

SENTENCIA T-698/12

(Bogotá D.C., agosto 28 de 2012)

PROPIEDAD HORIZONTAL-Uso de piscina para terapias físicas por prescripción médica

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Subordinación e indefensión

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Protección constitucional

DERECHO A LA SALUD-Rehabilitación

EDAD COMO FACTOR DE DEBILIDAD E INDEFENSION-Jurisprudencia constitucional

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD CON PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Protección constitucional especial

DERECHO A LA SALUD-Fundamental autónomo

DERECHO A LA SALUD-Elementos esenciales

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD CON PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Responsabilidad del Estado, la sociedad y la familia

PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-Pueden ser protegidas a través de disposiciones en materia de discapacidad y que tengan en cuenta sus específicas necesidades de integración

PERSONAS CON DISCAPACIDAD-Trato preferente implementando medidas para que ejerzan sus derechos en condiciones de igualdad, así sea circunstancial/PERSONAS CON DISCAPACIDAD-Políticas de rehabilitación e integración social

PRINCIPIOS, VALORES Y DERECHOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCION-Compromiso del Estado y los particulares

TEST DE IGUALDAD-Edad como criterio de diferenciación

DERECHO A LA IGUALDAD-Condiciónes para trato diferenciado

De acuerdo al test de igualdad o el juicio de proporcionalidad, un trato diferenciado no constituye una discriminación si se cumplen las siguientes condiciones: (i) que el tratamiento diferente persiga un fin aceptado constitucionalmente, (ii) que los medios utilizados para obtener tal fin, sean adecuados y razonables para conseguir el fin propuesto y (iii) que sea proporcional, esto es, que las cargas que establece la medida, sean proporcionadas al fin propuesto, es decir, que los intereses jurídicos de las otras personas o grupos no se afecten o limiten desproporcionadamente. Por lo tanto, si en una situación concreta no se acredita el cumplimiento de los supuestos anteriormente descritos, implicaría que la diferencia de trato es arbitraria y por lo tanto, conlleva a una vulneración del derecho fundamental a la igualdad.

DECISIONES DE JUNTA ADMINISTRATIVA O DE ADMINISTRADORES DE PROPIEDAD HORIZONTAL-Alcance para efectos de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de los copropietarios

BIENES COMUNES-Naturaleza jurídica

REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL-Facultades del administrador

RELACIONES ENTRE COPROPIETARIOS Y LA ADMINISTRACION-Alcance de la autonomía de la voluntad privada

En las relaciones entre copropietarios y la administración de una unidad residencial prima la autonomía de la voluntad privada, empero, como existe una relación asimétrica entre los órganos de decisión, ejecución y administración y los copropietarios, “por la cual estos últimos están sujetos o subordinados al poder regulador de los primeros, la vigencia de los derechos fundamentales en dicha relación queda abierta al escrutinio constitucional en aras de impedir el ejercicio arbitrario de poder privado sobre la persona”. Por esto, cuando los órganos de administración en ejercicio de sus funciones reglamentarias y legales, ordenen algún tipo de medida contra los residentes de la copropiedad se debe analizar los efectos que se genere, en el caso concreto, con la aplicación de una medida en los derechos de los copropietarios, debiéndose examinar si se ejerce una restricción en el alcance de un derecho fundamental, pues las atribuciones y funciones ejercidas por los órganos deben sujetarse a la

legalidad establecida en la Constitución Política.

Referencia: expediente T-3.458.629

Fallos de tutela objeto de revisión: Sentencia del Juzgado Segundo Penal Municipal de Bucaramanga del diez (10) de febrero de 2012 que negó el amparo constitucional.

Accionante: María Verónica Sánchez.

Accionado: Administrador de la Unidad Residencial Altos de Cañaveral.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Adriana María Guillén Arango (E) y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

1. Demanda del accionante:

La señora María Verónica Sánchez, basa su pretensión de amparo constitucional en los siguientes hechos y consideraciones¹:

1.1 Elementos:

1.1.1. Derechos fundamentales invocados: salud, integridad física, igualdad.

1.1.2. Conducta que causa la vulneración: la negación de la entidad accionada de permitir el uso de la piscina de la propiedad comunal que la accionante requiere por prescripción médica.

1.1.3. Pretensión: se ordene al conjunto residencial autorice el uso de la piscina de niños para realizar las terapias ordenadas y que requiere para la recuperación de su estado de salud.

1.2. Fundamentos de la pretensión:

1.2.1. Afirma la señora María Verónica Sánchez que vive desde hace 17 años en la Unidad Residencial Altos de Cañaveral y que se encuentra a paz y salvo con las cuotas de administración, razón por la cual tiene derecho a hacer uso de las zonas y bienes comunes de la propiedad horizontal, entre las cuales se encuentran tres piscinas de 1.60, 1.05 y 0.60 metros de profundidad.

1.2.2. La accionante es una persona de 79 años diagnosticada con “osteoartrosis de predominio en las rodillas síndrome varicoso en miembros inferiores”, por lo cual, su médico tratante le recomendó hacer ejercicio físico diario, con caminata en piscina de tamaño intermedio².

1.2.3. Sin embargo, mediante comunicación del 25 de enero de 2012, el administrador del conjunto residencial, tomando como fundamento el concepto médico de un otorrinolaringólogo, le prohibió el uso de la piscina de niños, en aras de conservar el bienestar físico de estos últimos, “pues se han presentado casos de otitis aguda”³. Además, informó que el Consejo de la Unidad Residencial determinó realizar una remodelación de la piscina de adultos, “cotizar una escalera y un pasamanos para que los adultos mayores”⁴ practiquen ejercicios sin riesgo.

1.2.4. Manifiesta la actora que no puede hacer uso de la piscina de adultos porque no sabe nadar y que dicha restricción no es razonable a la luz de los artículos 13 y 46 de la Constitución Política.

1.2.5. En virtud de lo anterior, solicita que se ordene a la administración del conjunto residencial, le permita hacer uso de la piscina de niños y de esta forma, realizar su terapia médica.

2. Respuesta de la entidad accionada.

2.1. Unidad Residencial Altos de Cañaveral Campestre⁵.

La apoderada judicial del administrador y representante legal de la Unidad Residencial solicitó que se negara el amparo de los derechos fundamentales invocados, pues la administración del conjunto no ha vulnerado ni amenazado los mismos. Lo anterior, por considerar que de conformidad con la Ley 675 de 2001, que regula la propiedad horizontal, el uso de los bienes comunes debe garantizar la seguridad y convivencia pacífica de quienes están sometidos a ella. Por lo tanto, la señora María Verónica Sánchez como los demás copropietarios, deben acatar y someterse a las reglas establecidas en el reglamento de la propiedad horizontal. Sostuvo que la accionante “ha obtenido soluciones razonables a la solicitud presentada a la copropiedad (...)”, sobre a la apreciación de que el reglamento no establece que la piscina debe ser de uso exclusivo de los niños y la otra para adultos. Así, el reglamento prevé: “los propietarios, arrendatarios y ocupantes de apartamentos y los visitantes en general, podrán hacer uso de los bienes y servicios de la propiedad común, conforme a la naturaleza y el destino de cada uno de ellos, con el cuidado y moderación necesarios para no privar de igual derecho a los demás, de acuerdo con la programación y normas establecidas para tal fin”.

En el mismo sentido, afirmó que de acuerdo con la Ley 1209 de 2008 “por medio de la cual se establecen normas de seguridad en piscinas”, el conjunto residencial debe cumplir con unas medidas mínimas de seguridad que son de obligatorio cumplimiento. Así, para justificar la decisión del administrador, adjuntó un concepto emitido por dos médicos, mediante el cual se expresan los motivos científicos y prácticos por los cuales se debe restringir el uso de la piscina para adultos mayores, entre los cuales sostienen que las piscinas del conjunto no son de carácter terapéutico sino lúdico⁶ y que se pueden generar riesgos en la salud de los niños, al permitir el uso compartido de la piscina de niños con mayores adultos. También señaló que la unidad residencial ha considerado llevar a cabo un ajustes en la piscina de adultos para permitir el fácil acceso a la accionante para que la use. Por último, manifestó que es deber de las EPS suministrar el servicio de hidroterapia terapéutica, por lo cual la actora debía acudir ante dicha entidad para que le preste el servicio médico prescrito.

3. Decisión judicial objeto de revisión:

3.1. Decisión de Única Instancia: Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga⁷.

Declaró improcedente el amparo de los derechos fundamentales invocados, toda vez que: i) no se evidenció una vulneración del derecho a la igualdad, pues no se comprobó que a “otros adultos mayores se les permita por parte de la administración de dicha Unidad Residencial la utilización de la piscina de niños, si así fuere sí se le estaría discriminando (...)”, ii) con respecto al tratamiento físico que requiere la accionante, consideró que de conformidad con el reglamento de la propiedad horizontal, en lo referente al uso de las piscinas, “los niños que no sepan nadar solo podrán hacer uso de las piscinas de niños, siempre y cuando estén acompañados de adultos responsables”. Así, sostuvo el juez de instancia que de dicho literal se puede inferir que las piscinas de los niños sólo podrán ser utilizadas por ellos, siendo contrario a lo establecido en el reglamento permitir el uso de esta piscina para personas adultas. Igualmente, sostuvo que el uso de las piscinas de niños por parte de adultos mayores, podía acarrear peligro en su integridad física, por lo cual recomendó a la accionante acudir ante la EPS en la cual se encuentra afiliada y solicitar la autorización de la misma para acudir a centros especializados en terapias físicas, pues dichas instituciones cuentan con el personal calificado para desarrollar el tratamiento prescrito.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241 numeral 9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 368.

2. Procedencia de la demanda de tutela.

2.1. Alegación de afectación de un derecho fundamental. Se alega la vulneración del derecho a la salud e igualdad.

2.2. Legitimación activa. La señora María Verónica Sánchez, titular de los derechos fundamentales invocados, presentó demanda de tutela de manera personal⁹.

2.3. Legitimación pasiva. La Unidad Residencial “Altos de Cañaveral Campestre”, es una persona jurídica de carácter privado que esta constituida en forma de propiedad horizontal

en la cual, a la luz de la Ley 675 de 2001, “concurren derechos de propiedad exclusiva sobre bienes privados y derechos de copropiedad sobre el terreno y los demás bienes comunes, con el fin de garantizar la seguridad y la convivencia pacífica en los inmuebles sometidos a ella, así como la función social de la propiedad.”

Así las cosas, el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 señala que procede la acción de tutela contra particulares cuando por acción u omisión de los mismos, se vulnere o amenace derechos de rango constitucional, entre otros supuestos, cuando se configure una relación de subordinación o indefensión frente algún particular¹⁰.

La jurisprudencia constitucional ha entendido el concepto de subordinación, como una condición que permite a una persona una relación de dependencia con otra persona producto de situaciones derivadas de una relación jurídica cuya fuente es la ley, por ejemplo en el caso de los padres con los hijos, o una relación contractual entre las partes, como el trabajador con sus empleados¹¹. Igualmente, ha dicho la jurisprudencia que la subordinación se predica de los casos en que hay un deber de acatar y someterse a las ordenes proferidas por quien tiene competencia para impartirlas en virtud de sus calidades¹². De esta forma, de acuerdo con la Ley 675 de 2001, las funciones ejercidas por la asamblea de copropietarios, al igual que los órganos de administración deben ajustarse al reglamento de la copropiedad,¹³ que contiene: “las regulaciones relacionadas con la administración, dirección y control de la persona jurídica que nace por ministerio de esta ley y las reglas que gobiernan la organización y funcionamiento del edificio o conjunto.”¹⁴

Específicamente en el caso de los copropietarios de una propiedad horizontal frente a los órganos de dirección y administración de la unidad residencial, ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación, que las decisiones tomadas por la Junta o Consejo de Administración pueden afectar de manera directa o indirecta los derechos fundamentales de los residentes, poniendo a los copropietarios en una relación de subordinación frente a la asamblea general o demás órganos de administración¹⁵, pues estos “dictan y ejecutan normas comunitarias para regular la conducta dentro del ámbito de la copropiedad. En esto, dichos órganos ejercen un verdadero poder regulatorio de los derechos y libertades de las personas que viven bajo el régimen de copropiedad, incluidos los empleados y dependientes de los copropietarios, por lo que la persona sometida a dicha regulación está colocada en el ámbito de poder normativo de los mencionados órganos”¹⁶, entonces, en ejercicio de sus funciones,

deben observar y respetar las garantías constitucionales.

Por lo cual las asambleas, en ejercicio de las funciones establecidas en la normatividad mencionada, deben tomar decisiones conforme a los presupuestos constitucionales; respetar los derechos fundamentales y sus decisiones no pueden ser desproporcionadas, discriminatorias, arbitrarias o irrazonables.

En tal sentido, en sentencia T-1082 de 2001, se estableció: “Si bien es posible que la asamblea general tome decisiones sobre la administración de las zonas comunes, su ámbito de ingerencia sobre la administración que se le da a los bienes privados ubicados o de dominio particular dentro del condominio es limitado en la medida en que el titular del dominio puede, respetando los límites que implican los derechos de los demás derivados de la Constitución o la ley y teniendo en cuenta el interés público o social, disponer del bien según le parezca.”

En síntesis, la procedibilidad de la acción de tutela contra particulares que ejercen una función de dirección y administración de unidades residenciales tiene fundamento en tratar de equilibrar las relaciones de poder entre los órganos de administración y dirección - asamblea general y copropietarios; siendo ésta un mecanismo de control entre las situaciones desiguales que se puede configurar. Lo anterior, pues al estar en un plano de subordinación, se requiere restaurar el equilibrio entre las partes, más aun tratándose de un sujeto de especial protección constitucional, como es una persona de la tercera edad.¹⁷

2.4. Subsidiaridad. La Ley 675 de 2001 prevé mecanismos ordinarios de protección a los copropietarios para resolver los conflictos que se susciten al interior del régimen de propiedad horizontal. Así, el artículo 5818 señala que los problemas que surjan en virtud de la aplicación de la ley o del reglamento de la propiedad horizontal, podrán ser resueltos por: a) el Comité de Convivencia, en tratándose de controversias que se surtan con ocasión de la vecindad en edificios de uso residencial, b) mecanismos alternativos de solución de conflictos. Por otro lado, el parágrafo 3º del mencionado artículo, establece el trámite del proceso verbal sumario para la resolución de conflictos.

Por lo anterior, se entendería que en virtud de la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela, ésta por regla general no sería procedente para resolver los conflictos que surjan entre los propietarios o tenedores de la propiedad horizontal, o entre ellos y el administrador

u órganos de administración de la persona jurídica, dado que existen mecanismos ordinarios para la defensa de los mismos. No obstante, en los eventos en los cuales se coarta el goce efectivo de un derecho fundamental, las garantías establecidas en la Ley 675 de 2001 no son idóneas, ni eficaces para proteger los derechos fundamentales. Lo anterior, en tratándose del derecho a la salud se debe evitar la generación de perjuicios que puedan afectar de modo irremediable la estabilidad corporal de un sujeto de la tercera edad. Al tiempo que se debe evitar que se consume o continúe la vulneración del derecho a la igualdad de un sujeto de especial protección constitucional.

2.5. Inmediatez. La demanda de tutela fue presentada cinco días después de que la accionante recibiera una carta por parte de la administración informándole las razones por las cuales ella no puede hacer uso de la piscina de niños¹⁹, esto es, dentro de un término razonable para el ejercicio de la acción²⁰.

3. Problema jurídico constitucional.

Corresponde a esta Sala de Revisión establecer si la determinación del Administrador de un conjunto residencial consistente en negar el uso de la piscina de niños -parte de los bienes comunes de la copropiedad- para la realización de fisioterapias prescritas medicamente a una señora de 79 años de edad diagnosticada con osteoartritis, bajo el fundamento que se pueden generar riesgos en la salud de los niños que utilizan la piscina, vulnera sus derechos fundamentales a la salud, integridad física e igualdad.

Para solucionar este problema jurídico la Sala se referirá: (i) a la especial protección constitucional de las personas de la tercera edad y el derecho a la salud, en su fase de rehabilitación, (ii) se reiteraran los presupuestos del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, (iii) el alcance de las decisiones tomadas por el administrador de un conjunto residencial para efectos de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de los copropietarios, para finalmente, (iv) utilizar el principio de armonización concreta desarrollado en la jurisprudencia, para equilibrar los principios en juego y resolver el caso concreto.

4. Vulneración del derecho a la salud.

4.1. Personas de la tercera edad como sujetos de especial protección constitucional. El

derecho a la salud – rehabilitación.

4.1.1. El artículo 46 de la Constitución establece que “El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad,” por lo que, al tenor del artículo 13 de la Carta, es responsabilidad de las diferentes esferas de la sociedad, velar por la protección especial de “aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.” Igualmente, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce ese mismo derecho al prescribir que “[t]oda persona tiene derecho a recibir protección especial durante su ancianidad.”²¹

4.1.2. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la edad como un factor de debilidad e indefensión. En efecto, los adultos mayores encuentran limitadas las posibilidades de satisfacer sus necesidades básicas y frente al natural deterioro de su salud, se hace necesario la intervención del Estado, la sociedad y la familia, para la protección de esta población ante cualquier acción u omisión que vulnere o amenace sus derechos fundamentales²² y para preservar su dignidad²³.

4.1.3. Por lo tanto, el principio de solidaridad que invoca la protección especial de los sujetos de la tercera edad, implica que tanto el Estado, como los particulares participen activamente en la realización de los fines y deberes constitucionales, pues estos como “instrumentos jurídicos que garantizan que los particulares cumplan sus funciones dentro de la sociedad para lograr determinados objetivos constitucionales, sin necesidad de estructurar las relaciones entre los agentes sociales a través del Estado”²⁴.

En este orden de ideas, de acuerdo con el artículo 1º y 95 de la Constitución Política, el deber de solidaridad genera la responsabilidad en cabeza de cualquier ciudadano de asistir a quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta, así, “la solidaridad como modelo de conducta social permite al juez de tutela determinar la conformidad de las acciones u omisiones particulares según un referente objetivo, con mirar a la protección efectiva de los derechos fundamentales”²⁵. No obstante, la exigibilidad de los deberes constitucionales por parte de los particulares está sujeta al desarrollo legislativo, pues es éste, quien se encuentra

constitucionalmente legitimado para restringir las libertades individuales. En la Ley 1251 de 2008, “por la cual se dictan normas tendientes a procurar la protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores”, se establecieron deberes y obligaciones en cabeza del Estado, la familia y la sociedad civil, con el objeto de “proteger, promover, restablecer y defender los derechos de los adultos mayores”²⁶, enmarcándose como principios, entre otros, la solidaridad, independencia y autorrealización y la dignidad humana²⁷.

4.1.4. La Constitución Política y la jurisprudencia constitucional han reconocido a la salud como un derecho fundamental autónomo. De acuerdo con los tratados internacionales ratificados por Colombia, tales como el Protocolo Adicional de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos en materia de DESC y el Pacto Internacional de DESC²⁸, incorporados al ordenamiento jurídico nacional por medio del bloque de constitucionalidad, han radicado en cabeza del Estado la obligación de garantizar la atención médica que las personas requieran, establecido los elementos esenciales del contenido del derecho a la salud²⁹, como son: la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad, la calidad y la prohibición de discriminación de los bienes y servicios de salud.

Tal como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional e internacional, el derecho a la salud implica el disfrute del más alto nivel de salud física y mental posible, razón por lo cual, no sólo envuelve la prevención de la enfermedad, sino también el tratamiento, la recuperación y la rehabilitación de la misma.

4.1.5. Así las cosas, el ordenamiento jurídico colombiano prevé que en el proceso de atención a la salud, es el propio afectado, quien en virtud del principio de autoconservación³⁰, tiene la obligación de velar por su bienestar general. Y que de no ser posible, en aras de garantizar los principios de dignidad humana y el deber de solidaridad, corresponde a la familia y a las diferentes entidades pertenecientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, velar por el goce efectivo del derecho fundamental a la salud³¹.

Como se anotó anteriormente, tratándose de los adultos mayores, la sociedad, la familia y el Estado, tienen la obligación de asistir y proteger a los a la tercera edad. Además, el artículo 47 C.P prevé que aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta merecen una atención especializada, siendo responsabilidad del Estado adelantar políticas públicas tendientes a la “previsión, rehabilitación e integración social para los

disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.”

En este orden de ideas, cuando la decisión médica de recuperar la salud exige del propio afectado o de su familia la alternativa terapéutica de lograr el restablecimiento de la misma, significa necesariamente que el sujeto afectado debe contar con los medios económicos y de accesibilidad para prevenir, tratar y recuperar su enfermedad. Sólo, en las situaciones en que el sujeto carezca de la capacidad para el manejo y cuidado de su propia salud, el deber de solidaridad pone en cabeza de la familia, la sociedad y el propio Estado, ser acudientes en la defensa del individuo afligido.

4.1.6. Por otro lado, de acuerdo con un modelo social de la discapacidad, existen personas afectadas en su salud física, mental o sensorial que se encuentra en circunstancias discapacitantes, como por ejemplo, las personas de la tercera edad, quienes pueden “ser protegidas a través de las disposiciones que sean pertinentes en materia de discapacidad y que tengan en cuenta sus específicas necesidades de integración”³². Lo anterior, implica que de acuerdo a los mandatos constitucionales, se debe observar, en primer lugar, un trato preferente, implementando las medidas necesarias para que las personas con discapacidad, así sea circunstancial, ejerzan sus derechos en condiciones de igualdad (artículos 2 y 13 C.P) y, en segundo lugar, se adelanten políticas de rehabilitación e integración social de los disminuidos (artículos 47, 54 C.P).

4.1.7. En conclusión, corresponde a las diferentes esferas de la sociedad, por mandato de la Constitución y la ley, tomar las medidas que sean necesarias para que efectivamente se otorgue la protección especial que requieren las personas de la tercera edad. De manera que dichas personas requieren de atención preferencial, ágil y oportuna para resguardar sus necesidades en materia de salud, vivienda, integridad personal, recreación, participación activa en la sociedad e igualdad, debiéndose dentro de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación, establecer condiciones especiales para la población mayor de 65 años

Por lo tanto, cuando se constata el incumplimiento por parte de los particulares, de un deber constitucional y legal, por la acción u omisión de los mismos que conlleve a la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, el juez constitucional puede exigir, vía acción de

tutela, el restablecimiento inmediato de los derechos de los sujetos de especial protección constitucional, como son las personas de la tercera edad.

4.1.7.1. Así, las personas que se encuentran en una situación de discapacidad demandan del propio afectado, del Estado y la familia, de conformidad con la garantía constitucional de suministrar el más alto nivel de salud -física, psicológica y social- posible, aunado al principio de integralidad, velar por otorgar las herramientas necesarias para el proceso de rehabilitación que se requiere y así lograr un desarrollo armónico, completo y adecuado de quienes se encuentran en situaciones discapacitantes. Como por ejemplo: los niños, las personas de la tercera edad y las mujeres embarazadas, sin imponer barreras de tipo administrativo o económicas.³³

4.2. Vulneración del derecho a la igualdad.

4.2.1. La Carta le asignó a la igualdad un peso de vital importancia en el ordenamiento jurídico colombiano, de tal forma que ha sido entendido como un valor, un principio y un derecho fundamental. De esta forma, se observa que es obligación del Estado promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, debiendo recibir el mismo trato y protección de las autoridades públicas y adoptando medidas a favor de grupos discriminados o marginados, especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

4.2.2. Empero, la realización y observación del derecho a la igualdad no es exclusivo del Estado, pues, esta Corporación ha establecido que también es un compromiso de los particulares velar por el cumplimiento de los principios, valores y derechos establecidos en la Constitución. Así, la sentencia T-958 de 2001, la Corte señaló:

“el principio de dignidad humana, base última del sistema jurídico, exige del Estado y de los particulares un compromiso permanente por respetar los valores de igualdad, libertad y solidaridad (...) el respeto por la dignidad humana supone un reparto igualitario (sea formal o material) de las condiciones de ejercicio de la libertad. En este punto, ha de tenerse presente que la realización de la libertad depende, en gran medida, de las condiciones materiales, de suerte que la interpretación de los derechos constitucionales, sean fundamentales o no, ha de tener por norte la consecución de la real igualdad.”

4.2.3. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el derecho a la igualdad se vulnera cuando sin motivos constitucionalmente legítimos se otorga un trato preferencial o se consagran discriminaciones a personas que están en situaciones fácticas y jurídicas semejantes, y por lo tanto, se encuentran en igualdad de condiciones³⁴. La sentencia T-047 de 2002 precisó:

“Armoniza este enunciado con el alcance del principio a la igualdad contenido en el artículo 13 superior que determina que dos o más situaciones fácticas comparables sean objeto de un mismo trato jurídico. Esto no impide que exista un trato diferente entre situaciones fácticas similares, pues la discriminación se constituye a partir de la diferenciación que no presenta una justificación objetiva y razonable. Al respecto la Corte ha manifestado que para que el juez de tutela pueda determinar sobre la violación de la igualdad debe verificar no sólo las razones objetivas en que se sustenta el trato diferente sino también la proporcionalidad existente entre finalidad perseguida y los medios empleados para dicho trato”.

4.2.4. Por otro lado, la jurisprudencia constitucional ha estudiado casos en los cuales se configura un acto discriminatorio, que atenta contra el derecho a la igualdad, entendido como “la conducta, actitud o trato que pretende, consciente o inconscientemente, anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, apelando con frecuencia a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales”³⁵. Así, se configura una situación de discriminación directa cuando frente a un sujeto se establece un tratamiento diferenciado, injustificado y desfavorable, basado en criterios como los establecidos en el inciso primero del artículo 13, es decir, de las denominadas categorías sospechosas³⁶ o semisuspechosas³⁷.

De acuerdo al test de igualdad o el juicio de proporcionalidad³⁸, un trato diferenciado no constituye una discriminación si se cumplen las siguientes condiciones: (i) que el tratamiento diferente persiga un fin aceptado constitucionalmente, (ii) que los medios utilizados para obtener tal fin, sean adecuados y razonables para conseguir el fin propuesto y (iii) que sea proporcional, esto es, que las cargas que establece la medida, sean proporcionadas al fin propuesto, es decir, que los intereses jurídicos de las otras personas o grupos no se afecten o limiten desproporcionadamente³⁹. Por lo tanto, si en una situación concreta no se acredita el cumplimiento de los supuestos anteriormente descritos, implicaría que la diferencia de trato es arbitraria y por lo tanto, conlleva a una vulneración del derecho fundamental a la

igualdad⁴⁰.

Esta Corporación, en aplicación de dicho test, ha modulado la forma en que éste se emplea dependiendo de si se trata de una medida que implementa un criterio neutro o sospechosamente discriminatorio, variando entre el test estricto, intermedio o leve, como formas de intensidad del control judicial de la igualdad. De la siguiente manera:

“(…) puede variar entre (i) estricto, el cual se utiliza cuando la medida está fundada en un criterio sospechoso o recae sobre personas en situaciones de debilidad manifiesta; (ii) intermedio, cuando se trata de acciones positivas o afirmativas y/o la medida es potencialmente discriminatoria; y (iii) flexible, cuando se ha basado en un criterio neutro y en principio no genera sospecha”.⁴¹

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala considera que en el caso concreto debe realizarse un juicio intermedio, dado que las situaciones fácticas aluden a criterios semisuspechosos o “problemáticos”, pues la medida restrictiva de los bienes comunes, implementada por el administrador, impone una diferenciación sobre la base de la edad como un factor de exclusión. En este orden de ideas, se realizará un juicio intermedio por cuanto se trata de una relación entre particulares, lo cual implica que la exigibilidad de la igualdad también encuentre sus límites en la autonomía privada, el pluralismo y la diversidad cultural. Por lo tanto, la intensidad del juicio de igualdad varía al tratarse de una situación entre particulares, también titulares de derechos fundamentales.⁴²

4.3. Alcance de las decisiones de la Junta Administrativa o los Administradores de la propiedad horizontal para efectos de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de los copropietarios.

4.3.1. El legislador colombiano reguló las normas de conducta y administración al interior del régimen de propiedad horizontal a través de la Ley 675 de 2001, teniendo como principios orientadores de la ley: (i) la función social y ecológica de la propiedad, (ii) la convivencia pacífica y solidaridad social, de i) el respeto de la dignidad humana, entre otros⁴³. Así las cosas, el régimen de propiedad horizontal no sólo se rige por la ley antes mencionada, también por el reglamento de la propiedad horizontal, siendo éste el estatuto que regula los derechos y obligaciones de cada copropietario, además de enmarcarse dentro de los presupuestos y garantías establecidas en la Constitución Política.

Empero en este tipo de régimen, existen dos tipos de bienes, de los cuales coexiste el derecho de propiedad y dominio: el primer tipo de bien, son los privados, cuya propiedad es exclusiva y el segundo, unos bienes comunes de la cual los copropietarios de los bienes privados son cotitulares.⁴⁴

Con respecto a la naturaleza jurídica de los bienes comunes, esta Corporación estableció:

“Los bienes comunes están compuestos por aquellos necesarios para la existencia, seguridad y conservación del conjunto, con los cuales se pretende facilitar el uso y goce de cada uno de los inmuebles por sus respectivos propietarios y demandan el uso ordinario para el cual existen, con un correlativo respeto a la utilización legítima por parte de todos los demás propietarios. En lo que hace a los bienes de dominio particular, se tiene que éstos pueden ser utilizados con cierta libertad y autonomía por parte de sus propietarios, pero bajo la forma prevista por el reglamento de copropiedad o a falta de éste en consonancia con los propósitos para los cuales se encuentra destinado el edificio, dada su naturaleza (...)”⁴⁵

4.3.2. Por su parte, el artículo 5146 prevé las facultades del administrador del régimen de propiedad horizontal, para vigilar, cuidar e imponer las sanciones a que haya lugar cuando se afecte la seguridad y tranquilidad de los habitantes en el uso o goce de los bienes comunes⁴⁷. Razón por la cual, el uso y goce de los bienes comunes por parte de los copropietarios está sujeto a las disposiciones reguladas en la ley y en el reglamento de la propiedad horizontal y, en principio, de acuerdo con la autonomía privada de la persona jurídica, es decir, la unidad residencial, se pueden establecer límites al uso de los bienes comunes.

4.3.2.1. Incluso la jurisprudencia constitucional ha avalado los casos en los cuales se suspende el uso de bienes comunes o servicios por parte de la administración, cuando los copropietarios se encuentran en mora de los pagos de la administración o han incumplido deberes propios de la copropiedad, como perturbar la tranquilidad y convivencia pacífica. Sin embargo, las actuaciones de las juntas administrativas o administradores no pueden ser contrarias al principio de la dignidad humana, “el cual es una condición para el ejercicio de la libertad y la seguridad, ni están facultadas para impedir la satisfacción mínima de las condiciones de existencia vital para los habitantes”⁴⁸, ni amenazar o vulnerar los derechos fundamentales de los copropietarios.

4.3.2.2. Entonces, puede concluirse, que el administrador o los organismos de administración de la propiedad horizontal, como órganos de administración y dirección de la copropiedad tienen la facultad de adoptar las decisiones necesarias para cuidar, administrar y conservar los bienes comunes y los servicios que ofrezca la unidad residencial. Sin embargo, dichas actuaciones tiene como límites, en primer lugar, la Constitución y con ella los ámbitos fundamentales de los derechos, en segundo lugar, la ley y por último, el reglamento de la propiedad, por la cual, cualquier actuación que no se encuadre dentro de los parámetros establecidos en las normas mencionadas, impide a los organismos implementar actuaciones tendientes a restringir los derechos fundamentales de los copropietarios; a menos que su actuación u omisión encuentre justificación en la protección del interés general.

De esta forma, en las relaciones entre copropietarios y la administración de una unidad residencial prima la autonomía de la voluntad privada, empero, como existe una relación asimétrica entre los órganos de decisión, ejecución y administración y los copropietarios, “por la cual estos últimos están sujetos o subordinados al poder regulador de los primeros, la vigencia de los derechos fundamentales en dicha relación queda abierta al escrutinio constitucional en aras de impedir el ejercicio arbitrario de poder privado sobre la persona”⁴⁹.

Por esto, cuando los órganos de administración en ejercicio de sus funciones reglamentarias y legales, ordenen algún tipo de medida contra los residentes de la copropiedad se debe analizar los efectos que se genere, en el caso concreto, con la aplicación de una medida en los derechos de los copropietarios, debiéndose examinar si se ejerce una restricción en el alcance de un derecho fundamental, pues las atribuciones y funciones ejercidas por los órganos deben sujetarse a la legalidad establecida en la Constitución Política.

5. Caso concreto.

5.1. En el caso objeto de estudio, encuentra la Sala que la señora María Verónica Sánchez es una persona de 79 años de edad residente de la Unidad Residencial “Altos de Cañaveral Campestre”, quien, por prescripción médica utiliza la piscina de niños -de 1.05 metros- para realizar las terapias recomendadas por su médico⁵⁰ hasta que el administrador del conjunto le comunicó a la accionante que los adultos no podían hacer uso de la piscina para niños, pues se han presentado casos de otitis aguda. Afirma la señora Sánchez que esa decisión la

“está discriminando debido a mi edad y a mi enfermedad,”⁵¹ al tiempo que se vulnera su derecho fundamental a la salud al impedirle realizar las terapias físicas que requiere, pues no puede utilizar la piscina de adultos porque no sabe nadar.

Así las cosas, de acuerdo con las consideraciones anteriormente planteadas, el conjunto residencial en ejercicio de sus funciones esta negándole el uso y goce de un bien común aduciendo la protección de los intereses prevalente de los niños, (i) pues “se presentaron casos de otitis agudos”⁵². (ii) En cumplimiento de las normas de seguridad establecidas en la Ley 1209 de 2008, los menores de 12 años no pueden ingresar a la piscina sin la supervisión de un adulto, (iii) el agua tiene que estar limpia⁵³, (iv) que las piscinas de niños son de destinación exclusiva de los niños de acuerdo con la naturaleza del bien y, por último, argumentaron que (v) tanto los órganos de administración como los copropietarios padres de familia se encuentran preocupados por considerar que se “están infringiendo las normas de convivencia del conjunto al permitir que un adulto ingrese a este lugar [la piscina de niños]” y “la división que se hace de las piscinas entre adultos y niños además de ser para seguridad, tiene su explicación y fundamento en que se puedan generar patologías infecciosas al ser organismos totalmente diferentes”⁵⁴.

5.2. De esta forma, esta Sala evidencia que en el caso concreto se contraponen dos intereses jurídicos diferentes, por un lado, los derechos fundamentales a la igualdad y salud de la señora Sánchez y, por otro lado, la autonomía privada del administrador de la unidad residencial quien en aras de garantizar los derechos de los menores, decidió negarle a la accionante el uso y goce de la piscina de los niños.

5.3. En este orden de ideas, pasa la Sala a analizar si en el caso concreto la decisión del administrador de negar el uso de un bien común, vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y la salud.

5.3.1. Tal como se mencionó anteriormente, la Ley 675 de 2001, en el artículo 50, consagra como funciones del administrador “cuidar y vigilar los bienes comunes, y ejecutar los actos de administración, conservación y disposición de los mismos de conformidad con las facultades y restricciones fijadas en el reglamento de propiedad horizontal,” por su parte, el reglamento de la Unidad Residencial Altos de Cañaveral Campestre en el Capítulo III establece los derechos de los usuarios, determinando que “todos los residentes tienen pleno

derecho a la utilización y disfrute de sus áreas privadas y de las áreas comunes del conjunto, haciendo un uso racional de las mismas y teniendo en cuenta el cumplimiento del presente reglamento.”⁵⁵ Igualmente, el reglamento, en el Capítulo VIII hace referencia a las piscinas como una “área de libre acceso para todos los residentes si se observan y cumplen las normas establecidas en este reglamento para todos y cada uno de estos servicios y además no figurar como deudor moroso” y en el numeral k) consagra “que los niños que no sepan nadar solo podrán hacer uso de las piscinas de niños, siempre y cuando estén acompañados de adultos responsables”.

5.3.2. Así las cosas, llama la atención que ni la ley, ni el reglamento prevén una restricción para el uso de un bien común, como es la piscina de niños, y por el contrario, el artículo 46 de la Ley 675 de 2001, en el numeral 1º, establece la necesidad de una mayoría calificada, del 70% de los coeficientes de copropiedad para que la Asamblea General de la propiedad horizontal tome decisiones tendientes a generar “cambios que afecten la destinación de los bienes comunes o impliquen una sensible disminución en uso y goce.” Con todo, la restricción injustificada, legal y reglamentaria proviene del administrador del conjunto, sin que la asamblea, se haya pronunciado respecto a la restricción en el disfrute del bien común por parte de la residente y aquí accionante.

5.3.3. Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha establecido que las actuaciones de las juntas administrativas o administradores no pueden ser contrarias al principio de la dignidad humana, “el cual es una condición para el ejercicio de la libertad y la seguridad, ni están facultadas para impedir la satisfacción mínima de las condiciones de existencia vital para los habitantes”⁵⁶, ni amenazar o vulnerar los derechos fundamentales de los copropietarios. Empero, la situación fáctica de la accionante es distinta, pues además de estar a paz y salvo con las cuotas de administración se le impide el uso de un bien común basándose en razones que aunque válidas, no están justificadas, son inciertas, subjetivas o eventuales.

5.4. No obstante lo anterior, y como se ha reiterado, los órganos de administración de la copropiedad tienen la potestad, en virtud de su autonomía, de limitar el uso y goce de un bien común, pero como dicha decisión esta amenazando los derechos fundamentales a la igualdad y la salud de la accionante, es necesario resolver la colisión de normas jurídicas de igual jerarquía constitucional, en aras de garantizar armónicamente el mayor alcance de cada uno de ellos. Por tal motivo, de conformidad con el principio de la unidad constitucional

que “exige la interpretación de la Constitución como un todo armónico y coherente, al cual se opone una interpretación aislada o contradictoria de las disposiciones que la integran”⁵⁷, es necesario para solucionar el conflicto, hacer uso del principio de armonización concreta que “impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o restricción de otro. De conformidad con este principio, el intérprete debe resolver las colisiones entre bienes jurídicos, de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos.”⁵⁸

5.4.1. De esta forma, el administrador del conjunto residencial aduce como justificación de la decisión de negar el acceso a la piscina, la “preservación” de la salud de los niños, porque entre otras cosas, de acuerdo al concepto médico que adjunta a la respuesta a la acción de tutela, se pueden generar riesgos en el bienestar físico de los mismos al permitir el uso de la piscina por un adulto mayor. Entonces, de acuerdo con lo enunciado anteriormente, aun cuando la edad no esta catalogado como un criterio sospechoso de discriminación, a la luz del texto constitucional, la jurisprudencia, ha establecido que dado que la edad es un rasgo permanente de las personas, deben ser considerados como una categoría semisuspechosa o problemática las diferenciaciones que se realicen atendiendo a la edad, “que establecen límites máximos a partir de los cuales una persona es excluida de una cierta actividad o de un determinado beneficio. Lo anterior implica que están sujetas a un escrutinio de igualdad intermedio”⁵⁹.

En vista que la medida tomada por la administración de impedir el uso de la piscina de niños por parte de la accionante, aduce a criterios semisuspechosos como la edad, es necesario realizar un test de igualdad intermedio, que de conformidad con lo establecido en las consideraciones, consiste en que la medida:

(i) persigue un fin legítimo y constitucionalmente importante, esto es, la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños (artículo 44 CP), específicamente, cuidar su derecho a la salud y la recreación, (ii) respecto a la legitimidad y efectiva conducencia del medio utilizado por la administración, que consiste en negar el uso del bien común para garantizar el interés superior de los niños no es un medio permitido, pues corresponde, en primer lugar, a la asamblea general designar la destinación de los bienes comunes o establecer las restricciones al uso y goce de los mismos. En segundo lugar, la prohibición de disfrutar de la piscina de menores por parte de un mayor adulto podría ser conducente para asegurar la salud de los niños. (iii) por último, la medida no resulta ser proporcional, se basa en una

constatación médica que en varios niños se han presentado casos de otitis (inflamación del oído⁶⁰), que no parece tener relación con el argumento que “la flora bacteriana de los adultos mayores tiene características propias que pueden potencialmente generar patologías infecciosas, de aparición inesperada en la población infantil y viceversa”, implicaría al mismo tiempo, que la piscina de adultos no pueda ser usada por los menores, medio que a todas luces es inconducente para llegar al fin perseguido. Además: a) afecta sacrifica un fin constitucional, como es la protección especial a los sujetos de la tercera edad (artículo 46 CP), y b) en un sentido social de la definición de discapacidad, se encuentra en una situación discapacitante, pues padece una enfermedad, denominada osteoartritis, sacrificándose así el derecho fundamental a la salud, c) no sabe nadar, por lo cual exponerla a que realice ejercicio en la piscina de adultos (de 1.60 metros de profundidad), implicaría un riesgo para su vida.

5.5. Por lo tanto, la decisión de negar el uso de un bien comunal para que la señora María Verónica Sánchez realice un tratamiento médico que requiere, limita el goce del ejercicio del derecho fundamental a la salud, bajo la justificación que pone en riesgo la salud de los niños, riesgo que como se enunció, constituyen una razones inciertas, subjetivas y eventuales, que por el contrario, constituyen actos de carácter discriminatorio, pues se basa en la edad para generar limitaciones importantes a los derechos de la accionante, sin usar una razón válida, ni legal, ni reglamentariamente. Entonces, la restricción al derecho fundamental a la salud -de manejar, tratar y cuidar- de la señora Sánchez no encuentra justificación en los argumentos expuestos por el administrador, sobre todo si se tienen en cuenta que ésta no fue producto de una deliberación en la Asamblea General de copropietarios y los riesgos que exponen a la salud de los niños, son inciertos eventuales y carecen de justificación, tanto reglamentaria como legal y constitucional⁶¹.

5.6. De ahí, que esta Sala decide amparar los derechos fundamentales a la salud y la igualdad de la accionante, en virtud de lo cual, ordenará a la Asamblea General, por conducto del administrador de la Unidad Residencial “Altos de Cañaveral” que en ejercicio de su autonomía y de sus facultades legales, establezca turnos para el uso de la piscina de niños por parte de la señora María Verónica Sánchez. Lo anterior, de conformidad con el reglamento general de turnos -Capítulo XXI del Reglamento Interno de la Unidad Residencial- y de manera razonable. Así, establecerá la disminución en el uso y goce del bien común -la piscina de niños-, siempre y cuando no utilice criterios sospechosos o semisuspechosos de

diferenciación, como la edad o rasgos permanentes de la persona, para restringir el disfrute del bien común, ni vulnere o amenace los derechos fundamentales de la accionante.

6. Razón de la decisión.

6.1. Conclusión del caso.

Procede la acción de tutela contra el administrador de un conjunto residencial, pues se observa una relación de subordinación entre éste y la señora María Verónica Sánchez, como residente copropietaria. Además, constituye una vulneración del derecho a la igualdad cuando el administrador de la unidad residencial decide limitar el uso y goce de un bien común de la copropiedad aduciendo criterios semisospeschosos de diferenciación, como la edad, para restringir el acceso del mismo. Igualmente, se vulnera el derecho a la salud, cuando una persona de la tercera edad, en condiciones discapacitantes y quien en ejercicio del principio de autoconservación, requiera –por prescripción médica- realizar terapias en una piscina para tratar la enfermedad que padece.

6.2. Regla jurídica aplicada.

Procede la acción de tutela contra particulares cuando se observe una relación de subordinación entre los residentes copropietarios y los órganos de administración del conjunto, pues éstos se encuentran en una relación asimétrica, en aras de restaurar la igualdad entre las partes. Por otro lado, constituye una vulneración al derecho fundamental a la igualdad, cuando se restringe el uso y goce de un bien común de la copropiedad aduciendo criterios semisospeschosos de diferenciación, como la edad o rasgos permanentes de la persona. Asimismo, se vulnera el derecho a la salud de personas de la tercera edad y en condiciones discapacitantes a quien no se le permita ejercer, por principio de autoconservación, los actos necesarios para recuperar su salud.

III. DECISIÓN.

RESUELVE:

Primero.- TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y la igualdad de la señora María Verónica Sánchez. Por lo tanto, REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Dos Penal Municipal de Bucaramanga del diez (10) de febrero de 2012 que negó el amparo de los

derechos fundamentales, en virtud de las razones anteriormente expuestas.

Segundo.- ORDENAR a la Asamblea General, por intermedio del administrador de la Unidad Residencial “Altos de Cañaveral”, que en ejercicio de su autonomía y de sus facultades legales, permita el uso de la piscina de niños por parte de la señora María Verónica Sánchez. Lo anterior, estableciendo turnos para el uso de la misma de acuerdo a lo previsto en el “reglamento general de turnos” –Capítulo XXI del Reglamento Interno de la Unidad Residencial- y de manera razonable. Así, establecerá la disminución en el uso y goce del bien común –la piscina de niños-, siempre y cuando no utilice criterios sospechosos o semisuspechosos de diferenciación, como la edad o rasgos permanentes de la persona, para restringir el disfrute de los bienes comunes, ni vulnere o amenace los derechos fundamentales de la accionante.

Tercero.- Por Secretaría, LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO

Magistrada (E)

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONTECARLO

Secretaría General

1 Acción de tutela presentada el treinta (30) de enero de 2012.

2 Folio 7.

3 Folio 6.

4 Según consta en escrito del 25 de enero de 2012, en el cual el administrador de la Unidad Residencial Altos de Cañaveral Campestre le informa sobre las razones que justifican la negación de permitir el uso de la piscina de niños a la accionante. (Folio 6)

5 Respuesta a la acción de tutela, allegada al Juzgado Segundo Penal Municipal el 8 de febrero de 2012. (Folios 14 al 24).

6 Entre otras cosas, el concepto médico rendido por una fisiatra y un cirujano otorrinolaringólogo, señala que: “las piscinas de niños no tienen la profundidad suficiente para realizar actividades físicas ni tienen los elementos de seguridad que se requieren para la movilidad en el agua de una persona mayor con osteoartritis. El riesgo de potenciales caídas es mucho mayor (...) debido al ser compartidas con niños inquietos. (...) [Además] la flora bacteriana de los adultos mayores tiene características propias que pueden potencialmente generar patologías infecciosas, de aparición inesperada en la población infantil y viceversa. La piscina grande tiene una profundidad intermedia que favorece las actividades físicas caseras de un adulto dadas sus dimensiones, elementos de sostén y apoyo. También, resulta más relevante la protección de los niños y el bien común sobre las necesidades individuales.”

7 Sentencia proferida el diez (10) de febrero de 2012. Folios 25 al 30.

8 En Auto del diez (10) de mayo de 2012 de la Sala de Selección de tutela Número Cinco de la Corte Constitucional, se dispuso la revisión de la providencia en cuestión y se procedió a su reparto.

9 Folios 1 al 5.

10 El numeral 9 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 establece: “La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: (...) 9. Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela.”

11 Sentencias T-290 de 1993, T-808 de 2003, T-377 de 2007, entre otras.

12 La sentencia SU-509 de 2001 estableció: “(H)ay que reiterar que la jurisprudencia ha expresado que es factible interponer tutela contra particulares que administran conjuntos residenciales debido a que los afectados por decisiones de una Junta o Consejo de Administración, o por un Administrador, o Administradora de los conjuntos sometidos generalmente al régimen de propiedad horizontal, son decisiones que pueden colocar en situación de indefensión o necesariamente de subordinación a los copropietarios. ‘La subordinación tiene que ver con acatamiento, sometimiento a órdenes proferidas por quienes por razón de sus calidades, tienen la competencia para’. Ver sentencias: T-074 de 1994, T-411 de 1995, T-070 de 1997, T-630 1997.

13 El artículo 3 de la Ley 675 de 2001 define el Reglamento de la Propiedad Horizontal como un: “Estatuto que regula los derechos y obligaciones específicas de los copropietarios de un edificio o conjunto sometido al régimen de propiedad horizontal”. de esta ley y las reglas que gobiernan la organización y funcionamiento del edificio o conjunto.”

14 Artículo 5 de la Ley 675 de 2001.

15 Sentencias T-555 de 2003, T-661 de 2008, T-970 de 2009, T-810 de 2011, entre otras.

16 Sentencia T-1042 de 2001.

17 La sentencia C-134 de 1994 señaló: “La acción de tutela contra particulares procede en las situaciones en que el solicitante se encuentre en estado de indefensión o de subordinación. Al igual que en el caso del servicio público, esta facultad tiene su fundamento jurídico en el derecho de igualdad, toda vez que quien se encuentra en alguna de las situaciones referidas no cuenta con las mismas posibilidades de defensa que otro particular. Por ello, el Estado debe acudir a su protección –en caso de haberse violado un derecho constitucional fundamental-, la cual no es otra cosa que una compensación entre el perjuicio sufrido y el amparo inmediato del derecho”.

18 La Ley 675 de 2001, “Por medio de la cual se expide el régimen de propiedad horizontal,” Dispone: “Titulo II.DE LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.ARTÍCULO 58. SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. Para la solución de los conflictos que se presenten entre los propietarios o

tenedores del edificio o conjunto, o entre ellos y el administrador, el consejo de administración o cualquier otro órgano de dirección o control de la persona jurídica, en razón de la aplicación o interpretación de esta ley y del reglamento de propiedad horizontal, sin perjuicio de la competencia propia de las autoridades jurisdiccionales, se podrá acudir a:

1. Comité de Convivencia. Cuando se presente una controversia que pueda surgir con ocasión de la vida en edificios de uso residencial, su solución se podrá intentar mediante la intervención de un comité de convivencia elegido de conformidad con lo indicado en la presente ley, el cual intentará presentar fórmulas de arreglo, orientadas a dirimir las controversias y a fortalecer las relaciones de vecindad. Las consideraciones de este comité se consignarán en un acta, suscrita por las partes y por los miembros del comité y la participación en él será ad honorem.

2. Mecanismos alternos de solución de conflictos. Las partes podrán acudir, para la solución de conflictos, a los mecanismos alternos, de acuerdo con lo establecido en las normas legales que regulan la materia.

PARÁGRAFO 1o. Los miembros de los comités de convivencia serán elegidos por la asamblea general de copropietarios, para un período de un (1) año y estará integrado por un número impar de tres (3) o más personas.”

PARÁGRAFO 2o. El comité consagrado en el presente artículo, en ningún caso podrá imponer sanciones.

PARÁGRAFO 3o. Cuando se acuda a la autoridad jurisdiccional para resolver los conflictos referidos en el presente artículo, se dará el trámite previsto en el Capítulo II del Título XXIII del Código de Procedimiento Civil, o en las disposiciones que lo modifiquen, adicionen o complementen.

19 Presentada el 30 de enero de 2012. La carta enviada por la administración del conjunto residencial Unidad Residencial Altos de Cañaveral Campestre fue recibida el 25 de enero de 2012.

20 De conformidad con la Sentencia SU-961 de 1999: “la razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso

concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros. Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción. En jurisprudencia reiterada, la Corte ha determinado que la acción de tutela se caracteriza por su 'inmediatez'. (...) Si el elemento de la inmediatez es consustancial a la protección que la acción brinda a los derechos de los ciudadanos, ello implica que debe ejercerse de conformidad con tal naturaleza. Esta condiciona su ejercicio a través de un deber correlativo: la interposición oportuna y justa de la acción”.

22 Ver sentencias T-634 de 2008, T-893 de 2008, entre otras.

23 Sentencia T-1264 de 2008.

24 Sentencia T-520 de 2003.

25 Sentencia T-125 de 1994. Ver T-810 de 2011.

26 Artículo 1 de la Ley 1251 de 2008.

27 El artículo 2 de la Ley 1251 de 2008, consagra como principios rectores de la ley: “(...) g) Independencia y autorrealización. El adulto mayor tiene derecho para decidir libre, responsable y conscientemente sobre su participación en el desarrollo social del país. Se les brindará las garantías necesarias para el provecho y acceso de las oportunidades laborales, económicas, políticas, educativas, culturales, espirituales y recreativas de la sociedad, así como el perfeccionamiento de sus habilidades y competencias;

h) Solidaridad. Es deber del Estado, la sociedad y la familia frente al adulto mayor, brindar apoyo y ayuda de manera preferente cuando esté en condición de vulnerabilidad;

i) Dignidad. Todas las personas tienen derecho a una vida digna y segura; los adultos mayores se constituyen en el objetivo fundamental de las acciones emprendidas en cumplimiento del Estado Social de Derecho a través de la eliminación de cualquier forma de

explotación, maltrato o abuso de los adultos mayores; (...)."

28 Que entró en vigor en Colombia en 1968.

29 El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en la Observación General No. 14 relativo al disfrute del más alto nivel de salud, interpretó el artículo 12 del Pacto Internacional de DESC, el cual establece como característica del derecho a la salud como un "derecho humano fundamental" (Párr. 1).

30 El quinto inciso del artículo 49 de la Constitución Política establece: "Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad."

31 Ver Sentencia T-458 de 2006.

32 Sentencia T-371 de 2010.

33 Sentencia T-556 de 1998, T-620 de 1999, T-059 de 1999, T-209 de 1999, T-179 de 2000, T-412 de 2004, T-398 de 2004, T-801 de 2004, T-207 de 2009, T-140 de 2009, T-650 de 2009, entre otras.

34 Ver entre otras: Sentencia T-948 de 2008.

35 En la sentencia T-1090 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández a su vez, se indicó que tal expresión comporta una diferenciación ilegítima que se "efectúa respecto de ciertos sujetos o grupos de personas con base en un rasgo distintivo particular gobernado por el prejuicio, [que] involucra el rechazo, la supresión, la expulsión o la censura cotidiana, a través de diferentes estrategias, negando o impidiendo ilegítimamente o a partir de un paradigma errado, la inclusión, ejercicio o subsistencia de determinadas prácticas".

36 Ver entre otras, Sentencia T-1258 de 2008.

37 En la sentencia T-360 de 2002, reiterando la jurisprudencia establecida en la sentencia C-093 de 2001, la definió como una categoría la edad como una categoría diferenciadora y semisospechosa, así: "El tema de la edad como criterio de diferenciación es debatido en el Derecho Constitucional contemporáneo, pues si bien, por ciertos aspectos, parece una pauta neutra, a la cual puede recurrir el Legislador con amplia libertad, de otro lado, en la sociedad

actual, tiende a tornarse cada vez más en una categoría susceptible de generar discriminaciones, en especial contra las personas de tercera edad. (...). La Sala puede concluir que el establecimiento de una edad límite a partir de la cual no se puede realizar una determinada actividad no es una categoría prohibida o “sospechosa”, ni tampoco puramente neutral, sino que se sitúa entre estos dos extremos. La Sala reitera entonces la tesis establecida en la sentencia C-093 de 2001, según la cual la edad conformaría un criterio “semisospechoso” de diferenciación, de suerte que toda distinción que se funde en esa pauta debería estar sometida a un juicio intermedio de igualdad. La idea de que existen criterios “semi-sospechosos” o “problemáticos” para establecer distinciones entre las personas encuentra pues sustento en la Carta y en la jurisprudencia constitucional. Según éstas, deben ser consideradas problemáticas o semi-sospechosas las categorías de diferenciación con base en la edad que establecen límites máximos a partir de los cuales una persona es excluida de una cierta actividad o de un determinado beneficio. Lo anterior implica que están sujetas a un escrutinio de igualdad intermedio.” (Negrillas fuera del texto).

38 Entre otras: T-530 de 1993, C-445 de 1995, C-309 de 1997, SU-642 de 1998, C-514 de 2000, C-291 de 2002, C-182 de 2007, T-948 de 2008.

39 Según la sentencia C-093 de 2001, la jurisprudencia constitucional comparadas, así como la propia práctica de la Corte Constitucional parecen indicar que existen dos grandes enfoques para analizar los casos relacionados con el derecho a la igualdad: “El primero de ellos, que ha sido desarrollado principalmente por la Corte Europea de Derechos Humanos y por los tribunales constitucionales de España y Alemania, se basa en el llamado test o juicio de proporcionalidad, que comprende distintos pasos. Así, el juez estudia (i) si la medida es o no “adecuada”, esto es, si ella constituye un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; luego (ii) examina si el trato diferente es o no “necesario” o “indispensable”, para lo cual debe el funcionario analizar si existe o no otra medida que sea menos onerosa, en términos del sacrificio de un derecho o un valor constitucional, y que tenga la virtud de alcanzar con la misma eficacia el fin propuesto. Y, (iii) finalmente el juez realiza un análisis de “proporcionalidad en estricto sentido” para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial. La otra tendencia, con raíces en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los “escrutinios” o “tests” de igualdad (estrictos, intermedios o suaves). Así,

cuando el test es estricto, el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, mientras que si el test es flexible o de mera razonabilidad, basta con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento”.

40 Ver entre otras, sentencias T-340 de 2010, T-1258 de 2008.

41 Sentencia T-948 de 2008.

42 La sentencia T-1042 de 2001, consagra: “si bien los derechos fundamentales también deben ser observados y respetados en el ámbito de las relaciones entre particulares, también es cierto que dicha vinculación tiene menores alcances que en las relaciones entre el individuo y el Estado. La razón de ello es clara: mientras que los particulares tienen derechos y libertades que pueden invocar frente a otros particulares, el Estado no puede ni debe entrar a desconocer la libertad en nombre de una definición coyuntural de interés público ni de una concepción de los alcances de la libertad que depende de las presiones propias del quehacer de gobernar. Este debe respetar los ámbitos de libertad particulares, sin pasar a “colonizar” el mundo de la vida mediante su intervención para defender o promover la realización de unos bienes sociales coyunturalmente determinados. (...)”

43 Artículo 2 de la Ley 675 de 2001.

45 Sentencia T-035 de 1997.

46 Reza el artículo 51 de la Ley 675 de 2001 que, entre otras, es función del administrador: “cuidar y vigilar los bienes comunes, y ejecutar los actos de administración, conservación y disposición de los mismos de conformidad con las facultades y restricciones fijadas en el reglamento de propiedad horizontal.”

47 El artículo 19 de la Ley 675 de 2001 define el alcance y la naturaleza de los bienes comunes como: “Los bienes, los elementos y zonas de un edificio o conjunto que permiten o facilitan la existencia, estabilidad, funcionamiento, conservación, seguridad, uso o goce de los bienes de dominio particular, pertenecen en común y proindiviso a los propietarios de tales bienes privados, son indivisibles y, mientras conserven su carácter de bienes comunes, son inalienables e inembargables en forma separada de los bienes privados, no siendo objeto

de impuesto alguno en forma separada de aquellos.

El derecho sobre estos bienes será ejercido en la forma prevista en la presente ley y en el respectivo reglamento de propiedad horizontal.

PARÁGRAFO 1o. Tendrán la calidad de comunes no solo los bienes indicados de manera expresa en el reglamento, sino todos aquellos señalados como tales en los planos aprobados con la licencia de construcción, o en el documento que haga sus veces.

PARÁGRAFO 2o. Sin perjuicio de la disposición según la cual los bienes comunes son inajenables en forma separada de los bienes de propiedad privada o particular, los reglamentos de propiedad horizontal de los edificios o conjuntos podrán autorizar la explotación económica de bienes comunes, siempre y cuando esta autorización no se extienda a la realización de negocios jurídicos que den lugar a la transferencia del derecho de dominio de los mismos. La explotación autorizada se ubicará de tal forma que no impida la circulación por las zonas comunes, no afecte la estructura de la edificación, ni contravenga disposiciones urbanísticas ni ambientales. Las contraprestaciones económicas así obtenidas serán para el beneficio común de la copropiedad y se destinarán al pago de expensas comunes del edificio o conjunto, o a los gastos de inversión, según lo decida la asamblea general.”

48 Sentencia T-630 de 1997.

49 Sentencia T-1042 de 2001.

50 Según consta en copia de la prescripción del médico tratante: “paciente de 79 años con dx (sic) de osteoartritis de predominio en rodilla sind. (sic) (...) amerita hacer ejercicio físico diario con caminata en piscina de tamaño intermedio (...)”. (Folio 7).

51 Afirmación realizada en el escrito de tutela. (Folios 1 al 5).

52 Manifestación realizada por el administrador del conjunto residencial en la comunicación suministrada a la accionante y en donde le prohíbe utilizar la piscina de niños. (Folio 6).

53 De acuerdo al escrito de respuesta de la acción de tutela: “la ley 1208 de 2008 reglamentó la utilización de las piscinas con medidas de seguridad que son de obligatorio

cumplimiento y que este conjunto acata. Aspectos como la prohibición de la entrada a niños menores de 12 años sin la compañía de un adulto responsable; la permanencia de personal de rescate (...) y el mantenimiento del agua limpia, según los requisitos para el cuidado de la salud”⁵³ (Negrillas en el texto). (Folio 16.)

54 Folios 15 al 21.

55 Según consta en copia del reglamento interno de la Unidad Residencial Altos de Cañaveral Campestre. (Folios 33 al 69).

56 Sentencia T-630 de 1997.

57 Sentencia T-425 de 1995.

58 Ibidem.

59 Sentencia T-360 de 2002.

60 De acuerdo con la definición establecida por la Real Academia de la Lengua. (www.rae.es/rae.htmlotit)

61 En la sentencia C-522 de 2002, la Corte estudió la exequibilidad del parágrafo 2° del artículo 37 de la Ley 675 de 2001, enunciando, entre otras cosas, que “ se considera importante resaltar que en las asociaciones de copropietarios de bienes inmuebles destinados a la vivienda se toma múltiples decisiones que no responden a la regla económica del equilibrio entre derecho y deberes sino que se encuentran vinculados al diario vivir y que definen las reglas de la convivencia entre los habitantes de un conjunto residencial tales como: la tenencia de mascotas, el uso de los ascensores, y parques, reglas para el acceso a los apartamentos, personal autorizado para ingresar y circular, el ingreso del personal de servicios a domicilio, el horario para realizar trasteos, el uso del salón comunal etc. son decisiones que limitan los derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad o el derecho a la intimidad que no comprometen el patrimonio de los copropietarios y por ello, la votación no debe definirse a partir del coeficiente de propiedad sino de la participación de cada propietario en igualdad de condiciones: un voto por cada unidad privada.” La Corte decidió declarar exequible condicionadamente la norma en comento, bajo “el entendido que cuando se trate de inmuebles destinados a vivienda, el voto

de cada propietario equivaldrá al porcentaje de coeficiente de propiedad del respectivo bien privado, sólo para las decisiones de contenido económico conforme a lo expresado en la parte motiva de la sentencia”.