado, no tiene origen en una actuación de la parte accionada dentro del trámite de tutela.

123. En síntesis, cuando se encuentre probada alguna de las circunstancias descritas (un hecho superado, un daño consumado o el acaecimiento de una circunstancia sobreviniente), el juez constitucional deberá proceder a declarar la carencia actual de objeto. De no ser así, en principio, las decisiones y órdenes carecerían de sentido, habida cuenta de "la superación de los hechos que dieron lugar al recurso de amparo o ante la satisfacción de las pretensiones del actor".

4.1. Configuración de un daño consumado en los expedientes T-7.953.574 y T-8.062.133.

124. La Sala Plena considera que en los expedientes T-7.953.574 y T-8.062.133 se configuró una carencia actual de objeto por daño consumado. Esto, por cuanto durante la vigencia de las medidas cuestionadas se produjo un daño definitivo y no actual a los derechos a la libertad de locomoción, libre desarrollo de la personalidad e igualdad de los accionantes y el derecho al trabajo en el exp. T-8.062.133.

125. En efecto, las medidas objeto de cuestionamiento estuvieron vigentes durante un

periodo de tiempo. De un lado, el aislamiento preventivo para este grupo poblacional rigió desde el 20 de marzo de 2020 hasta el 25 de agosto de 2020, cuando el Gobierno optó por "[r]ecomendar a las personas mayores de 70 años el autoaislamiento preventivo". Es decir, que se trató de una medida que estuvo vigente por poco más de cinco meses. De otro lado, las condiciones diferenciadas para el desarrollo de actividad física y ejercicio al aire libre rigieron desde el 1 de junio de 2020 a las 00:00 hasta el 9 de julio de 2020, cuando el Gobierno tomó la determinación de establecer similares condiciones para realizar actividad física y ejercicio al aire libre, para todos los adultos. En ese sentido, esta medida diferenciada estuvo en el ordenamiento jurídico por poco más de un mes.

126. Para la Sala Plena, las medidas de aislamiento preventivo y de condiciones diferenciadas para hacer actividad física y ejercicio, aplicables a los accionantes, implicaron una afectación importante a los derechos de las personas que forman parte de ese grupo. Esto, por cuanto estas personas en particular, salvo algunas excepciones, se vieron sometidas a limitaciones significativas en el goce de sus derechos a la libertad de locomoción, al libre desarrollo de la personalidad, al trabajo y a la igualdad en su faceta de no discriminación. En efecto, ante la imposibilidad de que pudiesen desarrollar con total libertad y autonomía sus actividades personales, sociales, profesionales y físicas durante la vigencia de las medidas gubernamentales, en perjuicio de su salud física y mental y, en algunos casos, en riesgo de su subsistencia, se configuró una afectación en sus derechos, que se perfeccionó durante ese periodo de tiempo. Se trató de circunstancias que se consolidaron en ese lapso y, como tal, no es factible emitir orden alguna encaminada a retrotraer la situación que, se insiste, logró materializarse.

127. En consecuencia, la Sala Plena declarará la carencia actual de objeto por haberse configurado un daño consumado en los expedientes T-7.953.574 y T-8.062.133. No es necesario hacer la misma declaratoria en relación con el expediente T-8.062.133, habida cuenta de que en este se declaró el amparo de los derechos de los accionantes desde la decisión de tutela de primera instancia.

4.2. Pronunciamiento de fondo ante la carencia actual de objeto por daño consumado

128. De conformidad con la jurisprudencia unificada de la Corte Constitucional, ante la configuración de una carencia actual de objeto por daño consumado, como ocurre en el caso sub judice, "es perentorio un pronunciamiento de fondo del juez de tutela (incluida la Corte Constitucional) cuando el daño ocurre durante el trámite de la tutela; precisando si se presentó o no la vulneración que dio origen a la acción de amparo" . En ese sentido, la jurisprudencia también ha señalado que en estos casos el juez "podrá, dadas las particularidades del expediente, considerar medidas adicionales tales como: a) hacer una advertencia a la autoridad o particular responsable para que en ningún caso vuelva a incurrir

en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela; b) informar al actor/a o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que puede acudir para la reparación del daño; c) compulsar copias del expediente a las autoridades competentes; o d) proteger la dimensión objetiva de los derechos fundamentales trasgredidos y tomar medidas para que los hechos vulneradores no se repitan.”. De esta manera, la Sala procederá a continuación a emitir un pronunciamiento de fondo, atendiendo que en el caso sub examine se presentó una carencia actual de objeto por daño consumado.

5. Planteamiento del problema jurídico y metodología

129. De conformidad con los antecedentes expuestos, la Sala Plena considera que es necesario estudiar la tensión de derechos y principios que se dio con ocasión de las medidas que motivaron las acciones de tutela y hará un análisis de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, el cual procede en el marco de este tipo de estudio. Así, verificará si en los asuntos sub examine se configuró una vulneración de derechos en perjuicio de los accionantes. Para tales efectos, corresponde a la Sala abordar los siguientes problemas jurídicos:

i. (i) ¿La medida sanitaria de aislamiento preventivo de personas mayores de 70 años, proferida en el marco de la pandemia de COVID-19, vulneró los derechos a la igualdad, la libertad de locomoción y el libre desarrollo de la personalidad de los accionantes y el derecho al trabajo del ciudadano Dolecy Casas Rodríguez?

ii. (ii) ¿Las condiciones especiales establecidas para que los mayores de 70 años desarrollaran actividad física y ejercicio al aire libre, en el marco del aislamiento preventivo obligatorio decretado por la pandemia de COVID-19, vulneraron los derechos a la igualdad, la libertad de locomoción y el libre desarrollo a la personalidad de los accionantes del caso II?

130. Para resolver estos problemas jurídicos, la Sala Plena considera necesario abordar el análisis de los siguientes temas: (i) la dimensión objetiva de los derecho fundamentales (ii) el derecho a la igualdad y, en su contexto, la edad como criterio de diferenciación; (iii) las personas de la tercera edad como sujetos de especial protección constitucional; (iv) el derecho al libre desarrollo de la personalidad; (v) el derecho a la libertad de locomoción; (vi) el derecho al trabajo y la prohibición de discriminación para su goce efectivo; y (vii) la excepción de inconstitucionalidad. Posteriormente, procederá a analizar (viii) el caso concreto.

131. La Sala Plena no analizará la posible vulneración de los derechos a la vida, la dignidad humana y la libertad, dado que los supuestos fácticos en los que se fundamenta su afectación son los mismos que soportan la alegación de una violación de los derechos a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de locomoción. Además, dichos supuestos de hecho tienen una relación más cercana con estos últimos derechos que con los

de la vida, dignidad humana y la libertad.

6. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales

132. La Corte Constitucional ha distinguido entre las dimensiones objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales. La primera hace referencia a “las normas jurídicas que consagran derechos en abstracto”, las cuales sirven “como criterios reguladores de la actividad del Estado y como fines últimos que explican y dan sentido a toda la organización del poder público”. La segunda se refiere a la protección de estos derechos en casos particulares. En algunos casos, la Sala Plena ha considerado relevante proteger la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, con el fin de prevenir que en futuras ocasiones se repitan las circunstancias que motivaron un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte.

7. Derecho a la igualdad: la edad como criterio de diferenciación

133. Generalidades. La igualdad está prevista en el artículo 13 de la Constitución Política. De forma reiterada, la Corte ha considerado que esta “tiene una triple naturaleza”, esto es, que se trata de un valor, un principio y un derecho fundamental. Asimismo, ha explicado que del citado artículo constitucional se desprenden los siguientes contenidos normativos:

(i) la igualdad ante la ley, comprendida como el deber estatal de imparcialidad en la aplicación del derecho frente a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, previsión que dispone que las actuaciones del Estado y los particulares no deban, prima facie, prodigar tratos desiguales a partir de criterios definidos como “sospechosos” y referidos a razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica; y (iii) un mandato de promoción de la igualdad de oportunidades o igualdad material, comprendido como el deber de ejercer acciones concretas destinadas a beneficiar a los grupos discriminados y marginados, bien sea a través de cambios políticos a prestaciones concretas. A este mandato se integra la cláusula constitucional de promoción de la igualdad, que impone al Estado el deber de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, al igual que sancionar los abusos que contra ellas se cometan.

134. Teniendo en cuenta lo anterior, la jurisprudencia ha señalado que la igualdad tiene dos facetas o dimensiones: la formal y la material. Por una parte, la dimensión formal de la igualdad supone que “la ley debe ser aplicada del mismo modo a todas las personas”, lo cual “se traduce, asimismo, en una prohibición de discriminación ‘por razones de sexo, ideología,

color de piel, origen nacional o familiar u otros similares'" . Por su parte, la dimensión material de la igualdad "opera cuando por las condiciones de los sujetos implicados en la regulación, se torna imperativo discriminar positivamente". A través de la faceta material de la igualdad se "permite (y en muchos casos exige) que el Estado fije tratamientos diferenciados positivos o afirmativos, a fin de garantizar la igualdad de oportunidades". Las acciones afirmativas son aquellas "políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación".

135. De forma pacífica la Corte ha señalado que la igualdad "es un criterio relacional", en la medida en que, sobre la base de que ninguna persona, grupo o situación es idéntica, esta pregona por un trato igualitario a los iguales y desigual a los desiguales. Por lo anterior, ha expuesto que del principio de igualdad se derivan los siguientes cuatro mandatos: "(i) el de dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (ii) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (iii) el de dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas; y (iv) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que presentes similitudes y diferencias, cuando las segundas más relevantes que las primeras". En ese sentido, un trato disímil entre personas no necesariamente es contrario a la Constitución. Ello dependerá de que este sea razonable y proporcional, esto es, de que no suponga "una afectación intensa e insoportable de un derecho, garantía o posición jurídica reconocida por la Constitución".

136. La Corte ha reconocido que hay criterios de diferenciación que son sospechosos por ser potencialmente discriminatorios y, por ello, en principio, están constitucionalmente prohibidos. Como tales, se han considerado aquellos

(i) [Q]ue se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia, a riesgo de perder su identidad; además (ii) esas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; en tercer término, esos puntos de vista (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales. Finalmente, (iv) en otras decisiones, esta Corporación ha también indicado que los criterios indicados en el artículo 13 superior deben también ser considerados sospechosos, no sólo por cuanto se encuentran explícitamente señalados por el texto constitucional, sino también porque han estado históricamente asociados a prácticas discriminatorias.

137. Además, se ha aceptado que también existen criterios semisospechosos, que son esas categorías problemáticas que no pueden considerarse radicalmente como neutrales o como sospechosas. Esto, porque, de un lado, se cuenta con razones para inferir que pueden servir para generar discriminación y, de otro, "pueden reunir solamente algunas de las características que tornan un criterio sospechoso, pero no todas".

139. No obstante, la Corte también ha reconocido que la edad, en algunos eventos, puede ser un criterio discriminatorio. En efecto, "no puede desconocerse que existe una tendencia creciente y global a considerar a las personas que han alcanzado cierta edad como 'inútiles' o 'rezagadas', llegando al punto de excluirlas de ciertos cargos u oficios por este simple hecho". Además, aunque la edad no es un rasgo permanente de una persona, ello "no impide que en ocasiones no [se] llegue realmente a entender las necesidades e intereses de las personas de otra generación".

140. En ese sentido, la Corte ha concluido que la edad es un criterio semisospechoso cuando esta "es utilizada como límite para acceder a un empleo o para acceder a una prestación o a un beneficio", es decir, cuando con esta se "fija topes (máximos) a partir de los cuales no podrá ejercerse una actividad". Esto es así, porque (i) un tope a partir del cual no puede desarrollarse determinada actividad o acceder a un beneficio supone que la edad se convierte en un "rasgo permanente de la persona y del cual no podrá prescindir voluntariamente" y (ii) hay una tendencia a prácticas discriminatorias dirigidas a "aquellas personas que han superado un cierto umbral cronológico". Estas circunstancias no se presentan cuando la edad es utilizada como criterio mínimo para permitir el goce de un beneficio o emprender una actividad y, por ello, en ese evento no es considerada una categoría sospechosa o semisospechosa.

141. El juicio integrado de igualdad como metodología para determinar si una afectación a la igualdad es acorde a la Constitución. La jurisprudencia constitucional tiene establecido que "la metodología específica que debe ser utilizada por los jueces cuando se encuentran avocados a resolver casos relacionados con la supuesta infracción del principio y derecho fundamental a la igualdad, es el juicio integrado de igualdad". Se trata de una metodología que combina las ventajas analíticas del juicio de proporcionalidad europeo con los niveles de escrutinio desarrollados por el derecho norteamericano. Esta metodología, en un primer estadio, "verifica la existencia de una afectación prima facie al principio de igualdad" y, en un segundo estadio, determina si dicha afectación "se encuentra constitucionalmente justificada".

142. A efectos de verificar la afectación prima facie a la igualdad, en primer lugar, se debe

hacer un juicio de valor sobre “cuál característica o propiedad resulta relevante para establecer el examen de igualdad por parte del juez”; en otras palabras, se debe establecer“el criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium comparationis”, conforme al cual “se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza”. En segundo lugar, es necesario definir “si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe realmente un trato igual o diferenciado”. La determinación del criterio de comparación en el primer paso es un ejercicio de gran complejidad. Ello, principalmente, porque “desde un punto de vista ontológico, todos los sujetos, situaciones y cosas se pueden describir con diferencias y similitudes”. Es equivocado establecer un criterio con base en factores muy genéricos, como también lo es establecerlo a partir de factores muy específicos. De allí que, cuando se discuta un trato normativo diferenciado, es “indispensable precisar [el] objetivo [de la norma] y, luego de ello, establecer cuál es el criterio de comparación relevante”.

143. De concluirse que, en efecto, se trata de grupos o personas asimilables que reciben un trato diferenciado, es decir, que existe una afectación prima facie a la igualdad, debe verificarse si dicha afectación está constitucionalmente justificada. Para ello, el juez debe fijar “la intensidad del juicio, en atención a tres niveles: débil, intermedia, o estricta […] a partir del grado de margen de configuración que la Constitución Política reconoce al legislador y a la administración”. La Corte ha establecido los siguientes criterios orientadores para precisar el grado de margen de configuración del test: “(i) la materia regulada, (ii) los principios constitucionales o derechos fundamentales comprometidos y (iii) los grupos de personas perjudicados o beneficiados con la medida sometida a escrutinio”.

144. La intensidad del juicio integrado de igualdad aplicable cuando se acude a la edad como criterio de diferenciación. Con base en el alcance que la jurisprudencia le ha otorgado a la edad como criterio de diferenciación, se tiene establecido que, según esta categoría se use como límite mínimo o tope máximo, resulta aplicable un test de igualdad de intensidad leve o de intensidad intermedia, respectivamente. Lo anterior, atendiendo la lógica de que a mayor libertad de configuración legislativa, menos intenso debe ser el grado del test. En ese sentido, cuando el Legislador o la administración acudan a la edad para establecer un parámetro mínimo, al no tratarse en ese evento de un criterio sospechoso o semisospechoso, se debe dar aplicación a un test de igualdad de intensidad débil o leve. Por su parte, cuando estos apelen al citado criterio para establecer un tope máximo, al sí considerarse como criterio semisospechoso, lo apropiado es aplicar un test de igualdad de intensidad intermedia.

8. Las personas de la tercera edad como sujetos de especial protección constitucional

145. De conformidad con el artículo 46 de la Constitución Política, las personas de la tercera edad son sujetos de especial protección constitucional. Lo anterior, debido a “las condiciones

fisiológicas propias del paso del tiempo". A partir de la normativa superior, la familia, la sociedad y el Estado deben concurrir a la protección y asistencia de los adultos de la tercera edad, dada la mayor dificultad que enfrentan para el goce efectivo de sus derechos. Además, la Corte ha expresado 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".

146. De conformidad con la jurisprudencia constitucional, entiéndase por persona de la tercera edad a aquel que "ha superado la esperanza de vida". Según los datos del DANE, "la esperanza de vida al nacer para la totalidad de la población en Colombia (sin distinguir entre hombres y mujeres), se encuentra estimada en los 76 años". Por ello, "una persona será considerada de la tercera edad solo cuando supere esa edad, o aquella que certifique el DANE para cada periodo específico". Según la Corte, el concepto de persona de la tercera edad es distinto al de adulto mayor, habida cuenta de que este último ha sido adoptado, principalmente, por el Legislador –leyes 1251 de 2008 y 1276 de 2009– como criterio para identificar al grupo de personas destinatarias de determinados programas. Un adulto mayor es aquel que cuenta con sesenta (60) años de edad o más y, excepcionalmente, a la persona "mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen", a efectos de acceder a determinados programas sociales. Así, "la calidad de 'persona de la tercera edad' solo puede ostentarla quien no solo es un adulto mayor, sino que ha superado la esperanza de vida. No todos los adultos mayores son personas de la tercera edad; por el contrario, cualquier persona de la tercera edad será un adulto mayor".

147. El Legislador, a través de la Ley 1251 de 2008, estableció en cabeza del Estado, entre otros, los deberes de "[g]arantizar y hacer efectivos los derechos del adulto mayor"; "[p]roteger y restablecer los derechos de los adultos mayores cuando estos han sido vulnerados o menguados"; "[e]liminar toda forma de discriminación, maltrato, abuso y violencia sobre los adultos mayores"; "[e]laborar políticas y proyectos específicos orientados al empoderamiento del adulto mayor para la toma de decisiones relacionadas con su calidad de vida y su participación activa dentro del entorno económico y social donde vive, "[d]iseñar estrategias para promover o estimular condiciones y estilos de vida que contrarresten los efectos y la discriminación acerca del envejecimiento y la vejez".

9. Derecho al libre desarrollo de la personalidad

148. Generalidades. El derecho al libre desarrollo de la personalidad está consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política, según el cual, "[t]odas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico". Se trata de un derecho que protege "la capacidad de las personas para definir, en forma autónoma, las opciones vitales que habrán de guiar el curso

de su existencia". En otras palabras, protege la libertad de las personas de "decidir la manera como desarrollan sus derechos y construyen sus proyectos de vida y sus modelos de realización personal"; de "optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones". En esa medida, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que se trata de un derecho que supone "la libertad in nuce, toda vez que cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella o, dicho de otro modo, la anotada norma constitucional constituye una cláusula general de libertad". Asimismo, la Corte ha recalcado que el libre desarrollo de la personalidad es un derecho de "emanación directa y principal del principio de dignidad humana (C.P., artículo 1°)".

150. Juicio de proporcionalidad como metodología para determinar si una afectación al libre desarrollo de la personalidad es desproporcionado. Para determinar si una medida que limita el derecho al libre desarrollo de la personalidad es constitucionalmente legítima, debe valorarse "si su finalidad se ajusta a la Constitución, si la medida legal es idónea respecto del fin pretendido, si la restricción es necesaria por no existir alternativa razonable menos limitativa de la libertad e igualmente eficaz y, finalmente, si el sacrificio a la autonomía resulta adecuado y estrictamente proporcional en relación con la finalidad pretendida". Es decir, que se debe realizar un juicio de proporcionalidad de intensidad estricta. En el desarrollo del referido juicio, "[n]o resultan suficientes para restringir este derecho las simples invocaciones del interés general, de los deberes sociales, de los derechos ajenos de rango legal y de argumentos morales", en la medida en que estas en sí mismas son insuficientes para limitar el libre desarrollo de la personalidad. Además, se reitera que es necesario superar cada uno de los estadios del juicio de proporcionalidad para determinar la conformidad constitucional de una limitación al referido derecho.

151. Medidas perfeccionistas y medidas proteccionistas. En varias ocasiones la Corte se ha pronunciado acerca de la compatibilidad de medidas que imponen a las personas deberes en su propio beneficio con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En ese sentido, la Corte se ha referido a las medidas perfeccionistas y a las medidas proteccionistas. Las primeras son "aquellas que pretenden imponer determinados modelos de virtud o excelencia humana". A la luz de nuestra Constitución, este tipo de medidas "se encuentran excluidas, ya que no es admisible que en un Estado que reconoce la autonomía de la persona y el pluralismo en todos los campos (CP arts 1º, 7º, 16, 17, 18, 19 y 20), las autoridades impongan, con la amenaza de sanciones penales, un determinado modelo de virtud o de excelencia humana". Las segundas, por su parte, "se refieren a limitaciones que pretenden 'proteger el bienestar, la felicidad, las necesidades, los intereses o los valores de la propia persona afectada'". Este tipo de medidas, contrario a las consideradas como perfeccionistas, "no resultan en sí mismas inconstitucionales". Ello, por cuanto lo que se pretende proteger a través de estas "constituyen derechos fundamentales o valores que el ordenamiento jurídico favorece (o en algunos casos tienen este doble carácter, como sucede con la protección de la vida, según se desprende los artículos 2, 5 y 11 de la Constitución), por lo que le corresponde

al Estado promoverlos”.

152. La Corte ha sido cautelosa al verificar que una medida que en principio se tilda de proteccionista no derive realmente en una limitación desproporcionada del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Para ello, la Corte (i) ha tenido en cuenta los derechos que pretenden ser protegidos a través de la medida y (ii) ha acudido al juicio de proporcionalidad de intensidad estricta, según el cual, “debe el juez primero determinar si el trato diferente y la restricción a los derechos constitucionales son ‘adecuados’ para lograr el fin perseguido, segundo si son ‘necesarios’, en el sentido de que no exista otro medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin perseguido y, tercero, si son ‘proporcionados stricto sensu’, esto es, que no se sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer”.

10. Derecho a la libertad de locomoción.

153. Generalidades. El artículo 24 de la Constitución Política establece que todo colombiano “tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia”, con las limitaciones que establezca la ley. Este derecho también está consagrado en los artículos 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales establecen que puede ser restringido, entre otras, para proteger la salud pública. Se trata de un derecho fundamental “en consideración a la libertad -inherente a la condición humana-, cuyo sentido más elemental radica en la posibilidad de transitar o desplazarse de un lugar a otro dentro del territorio del propio país, especialmente si se trata de las vías y los espacios públicos”. Además, el goce de este derecho “se constituye en un presupuesto para el ejercicio de otros derechos constitucionales, cuyo desarrollo supone el reconocimiento a un derecho de movimiento que garantiza la independencia física del individuo”.

154. De conformidad con la jurisprudencia constitucional, es un derecho que tiene tres dimensiones: “la posibilidad de moverse por el territorio, el derecho a entrar y salir de este y el derecho a permanecer y residenciarse”. Su afectación “se puede derivar, tanto de acciones positivas, es decir, cuando directamente se obstruye la circulación de los ciudadanos, como cuando se genera ese efecto indirectamente o por omisión en la remoción de barreras o en la creación de una infraestructura adecuada para la circulación”. De allí que se considere que es un derecho que “tiene una dimensión negativa y una dimensión positiva o prestacional”.

155. Limitaciones al derecho de libertad de locomoción. El derecho a la libertad de locomoción no es un derecho absoluto. El Legislador puede establecer límites, “pero sólo en la medida necesaria e indispensable en una sociedad democrática, 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". Además, "como reiteradamente lo ha sostenido la Corte, toda restricción de dicho derecho debe estar acorde con los criterios de necesidad, racionalidad, proporcionalidad y finalidad; no son admisibles, por lo tanto, las limitaciones que imponga el legislador arbitrariamente, esto es, sin que tengan la debida justificación, a la luz de los principios, valores, derechos y deberes constitucionales". Y, como sea, las limitaciones al derecho a la libertad de locomoción no pueden llegar al punto de hacerlo impracticable, es decir, que "se entiende que no pueden desconocer su núcleo esencial". En suma, este derecho puede ser limitado bajo la condición de que las restricciones "sean razonables, proporcionadas, cumplan con fines constitucionales discernibles y cumplan con el requisito de reserva de ley".

156. Limitaciones del derecho a la libertad de locomoción en los estados de excepción. La Corte ha expuesto que en los estados de excepción "aunque sin afectar el núcleo esencial del derecho [a la libertad de locomoción], las restricciones a su ejercicio individual, en guarda del interés colectivo, pueden ser más intensas". Esto, por cuanto el ejercicio del referido derecho, en los eventos considerados como estados de excepción, puede comprometer el orden público. De este modo, "cuando ha sido declarado el Estado de Guerra o el de Conmoción Interior, siempre que la medida en concreto guarde relación exclusiva, directa y específica con las causas que han determinado la perturbación, está facultado para imponer límites a dicho ejercicio con el fin de lograr el restablecimiento de la normalidad". Además, "[s]e trata de la imposición de obligaciones o prohibiciones extraordinarias, pero razonables, que el Estado exige a los particulares para sostener la estabilidad institucional, la pacífica convivencia y la seguridad jurídica, no menos que la eficacia de los demás derechos y libertades (Preámbulo y artículo 2 C.P.)". En todo caso, aquellas medidas que se adopten por el Legislador extraordinario en el marco de un estado de excepción debe pasar por el tamiz de la Corte Constitucional, de conformidad con lo previsto por los artículos 214 y 215 de la Constitución.

11. Derecho al trabajo: prohibición de discriminación para su goce efectivo

157. El trabajo está concebido como un hito básico o un factor fundamental del estado social de derecho. Se encuentra consagrado, principalmente, en el Preámbulo y los artículos 1, 25 y 53 de la Constitución Política. La Corte ha reconocido que el trabajo tiene una triple dimensión en la Carta Política, como: (i) valor fundante del Estado social de derecho; (ii) principio rector del ordenamiento jurídico y (iii) derecho-deber social con carácter fundamental. Como derecho, el trabajo permite a las personas "desarrollarse a partir de contenidos de libertad, autonomía e igualdad, dotándolos de condiciones económicas para el acceso a bienes y servicios necesarios para una vida en condiciones dignas y para habilitar la concreción de su proyecto personal". De allí que se considere como el vehículo para el goce de otros derechos.

158. En múltiples oportunidades, la Corte ha analizado casos en los que se ha debatido un trato discriminatorio en asuntos laborales. Así, se ha pronunciado, entre otros, acerca de la prohibición de discriminar en razón al sexo –condiciones diferentes entre hombres y mujeres– o a una situación de discapacidad. En estos eventos, dada la relación entre los derechos a la igualdad y el trabajo, la Corte ha estudiado los casos, primero, a partir de la posible violación del derecho a la igualdad en donde ha valorado si la afectación prima facie a dicha garantía está justificada a la luz de la Constitución y, luego, según ese estudio, ha abordado si se configura o no una vulneración al derecho al trabajo.

159. Asimismo, la Corte se ha pronunciado acerca del principio de igualdad de oportunidad para los trabajadores, entendido como "la misma disposición en abstracto frente a una eventual situación; es compartir la expectativa ante el derecho, así después por motivos justificados, no se obtengan exactamente las mismas posiciones, o los mismos objetivos". Así, ha expuesto que "[l]a igualdad de oportunidades o de puntos de partida es muy importante en el Estado social de derecho, en tanto que ella 'apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales".

160. Una de las formas de hacer efectivas las garantías que forman parte del derecho al trabajo es a través de la normativa. En ese sentido, la expedición de normas generales, "además de regular los aspectos relativos a la prestación individual de servicios, le aseguren al trabajador una vida digna". En concordancia con esto, el artículo 215 Superior establece que en el marco de un Estado de Emergencia "[e]l Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores".

12. La excepción de inconstitucionalidad

161. La excepción de inconstitucionalidad es una herramienta a través de la cual las autoridades judiciales cumplen con la "facultad-deber" de inaplicar en un caso concreto una norma por contrariar la Constitución Política. Es una figura jurídica que se fundamenta en el artículo 4 de la Constitución, el cual prevé que "[l]a Constitución es norma de normas" y que "[e]n todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales". Precisamente, de la referida disposición constitucional "se deriva la obligación de aplicar preferentemente las normas constitucionales, cuando las normas de inferior jerarquía resultan incompatibles con las primeras". La excepción de inconstitucionalidad aplica sin necesidad de ser "alegada o interpuesta como acción". Además, es una herramienta que "se usa con el fin de proteger,

en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política".

162. La jurisprudencia constitucional ha establecido "tres escenarios puntuales" en los que procede dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad, a saber:

(i) La norma es contraria a las [sic] cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad […];

(ii) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexequibilidad por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso; o,

(iii) En virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental. En otras palabras, "puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales".

13. Casos concretos

163. Los accionantes de los casos sub examine alegaron que las medidas proferidas en el marco de la pandemia de COVID-19 respecto de los adultos mayores de 70 años, que les resultaban aplicables por cumplir con dicho parámetro de edad, vulneraron, entre otros, sus derechos fundamentales a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de locomoción y, en el caso III, el derecho al trabajo. En concreto, dirigieron sus reparos (i) contra la medida que ordenó de forma obligatoria el aislamiento preventivo para ese grupo de adultos, la cual tenía unas características y condiciones distintas a las establecidas para el resto de los habitantes del país, y (ii) contra aquellas que establecieron las condiciones para el desarrollo de actividad física y ejercicio al aire libre, en las que se fijaron unas condiciones particulares y discriminatorias para los mayores de 70 años. Por lo anterior, le corresponde a la Corte determinar si, en efecto, dichas medidas afectaron de manera desproporcionada los referidos derechos de los accionantes.

164. Para estos efectos, la Sala, primero, hará una descripción de las medidas que fueron previstas para toda la población residente en el país y, en particular, para la población adulta, y, luego, hará referencia a aquellas que fueron establecidas, en concreto, para los adultos mayores de 70 años, en el marco de la pandemia de COVID-19. Lo anterior, con el fin de ilustrar el contexto a partir del cual los accionantes hicieron sus alegaciones de haber

recibido un trato discriminatorio en comparación con el que recibió el resto de la población colombiana. Después, la Sala procederá a dar aplicación al juicio integrado de igualdad, con el fin de establecer si se configuró o no una afectación prima facie a la igualdad en cuanto al trato que recibieron los accionantes en el contexto de la pandemia de COVID-19, en contraste con el que recibió el resto de la población. Para realizar el referido juicio, la Sala identificará quiénes son los sujetos objeto de comparación, luego, (i) determinará el criterio de comparación o tertium comparationis y (ii) verificará si en efecto existió un trato diferenciado. De corroborar que en efecto hubo un trato diferenciado, estudiará si este fue constitucionalmente justificado.

165. Ahora bien, la Sala Plena advierte que el referido análisis, el cual integra el juicio de proporcionalidad y sus niveles de intensidad, permitirá así mismo determinar si las medidas en cuestión vulneraron los derechos a la libertad de locomoción y el libre desarrollo de la personalidad de los accionantes y, en el caso del señor Dolcey Casas Rodríguez, el derecho al trabajo. Esto, habida cuenta de que, por una parte, en el estudio de la posible violación a la igualdad se apelará a una metodología de análisis que sirve para analizar la vulneración de los derechos descritos y, por otra parte, la posible violación de dichos derechos se basa en la posible vulneración del derecho a la igualdad.

13.1. Descripción de las medidas establecidas para la población colombiana en el marco de la pandemia de COVID-19 y de aquellas previstas para los adultos mayores de 70 años

13.1.1. Medida sanitaria obligatoria de aislamiento preventivo para la población del país y la medida de aislamiento preventivo obligatorio para los adultos mayores de 70 años

166. Características de la medida de aislamiento obligatorio de todos los habitantes del país. El aislamiento obligatorio de todos los habitantes de la República de Colombia fue ordenado por el Gobierno a través del Decreto 457 de 2020. Para ello, el Gobierno apeló a los deberes de proteger a las personas y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales –art. 2 C.P.– y conservar el orden público –art. 189-4 C.P.–. De igual forma, invocó el poder de policía y la conservación del orden público, al tiempo que los derechos de los niños, niñas y adolescentes y de los adultos mayores y el derecho a la salud, así como, el deber ciudadano de procurar el cuidado de la salud propia y la de la comunidad. Si bien esta medida estuvo dirigida a todos los habitantes del país, lo cierto es que de forma simultánea estaba vigente otra más específica en relación con las personas adultas mayores de 70 años, por lo que la Sala concluye que ambas resultaban aplicables pese a su simultaneidad, atendiendo la especificidad de esta última y la falta de contradicción entre las medidas.

167. La medida general tuvo una vigencia inicial del 25 de marzo de 2020 al 13 de abril de

2020, pero sufrió las siguientes prórrogas: hasta el 27 de abril de 2020, 11 de mayo de 2020, 25 de mayo de 2020, 31 de mayo de 2020, 1 de julio de 2020, 15 de julio de 2020, 1 de agosto de 2020 y 1 de septiembre de 2021. Luego de esta medida, el Gobierno optó por medidas tales como el distanciamiento individual responsable y el aislamiento selectivo.

168. De conformidad con la parte considerativa del Decreto 457 de 2020, la medida en comento, inicialmente tuvo como finalidades, de un lado, combatir de forma efectiva el coronavirus, toda vez que para ese momento no existían "medidas farmacológicas, como la vacuna y los medicamentos antivirales que permit[ieran] combatir con efectividad el Coronavirus COVID-19", y, de otro lado, impartir instrucciones de manera unificada, coordinada y organizada "para mitigar la expansión del Coronavirus COVID-19", atendiendo que las autoridades territoriales habían empezado a adoptar medidas de forma aislada. Posteriormente, según los considerandos de los actos que prorrogaron la medida, esta tuvo como propósito preservar la salud y la vida, evitando la propagación del virus a través de la falta de contacto social. Lo anterior, sin desestimar la importancia de garantizar el abastecimiento de elementos de primera necesidad y la provisión de servicios que no podían interrumpirse, para lo cual se establecieron algunas excepciones. Asimismo, a medida que pasó el tiempo, otras actividades se fueron permitiendo de forma paulatina atendiendo las opiniones, conceptos y recomendaciones de sectores expertos.

169. Así, para el aislamiento preventivo obligatorio de todos los habitantes del país se contemplaron inicialmente 34 actividades exceptuadas, entre las cuales se destacan las siguientes: asistencia y prestación de servicios de salud –sin miramiento de si era factible la atención domiciliaria–; adquisición de bienes de primera necesidad –sin perjuicio de contar con red de apoyo–; desplazamiento a servicios bancarios, financieros y de operadores de pago –al margen de que fuese necesario para garantizar la subsistencia–; asistencia y cuidado de menores, personas mayores de 70 años, personas con discapacidad o personas que requirieran asistencia de personal especializado; actividades relacionadas con la cadena de producción, abastecimiento, almacenamiento, transporte, comercialización y distribución de medicamentos y algunos productos; revisión y atención de emergencias y afectaciones viales y las obras de infraestructura que no pudieran suspenderse; operación aérea y aeroportuaria; actividades de la industria hotelera; y servicios de vigilancia, seguridad privada, limpieza y aseo. Las actividades exceptuadas fueron incrementándose de forma paulatina, al punto que en julio de 2020 se establecieron 46 excepciones, entre las cuales se encuentran, por ejemplo, algunas relacionadas con el sector interreligioso, las industrias manufactureras y servicios de peluquería, entre otros.

170. Características de la medida de aislamiento preventivo obligatorio para los adultos mayores de 70 años. Esta medida fue decretada por el Ministerio de Salud y Protección Social a través de la Resolución 464 de 2020. En concreto, consistió en un aislamiento obligatorio. Estaba dirigida de forma exclusiva a "las personas mayores de 70 años". Inicialmente, se previó que tuviera vigencia desde el 20 de marzo de 2020 hasta el 30 de mayo de 2020.

Posteriormente, la medida se extendió hasta el 31 de agosto de 2020, por medio de la Resolución 844 de 2020. No obstante, al final, esta estuvo vigente hasta el 25 de agosto de 2020; fecha a partir de la cual el Ministerio de Salud y Protección Social optó por derogar la medida en comento, ordenando, en su lugar, "[r]ecomendar a las personas mayores de 70 años el autoaislamiento preventivo".

171. El aislamiento preventivo obligatorio de mayores de 70 años tuvo las siguientes excepciones: abastecimiento de medicamentos y bienes de consumo y primera necesidad, cuando estos no contaran con una red de apoyo; uso de servicios financieros necesarios para garantizar la subsistencia; acceso a servicios médicos, cuando no fuera factible la atención domiciliaria; casos de fuerza mayor y caso fortuito; atender gestiones propias de la función pública; los servidores de elección popular; quienes prestaran servicios de salud, y quienes realizaran una actividad económica, salvo que recibieran subsidios o ayudas. Según el Gobierno, con estas excepciones perseguía garantizar el núcleo esencial de los derechos afectados.

172. Finalidad de la medida de aislamiento preventivo obligatorio para los adultos mayores de 70 años. Según la parte considerativa de la Resolución 464 de 2020, la referida medida era necesaria para proteger al grupo de adultos destinatario, como "la población más vulnerable frente al coronavirus COVID-19". Lo anterior, atendiendo los artículos 24 –libertad de locomoción–, 46 –protección y asistencia de las personas de la tercera edad–, 49 y 95 –deber ciudadano de cuidar su salud y la de su comunidad–, todos de la Constitución Política; 5, 10, 11 y 15 de la Ley 1751 de 2015 –Ley estatutaria de la salud–, y 598 de la Ley 9 de 1979. Asimismo, debido a que la OMS había instado a los estados a tomar medidas urgentes para mitigar el contagio del coronavirus, tomando en consideración la velocidad de propagación del virus.

13.1.2. Condiciones para el desarrollo de actividad física y ejercicio al aire libre para las personas adultas mayores de 70 años y el resto de la población adulta

173. Mediante el Decreto 749 del 28 de mayo de 2020, el Gobierno previó que, a partir del 1 de junio de 2020, durante el aislamiento preventivo obligatorio –vigente desde marzo de 2020– se permitiría el desarrollo de actividad física y ejercicio al aire libre. Esto, atendiendo la necesidad de "garantizar […] las actividades que por su misma naturaleza no deben interrumpirse so pena de afectar el derecho a la vida, a la salud, y la supervivencia de los habitantes, así como atender las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo -OIT- en materia de protección laboral y en concordancia con la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social […]".

174. A este propósito, el Gobierno estableció para los adultos las siguientes condiciones: (i) para las “personas que se encuentren en el rango de edad de 18 a 69 años, por un periodo máximo de dos (2) horas diarias” y (ii) para “los adultos mayores de 70 años, tres (3) veces a la semana, media hora al día” (énfasis propio). Para ese momento, ya estaba establecido que el aislamiento preventivo obligatorio de los mayores de 70 años sería hasta el 31 de agosto de 2020, mientras que para los demás residentes del país estaba previsto en ese momento hasta el 1 de julio de 2020.

175. Las citadas condiciones fueron modificadas levemente mediante el Decreto 847 del 14 de junio de 2020, así: (i) para las “personas que se encuentren en el rango de edad de 18 a 69 años, por un periodo máximo de dos (2) horas diarias” y (ii) para “los adultos mayores de 70 años, tres (3) veces a la semana, una (1) hora al día” (énfasis propio). Posteriormente, a través del Decreto 990 de 2020, que rigió a partir del 16 de julio de 2020, el Gobierno fijó las mismas condiciones aplicables a todos los adultos para el desarrollo de actividad física y ejercicio al aire libre, es decir, sin perjuicio del rango de edad del adulto. Esto, en cumplimiento de lo ordenado por la juez de tutela de primera instancia del exp. T-8.023.514 (caso II), “mientras se res[olvía] en sede judicial la impugnación a la acción de tutela”. Finalmente, con el Decreto 1168 de 2020 el Gobierno dejó de decretar medidas de aislamiento preventivo obligatorio y, en consecuencia, no estableció ningún tipo de condición para el desarrollo de actividad física y ejercicio al aire libre.

13.1.3. Fundamentos adicionales comunes en relación con las medidas de aislamiento obligatorio preventivo y las condiciones para hacer actividad física y ejercicio al aire libre.

176. Durante el trámite de las acciones sub examine, el Gobierno explicó que las personas adultas mayores, dado el debilitamiento de su sistema inmune en razón al proceso de envejecimiento, tienen menos capacidad de combatir infecciones y, como tal, son “la población más susceptible de enfermarse” de COVID-19. Asimismo, expuso que según estudios, los adultos mayores en Colombia sufren varias enfermedades que hacen que sean más vulnerables ante el contagio, toda vez que se les dificulta más la recuperación una vez han contraído el virus, e, incluso, hacen que tengan una alta probabilidad de muerte. Lo anterior, además, lo soportó en análisis efectuados en otros países, según los cuales “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”. Asimismo, citó varios documentos especializados que daban cuenta de que los adultos mayores tenían un riesgo más alto de padecer manifestaciones severas de la enfermedad.

177. El Gobierno ilustró que la tasa de muerte en el grupo etario de mayores de 70 años es más alta en comparación con los demás grupos. Complementó que, a 19 de junio de 2020, el 22.4% de las personas en estado grave y hospitalizadas en UCI eran personas mayores de 70 años. Adicionalmente, afirmó que ante el mayor riesgo de presentar un cuadro infeccioso

grave por parte de estas personas, su tasa de hospitalización sería mucho mayor –20%– en contraste con la de la población en general –4%–. Señaló que “ante la ausencia de un mecanismo farmacológico para tratar o curar el nuevo Coronavirus COVID-19, las medidas de aislamiento y distanciamiento social se erigen como las principales herramientas para enfrentar el virus”, tal como lo recomendó, entre otros, la OMS. Alegó que, por lo anterior, era necesario adoptar medidas transitorias tales como las analizadas. Pues, era la manera de controlar el contagio descontrolado del virus y salvaguardar “los derechos a la salud y la vida de los mayores de 70 años y de toda la población”. Así, consideró que las medidas dirigidas a los mayores de 70 años no eran discriminatorias, habida cuenta de que ese era un grupo que no estaba en las mismas condiciones que otros segmentos de la población.

178. Con base en lo anterior, el Gobierno adujo que las medidas diferenciadas que motivaron las acciones de tutela sub examine cumplían finalidades legítimas. De un lado, estaban dirigidas a proteger la salud y la vida de los adultos mayores, ante la falta de soluciones farmacológicas para curar la enfermedad y, de otro lado, a “proteger la estabilidad y capacidad del sistema de salud de una demanda exacerbada para atender la pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19”.

13.2. Configuración de una afectación prima facie a la igualdad en cuanto al trato que recibieron los accionantes en el contexto de la pandemia de COVID-19

13.3. Determinación del criterio de comparación en el caso sub examine

180. Tomando en consideración la descripción de las medidas examinadas, es posible concluir que tanto aquellas generales como las que resultaban aplicables a los accionantes tenían como finalidad última y principal proteger la salud y la vida propias y de los demás. Esto, ante la probabilidad de una propagación exacerbada de un virus que, por una parte, podría derivar en la muerte y, por otra, podría reducir las posibilidades de acceso a los servicios de salud por una eventual sobrecarga del sistema por la alta demanda de asistencia hospitalaria dada la agresividad del virus. De esta manera, la Sala Plena considera que el criterio de comparación relevante en el caso sub examine es: la necesidad de proteger la salud y la vida propias y la de los demás ante la amenaza que representa un virus altamente contagioso y mortal para muchas personas y respecto del cual, para ese momento, no existía vacuna, ni se conocía tratamiento médico efectivo.

181. La Sala Plena considera que en el presente caso no sería correcto establecer como criterio de comparación la mayor o menor vulnerabilidad de sufrir una afectación grave a la

salud y a la vida ante el contagio del SARS-CoV2. La Sala reconoce que de conformidad con la literatura especializada existente para el momento en que se adoptaron las medidas que motivaron las acciones de tutela sub examine se afirmaba que a mayor edad de la persona, había mayor probabilidad de sufrir síntomas graves de la enfermedad COVID-19. Esa misma literatura también indicaba que personas con comorbilidades cardiovasculares e inmunosupresión (p. ej. hipertensión arterial, pacientes hemato-oncológicos), enfermedad renal crónica, diabetes y enfermedades respiratorias crónicas tenían así mismo mayor susceptibilidad de presentar una enfermedad más grave de contraer el SARS-CoV2. Sin perjuicio de lo anterior, por las razones que pasan a exponerse, la Sala considera que no hay lugar a considerar el referido criterio como patrón de igualdad.

182. En primer lugar, porque es un criterio respecto del cual se carece de elementos epistémicos para ser determinado con exactitud en el contexto del coronavirus COVID-19; circunstancia que, además, impide establecer si se trata de un criterio muy genérico o muy específico. Esto podría llevar a la Sala a incurrir erradamente en un alto grado de asimilación o en un alto grado de diferenciación, que desnaturalizaría el análisis en un juicio de igualdad. En efecto, si bien desde muy temprano los expertos identificaron algunas condiciones que eran recurrentes en las personas que se agravaban al contraer el virus y las resaltaron como vulnerabilidades ante el contagio de COVID-19, lo cierto es que no es posible afirmar que dichas condiciones de vulnerabilidad llevan a un desenlace determinado en todas las ocasiones (ej. muerte). Es más, en algunos eventos, personas sin condiciones de vulnerabilidad han padecido efectos graves en su salud por el contagio de COVID-19.

183. En segundo lugar, puesto que el criterio que es objeto de análisis en el asunto sub examine es el etario de tener 70 años o más, respecto del cual tampoco existía certeza de ser el punto de quiebre para delimitar una diferencia de trato por una mayor vulnerabilidad ante el contagio del virus. Esto, puesto que la literatura era pacífica en cuanto a que a mayor edad mayor vulnerabilidad al COVID-19, pero esta no fue uniforme en establecer la edad de 70 años en adelante como criterio determinante. Por el contrario, los documentos especializados hicieron referencia a distintos rangos de edad para señalar la mayor vulnerabilidad (p. ej. más de 65 años y, particularmente, los mayores de 85 años y 60 a 79 años, entre otros).

184. En tercer lugar, habida cuenta de que uno de los aspectos constitucionalmente relevantes a analizar en el caso sub examine es si establecer condiciones particulares respecto de un grupo de personas, al parecer, de forma primordial, en su propio beneficio, vulneró o no los derechos de los accionantes. Por lo tanto, fijar como criterio de diferenciación la vulnerabilidad de las personas haría nugatoria la posibilidad de hacer un análisis de constitucionalidad fundamentado en su dignidad y autonomía en comparación con las demás personas cuya salud y vida, en todo caso, también estaban en riesgo.

185. En ese sentido, para la Sala Plena, el criterio de comparación que permite conciliar los postulados en tensión es, se reitera, la necesidad de proteger la salud y la vida propias y de los demás ante la amenaza que representa un virus altamente contagioso y mortal para muchas personas y respecto del cual, para ese momento, no existía vacuna, ni se conocía tratamiento médico efectivo.

13.4. Los accionantes son sujetos comparables con el resto de los adultos habitantes del país

186. A la luz del criterio de comparación establecido, la Sala Plena considera que los accionantes, como adultos mayores de 70 años, son comparables con el resto la población adulta residente en el país. Esto, por una parte, por cuanto ambos grupos poblacionales, en términos generales, tienen un interés razonable en proteger su propia salud y vida. Por otra parte, toda vez que en cabeza de ambos recaen los deberes ciudadanos de "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios", "[p]ropender por su autocuidado, el de su familia y el de su comunidad", "[a]tender oportunamente las recomendaciones formuladas en los programas de promoción y prevención" y "[a]ctuar de manera solidaria ante las situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas". Por último, habida cuenta de que de la población adulta se predica una madurez que le permite, en términos generales, tener un mejor discernimiento acerca de la forma de actuar que, a su turno, permite otorgar mayor facultad autónoma para tomar las decisiones.

13.5. En los planos fáctico y jurídico hubo un trato diferenciado para los accionantes en comparación con el resto de los adultos habitantes del país en el contexto de la pandemia de COVID-19, que derivó en una afectación prima facie del derecho a la igualdad

187. De conformidad con la descripción de las medidas que motivaron las acciones de tutela, la Sala observa que desde los planos fáctico y jurídico hubo un trato diferenciado entre los actores, como personas adultas mayores de 70 años, y el resto de los adultos del país, en el contexto de la atención de la pandemia de COVID-19. En concreto, la Sala advierte que hubo un tratamiento infra inclusivo en relación con los accionantes, toda vez que las medidas generales dejaron de serles aplicables, en razón a que se establecieron unas medidas particulares para el grupo poblacionan del que forman parte. En efecto, la Sala encuentra que, a partir de la reglamentación y al ser excluidos de las medidas generales al inicio de la pandemia, los accionantes tuvieron que soportar unas condiciones más severas (i) en cuanto al rango de tiempo que debían soportar la medida de aislamiento preventivo obligatorio; (ii) respecto de las actividades que podían desplegar mientras estuviera vigente dicho aislamiento, y (iii) frente a las condiciones que les impusieron para desarrollar actividad física y ejercicio al aire libre.

188. Diferencias en cuanto a la duración que se previó reglamentariamente para las

medidas. Para los destinatarios del aislamiento preventivo obligatorio general, incialmente, se previó una vigencia más corta de la medida –20 días–, la cual se prorrogó en ocho oportunidades, mientras que para los accionantes, como adultos mayores de 70 años, se estableció inicialmente una duración de 73 días que, posteriormente, se extendió por 93 días más. Si bien en la práctica ambas medidas tuvieron un diferencia muy pequeña en cuanto a su duración, lo cierto es que desde la reglamentación siempre se previó una vigencia distinta.

189. Diferencias respecto de las actividades que las personas podían desarrollar durante el aislamiento preventivo obligatorio. Mientras que los mayores de 70 años fueron autorizadas para desarrollar ocho (8) actividades durante el aislamiento preventivo obligatorio, algunas de estas supeditadas a no poder ejercerlas por conducto de otra persona, para el resto de los adultos se contemplaron, inicialmente, treinta y cuatro (34) actividades exceptuadas distintas a las establecidas para los mayores de 70 años y, con el tiempo, se previeron hasta cuarenta y seis (46) excepciones.

191. Síntesis. A continuación, se presenta un cuadro en el que, de un lado, se contrastan la medida de aislamiento preventivo obligatorio dirigida a personas adultas mayores de 70 años y aquella dirigida al resto de habitantes del país y, de otro lado, se contrastan las condiciones impuestas a los mayores de 70 años con las impuestas al resto de los adultos para el desarrollo de actividad física y ejercicio al aire libre. En este cuadro es posible observar que, en efecto, hubo un trato diferenciado en relación con los accionantes.

Comparación las medidas de aislamiento obligatorio

Criterio

Medida para adultos mayores de 70 años

Medida para el resto de los habitantes del país

Autoridad que la estableció

Ministerio de Salud y Protección Social

Gobierno Nacional

Medida

Aislamiento preventivo obligatorio

Aislamiento preventivo obligatorio

Duración

Inicial

20 mar. 2020 a 30 may. 2020

Prórroga

Hasta el 31 ago. 2020

Efectivo

Hasta el 25 ago. 2020.

Inicial

Prórroga

27 abr. 2020

11 may. 2020

25 may. 2020

31 may. 2020

1 jul. 2020

15 jul. 2020

1 ago. 2020

1 sep. 2020

Efectivo

Hasta el 31 ago. 2020.

Destinatarios

Personas mayores de 70 años

Todas las personas habitantes de la República de Colombia

Actividades exceptuadas

Se contemplaron las siguientes excepciones:

– Abastecimiento de medicamentos y bienes de consumo y primera necesidad, cuando estos no contaran con una red de apoyo.

– Uso de servicios financieros necesarios para garantizar la subsistencia.

– Acceso a servicios médicos, cuando no sea factible la atención domiciliaria. – Casos de fuerza mayor y caso fortuito.

– Atender gestiones propias de la función pública.

– Los servidores de elección popular.

– Quienes presten servicios de salud.

– Quienes realicen una actividad económica, salvo que reciban subsidios o ayudas.

Inicialmente, contempló 34 excepciones, las cuales fueron aumentando de forma paulatina hasta que al final de la medida se contemplaron 46 excepciones.

comparación de las condiciones para desarrollar actividad física y ejercicio al aire libre

Condiciones para mayores de 70 años

Condiciones para el resto de adultos

A partir del 1 de junio de 2020

Tres (3) veces a la semana, media hora al día

Por un periodo máximo de dos (2) horas diarias.

A partir del 14 de junio de 2020 hasta el 16 de julio de 2020

Tres (3) veces a la semana, una (1) hora al día

Por un periodo máximo de dos (2) horas diarias.

13.6. La afectación prima facie del derecho a la igualdad no está constitucionalmente justificada y, por ende, hubo una restricción desproporcionada de los derechos a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de locomoción y el trabajo de los accionantes

192. El trato diferenciado del que fue objeto los accionantes, como personas destinatarias de las medidas dirigidas a los adultos mayores de 70 años, vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de locomoción y el trabajo de los mismos. Para explicar esta afirmación, la Sala Plena procederá (i) a establecer el nivel de intensidad del juicio de proporcionalidad aplicable al presente caso y (ii) a partir de este, a analizar la proporcionalidad de la medida diferenciada.

193. En este caso se debe aplicar un test de intensidad fuerte o estricta. Si bien las medidas que motivaron las acciones de tutela establecieron un trato diferenciado a partir de la edad como tope máximo para afrontar el aislamiento durante la pandemia de COVID-19, lo cual daría lugar a aplicar un test de intensidad intermedia por ser este un criterio de diferenciación semisospechoso, la Sala Plena considera que es más apropiado dar aplicación a un test de intensidad fuerte o estricta, por las siguientes razones.

194. Primero, porque las medidas en cuestión supusieron un impacto fuerte al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, el cual constituye el fundamento de cualquier tipo de libertad y es una emanación directa del principio de dignidad humana, y al derecho a la libertad de locomoción, cuyo goce es presupuesto para el ejercicio de otros derechos constitucionales. Impactaron de forma importante los referidos derechos, habida cuenta de que las medidas interfirieron en decisiones tan básicas e inherentes a las personas, tales como, cuándo salir de su casa para proveerse de alimentos y elementos de primera necesidad, hacer actividad física en su propio beneficio y desarrollar cualquier actividad que en su autonomía desearan acometer. En ese sentido, atendiendo que en la sentencia C-345 de 2019 se estableció que un test de intensidad estricta debe aplicarse cuando la medida “en principio, impacta gravemente un derecho fundamental” y dada la afectación descrita a los derechos al libre desarrollo a la personalidad y la libertad de locomoción, la Sala Plena concluye que lo más apropiado es acudir a un test de proporcionalidad de intensidad estricta. Segundo, por cuanto la Corte de tiempo atrás ha apelado al test de intensidad fuerte o estricta cuando se trata de la afectación a los derechos al libre desarrollo de la personalidad y libertad de locomoción.

195. A la luz del test de intensidad fuerte o estricta, le corresponde a la Sala Plena verificar (i) si el fin perseguido por la medida fue imperioso; (ii) si el medio escogido fue efectivamente conducente; (iii) si dicho medio fue necesario, esto es, si este pudo ser

“reemplazado por otros menos lesivos para los derechos de los sujetos pasivos de la norma”, y (iv) si los beneficios de la medida “exceden o no las restricciones impuestas sobre otros valores o principios constitucionales; es decir, si la medida es proporcional en sentido estricto”. A continuación, procede la Sala a adelantar el test descrito, a efectos de corroborar si las medidas afectaron de forma desproporcionada los derechos de los accionantes.

196. Las medidas diferenciadas dirigidas a los adultos mayores de 70 años, en el contexto de la pandemia de COVID-19 perseguían un fin constitucionalmente imperioso. La Sala Plena reconoce que la medida de aislamiento preventivo obligatorio que afectó a los accionantes, como adultos mayores de 70 años, al igual que las condiciones diferenciadas para desarrollar actividad física y ejercicio al aire libre perseguían un fin constitucionalmente imperioso y, además, fue una medida afirmativa. Esto, por cuanto el Gobierno pretendía con las medidas, por una parte, proteger la salud y la vida de los accionantes, quienes, de conformidad con la información científica disponible para aquel momento, formaban parte de un grupo poblacional que tenía mayor probabilidad de desarrollar síntomas graves de COVID-19 e, incluso, de fallecer como consecuencia de contraer la enfermedad. Y, por otra parte, también pretendía proteger la salud y la vida de toda la población colombiana, lo cual, en criterio del Gobierno, se lograba manteniendo la disponibilidad de los servicios hospitalarios, en especial del acceso a las UCI, evitando que estas se saturaran o se desbordaran en su capacidad por una eventual demanda desmedida por parte las personas más propensas a requerir dichos servicios –como los adultos mayores de 70 años–.

197. Por ende, con fundamento en los artículos 2, 11, 46, 48 y 49 de la Constitución y 5 y 11 de la Ley 1751 de 2015 –Ley estatutaria de la salud–, la Sala concluye que el Gobierno perseguía un fin constitucionalmente imperioso con las medidas en cuestión.

198. Las medidas diferenciadas dirigidas a los adultos mayores de 70 años en el contexto de la pandemia de COVID-19 eran efectivamente conducentes. Esto es así, por cuanto el aislamiento y las condiciones limitativas impuestas para desarrollar algunas actividades durante el mismo, reducían de manera muy significativa el contacto entre las personas. Esta reducción del contacto social a la vez disminuía la posibilidad de que las personas se contagiaran con el SARS-CoV2, y esto a su turno, la posibilidad de que desarrollaran la enfermedad COVID-19, de que su salud pudiese agravarse por dicha enfermedad y de que, eventualmente, fallecieran como consecuencia de esta.

199. En efecto, el 11 de marzo de 2020, la OMS declaró el COVID-19 como una pandemia. Esto, tras expresar, entre otras cosas, su preocupación por los niveles alarmantes de contagio. De conformidad con varios conceptos especializados, la tasa de contagio del virus que produce la enfermedad COVID-19 era alta en comparación con otros virus respiratorios. Además, según la OMS, “[e]l virus puede propagarse a través de pequeñas partículas líquidas expulsadas por una persona infectada por la boca o la nariz al toser, estornudar, hablar, cantar o respirar”. Así, varios entes reconocieron que el distanciamiento social conducía a la

disminución de la transmisión y contagio del virus, al punto que varios, entre ellos la OMS, lo recomendó como una forma de enfrentar el COVID-19 e, incluso, algunos focalizaron dicha recomendación a la población mayor y con mayor vulnerabilidad ante el contagio.

200. De esta manera, la Sala Plena concluye que, con base en la información especializada existente para el momento en que se adoptaron las medidas, el aislamiento de las personas y las condiciones encaminadas a reducir la posibilidad de que hubiese contacto físico cercano entre estas, conducían de forma efectiva a proteger la salud y, en algunos eventos, la vida de los accionantes, del resto de los adultos de 70 años y de la población en general. Lo anterior, teniendo en cuenta la forma de transmisibilidad del virus y los efectos que este generaba en la salud de las personas, especialmente, en aquellas consideradas como más vulnerables al virus.

202. En primer lugar, la protección de los accionantes (como personas que probablemente eran más vulnerables ante el contagio del virus), en un momento en el que aún no había soluciones farmacológicas para curar ni tratar el COVID-19 y en el que era factible enfrentar una sobre carga en el sistema de salud, era posible a través de las medidas que fueron impuestas al resto de la población adulta. Esto es así, toda vez que dichas medidas, por una parte, también establecieron un aislamiento obligatorio que era igualmente conducente para proteger la vida y la salud de la población en general. Y, por otra parte, contemplaron unas condiciones, por cierto, menos drásticas, que también tuvieron en cuenta la necesidad de prevenir al máximo la posibilidad de contagio del virus y respecto de las cuales el Gobierno no explicó por qué si se aplicaban a los adultos mayores llevarían a una propagación desbordada del mismo.

203. Es más, pese a que la Sala preguntó al Gobierno qué otras medidas tuvo en consideración cuando optó por las diferenciadas en relación con los mayores de 70 años, este no señaló haber teniendo en cuenta otras medidas. En contraste, obsérvese, a manera de ejemplo, que en algunos países se optó por medidas no obligatorias para los adultos mayores. Así, en Inglaterra e Irlanda, el Gobierno recomendó a las personas con condiciones de extrema vulnerabilidad ante el contagio del COVID-19 blindarse –shielding–. De igual forma, en la provincia de Ontario, Canadá, el gobierno local recomendó a los adultos mayores de 70 años o más a quedarse en casa, sin que se tratase de una medida impositiva. Se trató de recomendaciones, no de medidas obligatorias con base en un criterio etario.

204. Sumado a lo anterior, la Sala considera que no se puede perder de vista que los accionantes son adultos con amplia experiencia de vida, a quienes se les informó con suficiencia, como al resto de la población, acerca del alto riesgo que para ellos significaba el virus y que, como tal, es razonable inferir que en el ejercicio de su autonomía y madurez adoptarían una actitud responsable frente a la situación. Incluso, con base en el material que reposa en el expediente, los accionantes al parecer eran conscientes del riesgo que para

ellos implicaba contraer el virus, pero querían ejercer su autonomía con los debidos cuidados. Así, el señor Ricardo Hernández de León –Caso I– expresó en el escrito de tutela que pedía un salvoconducto para poder salir y se comprometía "a cumplir con las normas de las autoridades". De igual forma, el señor Rudolf Hommes y los demás accionantes del Caso II señalaron que "el gobierno impone la cuarentena a las personas mayores, en vez de acudir a la persuasión mediante recomendaciones de autocuidado que nosotros estaríamos en capacidad de entender, evaluar y acoger por nuestra propia voluntad".

205. Para la Sala, la madurez de los accionantes, derivada de la experiencia que da el transcurso de los años, es un factor importante a tener en cuenta cuando se trata de adoptar medidas limitativas diferenciadas en su favor. Pues, en razón de dicha madurez es plausible pensar que habrá un actuar más responsable ante eventos riesgosos, como el sub examine, en contraste con el que sería el actuar de personas mucho más jóvenes. En tal sentido, la Corte ha reconocido que "el pleno ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad está relacionado con la capacidad que tienen las personas de tomar decisiones, que depende de una voluntad reflexiva formada". De allí, que "la legitimidad de […] políticas coactivas de protección se encuentra en proporción inversa al grado de autonomía y competencia de la persona para tomar decisiones libres en relación con sus propios intereses […;] si la persona es plenamente competente, lo más probable es que la medida en general no se justifique, pues se podría recurrir a otros medios menos lesivos de la autonomía personal, como la educación o el suministro a la persona de información relevante sobre los riesgos en que va a incurrir".

206. Adicionalmente, la Sala resalta la importancia y el valor que tiene la población mayor para nuestra sociedad. Además de ser pilares importantes de una familia, son miembros de gran valía para la comunidad, en razón a su experiencia y conocimiento adquiridos con los años. Esto, aunado a la necesidad de reconocer que hoy en día las personas mayores, salvo circunstancias particulares, son activas y productivas y, como tal, tienen mucho que aportar en nuestro entorno. Por ello, la Sala rechaza que de algún modo a los adultos mayores se les dé un trato que de alguna manera los pueda hacer sentir humillados, infantilizados o no autónomos.

207. En línea con lo anterior, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada mediante la Ley 2055 de 2020, reconoce que la persona mayor no debe verse sometida "a discriminación fundada en la edad" y debe "seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma con salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades". De igual forma, reconoce "la necesidad de abordar los asuntos de la vejez y el envejecimiento desde una perspectiva de derechos humanos que reconoce las valiosas contribuciones actuales y potenciales de la persona mayor al bienestar común, a la identidad cultural, a la diversidad de sus comunidades, al desarrollo humano, social y económico y a la erradicación de la pobreza". Así, prohíbe "la discriminación por edad en la

vejez” y establece en cabeza de las personas mayores, entre otros, el derecho 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”. Por último, esta también hace un llamado, que en este momento replica la Sala, a tomar conciencia acerca del “reconocimiento de la experiencia, la sabiduría, la productividad y la contribución al desarrollo que la persona mayor brinda a la sociedad en su conjunto”.

208. En segundo lugar, la Sala no encuentra una razón suficiente que justifique que era necesario adoptar medidas diferenciadas, en concreto, en relación con personas como los accionantes –mayores de 70 años–. Esto es así, por cuanto para el momento en que se expidieron las referidas medidas había acuerdo en que a mayor edad mayor vulnerabilidad al COVID-19, pero no era certero que la edad de 70 años en adelante fuera el criterio determinante o el punto de quiebre para establecer un trato diferenciado. Es decir, que no es posible afirmar que a partir de los 70 años el COVID-19 ocasionaría unos efectos tales, de modo que ese debiera ser el referente para establecer unas condiciones más fuertes en cabeza de los accionantes en el marco de la pandemia. Por el contrario, los documentos especializados hicieron referencia a distintos rangos de edad para señalar la mayor vulnerabilidad (p. ej. más de 60 años, más de 65 años y, particularmente, los mayores de 85 años y 60 a 79 años, entre otros).

209. Al respecto, obsérvese que los organismos internacionales especializados no recomendaron un aislamiento obligatorio especial y diferenciado para las personas adultas mayores de 70 años o unas condiciones particulares para que estas personas desarrollaran actividad física o ejercicio al aire libre. Por el contrario, estos advirtieron acerca de la vulnerabilidad de las personas mayores ante el contagio de COVID-19 y recomendaron adoptar medidas especiales para proteger a estas personas, sin señalar que la forma de hacerlo fuese como se hizo en las medidas de las que fueron destinatarios los accionantes.

210. Lo anterior lleva a afirmar que el criterio de la edad, en concreto el de tener 70 años o más, en el que clasificaban los accionantes, fue el único factor que se tuvo en cuenta para establecer las condiciones en que estas personas debían inicialmente vivir durante la pandemia de COVID-19. La Sala Plena concluye que no era necesario someter a los accionantes a un aislamiento preventivo obligatorio en condiciones diferentes al resto de la población adulta colombiana. Por ello, para la Sala el tratamiento diferenciado del que fue objeto los accionantes no se encuentra constitucionalmente justificado, supuso un trato discriminatorio a la luz de la Constitución Política colombiana que, además, afectó a sujetos que gozan de especial protección constitucional y significó una vulneración a los derechos fundamentales a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad y libertad de locomoción de los accionantes y al derecho al trabajo del señor Dolcey Casas Rodríguez en su faceta de no discriminación. Ahora bien, en la medida en que se concluye que las medidas impuestas a los accionantes no eran necesarias, la Sala culminará en este punto el análisis del juicio

integrado de igualdad; en tal sentido, no estudiará la proporcionalidad en sentido estricto.

14. El remedio ante la vulneración de los derechos de los accionantes.

211. La Sala Plena considera que, debido a la vulneración de los derechos a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de locomoción y el trabajo, de los accionantes, lo apropiado habría sido que los jueces de tutela hubiesen dado aplicación a la excepción de inconstitucionalidad en los casos sub examine y con efectos inter partes, en relación con las medidas diferenciadas. En consecuencia, debieron ordenar la inaplicación de la Resolución 464 de 2020, que estableció el aislamiento preventivo para mayores de 70 años, y el Decreto 749 de 2020, que previó las condiciones diferenciadas para realizar actividad física, frente a los accionantes.

212. Aplicar la excepción de inconstitucionalidad es un deber del juez, incluido el de tutela, cuando se advierte que en un caso concreto una norma contraría la Constitución Política. En el caso sub examine las medidas que fueron impuestas a los accionantes en el marco de la pandemia fueron desproporcionadas, toda vez que no era necesario optar por medidas que limitaran de manera más drásticas sus derechos en contraste con los del resto de la población. Lo anterior no supone en modo alguno que los jueces hubiesen podido extraer del ordenamiento jurídico las referidas normas, habida cuenta de que ello es un asunto propio del juez constitucional que, en este caso, es el Consejo de Estado, por tratarse de normas que no están sometidas al control de esta Corte.

214. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala Plena prevendrá al Gobierno Nacional para que en futuras ocasiones se abstenga de decretar medidas restrictivas de derechos con fundamento exclusivo en un criterio etario.

15. Síntesis de la decisión

215. Los ciudadanos Ricardo Hernández León (caso I), Rudolf Manuel Hommes Rodríguez, Alfonso Ávila Velandia, Maurice Armitage Cadavid, Luis Francisco Barón Cuervo, Carlos Eduardo Caballero Argáez, María del Pilar Caicedo Estela, María Consuelo Cárdenas de Sanz de Santamaría, Lucelly Ceballos Cárdenas, María Mercedes Cecilia Gloria Cuellar López, José María de Guzmán Mora, Humberto de la Calle Lombana, Alonso Gómez Duque, William de Jesús Hoyos González, María Cristina Jimeno Santoyo, Patricia Lara Salive, Álvaro Leyva

Durán, Clara López Obregón, Graciela Palacios Meiresonne, María Esperanza Palau Bonilla, Alejandro Sanz de Santamaría Samper, Petrus Adrianus Nicolaas María Spijkers, Ignacio Vélez Pareja, Alberto Villate Paris, Lucía Villate Paris, Ricardo Villaveces Pardo (caso II) y Dolcey Casas Rodríguez (caso III) presentaron acciones de tutela que tienen como ejes comunes: de un lado, que los accionantes en su mayoría eran adultos de 70 años o más para el momento en que interpusieron la respectiva acción y, de otro, que alegaron que las medidas proferidas en el marco de la pandemia de COVID-19, respecto de ese grupo poblacional, afectaron sus derechos fundamentales.

216. La Sala Plena consideró que las referidas tutelas eran procedentes. Por una parte, encontró que el requisito de legitimación por activa se cumplía respecto de la mayoría de los accionantes, por ser destinatarios de las medidas en cuestión, menos frente a la ciudadana Patricia Lara Salive, quien para el momento en que interpuso la acción tenía 69 años y, como tal, no le aplicaban las medidas, ni tampoco enfrentaba un perjuicio inminente y próximo en sus derechos. Por otra parte, concluyó que se cumplía el requisito de legitimación por pasiva, toda vez que las acciones se interpusieron, entre otras, contra las autoridades públicas que profirieron las medidas cuestionadas. Además, determinó que se cumplía con el requisito de inmediatez, habida cuenta de que las tutelas se presentaron cuando las medidas se encontraban vigentes.

217. Por último, entendió colmado el requisito de subsidiariedad, habida cuenta de que (i) para el momento en que se interpusieron las tres acciones de tutela los términos judiciales para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho estaban suspendidos; (ii) para cuando se presentaron las demandas de tutela en los casos I y III también se encontraban suspendidos los términos para el medio de control de nulidad; (iii) los tres casos suscitan un problema constitucional que desborda el ámbito de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ya que suponen la determinación del alcance de los derechos fundamentales de los adultos mayores de 70 años en el contexto de una pandemia, lo cual, a su turno, constituye un debate ius fundamental de gran relevancia, que amerita la intervención del juez de tutela, y (iv) son casos en los que se debe valorar si la aplicación de los actos administrativos cuestionados vulneró los derechos fundamentales de los accionantes en concreto, lo cual no es objeto de estudio en el marco de la acción de nulidad.

218. Superado el análisis de procedencia, la Sala pasó a valorar el hecho de que las medidas objeto de cuestionamiento habían perdido vigencia. En ese contexto, concluyó que se había configurado un daño consumado. Esto, por cuanto las medidas implicaron una afectación importante a los derechos de los accionantes, la cual se perfeccionó durante un periodo de tiempo determinado. Así, la Sala declaró la carencia actual de objeto por haberse configurado un daño consumado en los expedientes T-7.953.574 –caso I– y T-8.062.133 –caso III–, más no en relación con el expediente T-8.062.133 –caso II–, toda vez que en este último hubo un amparo de derechos desde primera instancia.

219. De conformidad con la jurisprudencia unificada y ante la configuración de un daño consumado, la Sala pasó a verificar si se había o no configurado una vulneración de derechos. Para ello, planteó los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿la medida sanitaria de aislamiento preventivo de personas mayores de 70 años, proferida en el marco de la pandemia de COVID-19, vulneró los derechos a la igualdad, la libertad de locomoción y el libre desarrollo de la personalidad de los accionantes y el derecho al trabajo del ciudadano Dolecy Casas Rodríguez?, y (ii) ¿las condiciones especiales establecidas para que los mayores de 70 años desarrollaran actividad física y ejercicio al aire libre, en el marco del aislamiento preventivo obligatorio decretado por la pandemia de COVID-19, vulneraron los derechos a la igualdad, la libertad de locomoción y el libre desarrollo de la personalidad de los accionantes del caso II?

220. Para resolver estos problemas jurídicos, la Sala realizó, en primera medida, un juicio integrado de igualdad. Consideró que de llegar a corroborar que hubo una afectación prima facie al principio de igualdad y al estudiar si este había sido constitucionalmente justificado, sería posible determinar a la vez si las medidas en cuestión vulneraron los demás derechos de los accionantes. Esto, habida cuenta de que, por una parte, en el estudio de la posible violación a la igualdad apelaría a una metodología de análisis que sirve para analizar la vulneración de los derechos descritos y, por otra parte, la posible violación de tales derechos se basa en la posible vulneración del derecho a la igualdad.

221. En ese sentido, la Sala identificó que los sujetos objeto de comparación serían, de un lado, los accionantes, quienes como personas mayores de 70 años fueron destinatarios de medidas particulares en el contexto de la pandemia, y, de otro lado, el resto de la población adulta menor de 70 años residente en el país. Asimismo, estableció como criterio de comparación: la necesidad de proteger la salud y la vida propias y la de los demás ante la amenaza que representa un virus altamente contagioso y mortal para muchas personas y respecto del cual, para ese momento, no existía vacuna, ni se conocía tratamiento médico efectivo. A partir de este criterio, la Sala determinó que los accionantes, como adultos mayores de 70 años, son comparables con el resto la población adulta residente en el país. Además, tras el análisis de las medidas, observó que los accionantes tuvieron que soportar unas condiciones más severas al inicio de la pandemia (i) en cuanto al rango de tiempo que debían soportar la medida de aislamiento preventivo obligatorio; (ii) respecto de las actividades que podían desplegar mientras estuviera vigente dicho aislamiento, y (iii) frente a las condiciones que les impusieron para desarrollar actividad física y ejercicio al aire libre. Así, concluyó que, en efecto, se había configurado una afectación prima facie a la igualdad.

222. Para verificar si dicho trato diferenciado vulneró o no los derechos de los accionantes, la Sala consideró apropiado, y de forma excepcional, acudir a un test de intensidad fuerte o estricta. Esto, por cuanto las medidas supusieron un impacto fuerte a los derechos

fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de locomoción. Así, la Sala, primero, estableció que las medidas diferenciadas aplicables a los accionantes perseguían un fin constitucionalmente imperioso y eran medidas afirmativas. En efecto, con estas se pretendía proteger la salud y la vida de los actores y de la población en general. Segundo, encontró que estas eran efectivamente conducentes, habida cuenta de que el aislamiento y las condiciones limitativas impuestas para desarrollar algunas actividades reducían el contacto entre las personas y, por ende, prevenían la propagación del virus. Tercero, determinó que las medidas diferenciadas no eran necesarias para lograr la protección de los accionantes. Esto, porque la protección a la salud y la vida de los accionantes y de la población en general era posible a través de las medidas que fueron impuestas al resto de la población adulta, que eran menos drásticas, y porque no encontró que hubiese habido una razón suficiente que justificara la adopción de medidas específicas para los accionantes, como adultos mayores de 70 años. De esta manera, la Sala concluyó que el tratamiento diferenciado del que fue objeto los accionantes no fue constitucionalmente justificado, supuso un trato discriminatorio a la luz de la Constitución Política colombiana y significó una vulneración a sus derechos fundamentales.

223. Como remedio, la Sala consideró que lo apropiado habría sido que los jueces de instancia hubiesen dado aplicación a la excepción de inconstitucionalidad. No obstante, dado que se había configurado una carencia actual de objeto, consideró necesario prevenir al Gobierno Nacional para que en futuras ocasiones se abstenga de decretar medidas restrictivas de derechos con fundamento exclusivo en un criterio etario.

. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

Primero. LEVANTAR la suspensión de términos decretada mediante el auto del 14 de julio de 2021.

Segundo. DECLARAR la CARENCIA ACTUAL DE OBJETO por daño consumado en los expedientes T-7.953.574 y T-8.062.133, de conformidad con la parte motiva de la presente decisión. En consecuencia, REVOCAR la sentencia de 30 de abril de 2020 proferida por el Juzgado 30 de Familia de Bogotá en el marco del expediente T-7.953.574 y la sentencia de

21 de mayo de 2020 proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que confirmó la sentencia de 21 de abril de 2020 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el marco del expediente T-8.062.133.

Tercero. CONFIRMAR la sentencia de 10 de agosto de 2020 proferida por la Subsección “E” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, adicionada mediante providencia de 14 de agosto de 2020, que revocó y modificó parcialmente y adicionó la sentencia de 2 de julio de 2020 del Juzgado 61 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, complementada mediante providencia de 3 de julio de 2020, en el marco del expediente T-8.023.514.

Cuarto. PREVENIR al Gobierno Nacional para que en futuras ocasiones se abstenga de decretar medidas limitativas de derechos con fundamento exclusivo en un criterio etario.

Quinto. LIBRAR, por la Secretaría General de la Corte Constitucional, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Comuníquese y cúmplase,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Presidenta

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con aclaración de voto

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con aclaración de voto

KARENA CASELLES HERNÁNDEZ

MAGISTRADA (E)

Aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

A LA SENTENCIA SU.109/22

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, LIBERTAD DE LOCOMOCIÓN, TRABAJO Y DIGNIDAD HUMANA-Se debió hacer un estudio individual de las garantías fundamentales presuntamente vulneradas (Aclaración de voto)

Expedientes: T-7.953.574 AC

Solicitudes de tutela presentadas por varias personas en contra de la Alcaldía de Bogotá, el

Ministerio de Salud y otros

Acompaño la decisión adoptada en esta providencia, en la que la Sala Plena resolvió (i) declarar la carencia actual de objeto por daño consumado en los expedientes T-7.953.574 y T-8.062.133 al considerar que, aunque las medidas preventivas que atacaron los accionantes habían afectado de forma importante sus derechos fundamentales, al momento de proferir el fallo ya no se encontraban vigentes por lo que se tornaba inocuo dictar una orden al respecto; y (ii) confirmar el fallo de tutela que, en segunda instancia, fue proferido dentro del expediente T-8.023.514 al compartir la decisión del juez de amparar los derechos fundamentales y, en consecuencia, suspender las medidas cuestionadas, debido a que estas vulneraban los "derechos a la igualdad, no discriminación y dignidad humana de los accionantes" al otorgarles un tratamiento diferenciado respecto del resto de la población, sin que este fuera necesario para lograr el fin deseado.

También comparto que, pese a la declaración de la carencia actual de objeto en los mencionados asuntos, la Corte procediera a estudiar la tensión que las medidas preventivas adoptadas para la población adulta mayor de 70 años en el marco de la pandemia del COVID-19, generaron en los derechos de los solicitantes. Este estudio le permitió concluir, a partir de la aplicación de un juicio integrado de igualdad de nivel estricto, que el tratamiento diferenciado del que fueron objeto los accionantes no fue constitucionalmente justificado, fue discriminatorio y significó una vulneración a sus derechos fundamentales.

Dicho esto, me permito aclarar el voto porque, en mi opinión, para llegar a las conclusiones adoptadas en la providencia, la corporación debió partir del supuesto de que, en un primer momento, las medidas resultaban razonables en cuanto tenían por objeto la protección de la salud y la vida de las personas destinatarias de las mismas, dadas las circunstancias de incertidumbre del momento en que se adoptaron. Por otra parte, la Corte debió hacer (i) un estudio individual de la presunta vulneración de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de locomoción y al trabajo, y no someter su valoración a los resultados del análisis adelantado en relación con la presunta vulneración del derecho a la igualdad; y, (ii) un estudio referente a la afectación del derecho fundamental a la dignidad humana, como quiera que los reproches de las solicitudes de tutela al menos generaban una duda frente a la vulneración de dicha garantía.

En ese orden, como la sentencia fijó pautas que, en el futuro, deben acogerse por el Gobierno nacional cuando en el marco de un estado de emergencia profiera medidas restrictivas de derechos con fundamento exclusivo en un criterio etario, la decisión constituye un precedente relevante para el diseño futuro de disposiciones que establezcan la

afectación de derechos fundamentales en medio de emergencias de esta naturaleza. Por consiguiente, se hacía necesario abordar el análisis individual de los derechos que se afirmaban como presuntamente vulnerados.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

A LA SENTENCIA SU109/22

Referencia: Expedientes acumulados T-7.953.574, T-8.023.514 y T-8.062.133.

Magistrada Ponente:

Paola Andrea Meneses Mosquera

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena, aclaro mi voto en la sentencia de la referencia.

1. En el año 2020, varios ciudadanos de 70 años o más, presentaron acciones de tutela contra la Alcaldía Mayor de Bogotá, Presidencia de la República, los ministerios del Interior, Hacienda y Crédito Público, Salud y Protección Social, Justicia y del Derecho, Trabajo, Transporte y Defensa, la Gobernación del Valle del Cauca, la Alcaldía de Santiago de Cali y el Consejo Superior de la Judicatura. Los actores alegaron que las medidas adoptadas en el marco de la pandemia de Covid-19 respecto de ese grupo poblacional (i.e. medidas de

confinamiento y condiciones para el desarrollo de actividades físicas y ejercicio al aire libre), afectaron sus derechos fundamentales a la igualdad, a la libertad de locomoción, al libre desarrollo de la personalidad y al trabajo, entre otros.

2. En principio, la Corte valoró si se había configurado una carencia actual de objeto, pues, las medidas objeto de cuestionamiento habían perdido vigencia. En ese contexto concluyó que se presentó un daño consumado por cuanto las medidas afectaron los derechos de los accionantes. Para resolver el fondo del asunto se realizó un juicio integrado de igualdad y se determinó que aun cuando las medidas perseguían un fin constitucionalmente imperioso y fueron efectivamente conducentes, no eran necesarias para lograr la protección de los accionantes. Lo anterior porque la protección a la salud y a la vida de los accionantes era posible a través de medidas menos drásticas que las que fueron impuestas al resto de la población adulta. En esa dirección consideró que el tratamiento diferenciado supuso un trato discriminatorio y significó una vulneración a sus derechos fundamentales.

3. En la parte considerativa, la sentencia refirió algunos pronunciamientos jurisprudenciales relativos a la edad como criterio de diferenciación. Sobre el punto, se destacaron algunos eventos en que la Corte ha reconocido que la diferencia de trato por esa razón, puede ser un criterio discriminatorio (i.e. para acceder a un empleo, a una prestación o a un servicio). Además, se destacó que, en efecto, la edad constituía un criterio de comparación porque la literatura existente para el momento en que se adoptaron las medidas, ilustraba que no solo las personas de avanzada edad tenían mayor probabilidad de sufrir síntomas graves por el Covid-19. También existían otras circunstancias (i.e. personas con comorbilidades cardiovasculares e inmunosupresión). Y, finalmente, la providencia resaltó la importancia que tiene ese grupo poblacional para el país y rechazó todo trato discriminatorio fundado en la edad.

4. Como remedio, la Corte previno al Gobierno Nacional para que en futuras ocasiones se abstuviera de decretar medidas restrictivas de derechos con fundamento exclusivo en un criterio etario.

5. Comparto la decisión adoptada por la Sala Plena. No obstante, considero que la sentencia debió valorar las consecuencias de los problemas asociados al edadismo como un posible factor de discriminación. En especial porque la diferencia de trato en razón de ello produjo, en mi criterio, una estigmatización que condujo a una división injustificada de ese grupo poblacional.

6. Durante la vigencia de la pandemia del Covid-19, el edadismo o discriminación por la edad, se reflejó en mayor grado. De los informes emitidos por diversos organismos

internacionales se pudo visibilizar, entre otras cosas, que las políticas establecidas para hacer frente a esa contingencia sanitaria presentaron enfoques discriminatorios frente a las personas de edad avanzada.

7. Sobre el particular, en el Informe mundial sobre el edadismo, elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas y el Fondo de Población de las Naciones Unidas, se documentó ampliamente sobre la naturaleza y magnitud del edadismo. En dicho documento se estableció un marco de acción para reducir la discriminación por edad y se destacaron, entre muchas otras cosas, los diversos niveles en que se manifiesta el edadismo (institucional interpersonal y dirigido autoinflingido). Por ejemplo, respecto del primero se resaltó, que "las ideologías institucionales ofrecen justificaciones respecto a la manera en la que se hacen las cosas". Sin embargo, también se aclaró que aun cuando no siempre ello es intencionado, "el edadismo institucional puede legitimar que se impida a ciertas personas tener poder e influencia, fortaleciendo con ello una estructura de poder asimétrica que se basa en la edad y en supuestos asociados a ella".

8. Por su parte, la Organización Mundial de la Salud en el documento "El edadismo es un problema mundial-Naciones Unidas" señaló que el control de la pandemia "ha mostrado lo extendido" de ese fenómeno a tal punto que "en el discurso público y en las redes sociales se han estereotipado a las personas mayores y a los jóvenes". Incluso "[e]n algunos contextos, la edad se ha utilizado como único criterio en el acceso a la atención médica y a terapias que salvan vidas y en el ordenamiento de confinamientos".

9. También, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el artículo denominado "Eliminemos el Edadismo y la discriminación por edad, afirma experto de las Naciones Unidas", sostuvo que "el edadismo y la discriminación por edad 'delinean profundamente las realidades que viven las personas mayores'. Los pacientes mayores de la asistencia sanitaria pueden verse expuestos a un lenguaje condescendiente y despectivo por parte de los profesionales de la salud (…), y las personas de edad pueden percibirse como 'insignificantes, descartables y una carga para la sociedad', lo cual genera violencia, abuso y descuido" .

10. Igualmente, el documento advirtió sobre la necesidad de un cambio de paradigma para erradicar el edadismo. Concretamente se afirmó que "un enfoque de derechos humanos resulta necesario a fin de pasar del paradigma del bienestar a uno que reconozca a las personas de edad como titulares de derechos que tienen las mismas garantías de dignidad, igualdad, participación, autonomía e independencia durante toda su vida". En esa medida se recomendó a los Estados en general "acelerar el desarrollo de políticas, leyes y medidas prácticas para combatir todas las formas de edadismo y discriminación por edad".

11. La sentencia de unificación se pronunció sobre el impacto que las medidas supusieron en los derechos fundamentales invocados por los actores. Sin embargo, ello no permite evidenciar claramente la afectación o las consecuencias que las personas mayores padecieron con ocasión de la diferencia de trato al que se vieron abocados con las medidas impuestas durante la vigencia de la pandemia por Covid-19 (i.e. en la salud física, mental, bienestar social, trabajo, entre otros).

12. A mi juicio, la Sentencia SU-109 de 2022 debió considerar los pronunciamientos que los organismos internacionales han destacado en relación con la discriminación por la edad. Así mismo, pudo tomar apoyo de tres estrategias específicas que el Informe mundial sobre el edadismo sugirió para ayudar a reducir sus efectos, tales como, políticas y legislación; intervenciones educativas; e intervenciones de contacto intergeneracional. Esas pautas hubieran sido útiles para que la sentencia considerara, por ejemplo, fijar ciertos lineamientos preventivos frente a futuras prácticas discriminatorias que, como en el caso, se presentaron por razón de la edad. Y, con base en ello emitir un pronunciamiento directo, claro y contundente al Gobierno Nacional que contribuyera a erradicar esa problemática.

13. En suma, la sentencia de unificación constituía una gran oportunidad para que la Sala Plena destacara; por un lado, los problemas asociados al edadismo como posible factor de discriminación. Por otra parte, desarrollara directrices concretas que contribuyeran a contrarrestar la adopción de medidas discriminatorias contra personas mayores. Y, por último, advirtiera al Gobierno Nacional sobre dicha problemática. Sin embargo, en ninguno de los apartes de la sentencia se identificaron, ni se mencionaron los problemas que las organizaciones internacionales, como las referidas previamente, destacaron en relación con la discriminación por la edad y, tampoco se realizó ninguna recomendación dirigida a prevenir que en un futuro se presentara nuevamente situaciones de segregación por esa razón.

En los anteriores términos dejo consignada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra,

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado