

República de Colombia
Rama Jurisdiccional del Poder Público



JUZGADO CUARENTA Y CINCO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE
CONOCIMIENTO

Medellín, Diecisiete (17) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Radicado: 05 001 40 09 045 2020-
00287
Accionante: SERGIO ESTRADA VÉLEZ
Afectada: SANDRA MILENA
GUTIÉRREZ RUIZ
Accionado: GOBERNACIÓN DE
ANTIOQUIA Y OTROS
Providencia: 00272
Instancia: Primera
Decisión: NIEGA

Admitida la acción de tutela instaurada por el doctor **SERGIO ESTRADA VÉLEZ**, como apoderado especial de la señora **SANDRA MILENA GUTIÉRREZ RUIZ** y sus hijas menores **ALEJANDRA** y **EVELYN DELGADO GUTIÉRREZ**, en busca de la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, la inviolabilidad de la vida, la honra e intimidad de la familia, los derechos fundamentales de los niños, la vida digna, la salud mental, la recreación y la libre expresión, que en su sentir han sido vulnerados por la **GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA**, el **MUNICIPIO DE MEDELLÍN**, el **MUNICIPIO DE ENVIGADO**, el **MUNICIPIO DE SABANETA**, el **MUNICIPIO DE LA ESTRELLA**, el **MUNICIPIO DE CALDAS** y el **MUNICIPIO DE BARBOSA**, conforme a lo establecido en el Decreto 2591 de 1.991, a cuyas normas se ha ceñido la acción propuesta, el Despacho procede entonces a proferir la correspondiente decisión.

HECHOS

Aduce el accionante inicialmente que el 17 de marzo del corriente fue declarado en Colombia el Estado de emergencia económica, ecológica y social con el objeto de contener el avance del virus COVID 19.

Alude que existe un virus que es letal y que exige la adopción de todas las medidas para su contención, siempre que ellas sean razonables, adecuadas, necesarias y que no afecten otro derecho fundamental que amerite una mayor protección.

Detalla que la familia **DELGADO GUTIÉRREZ** ha vivido una época de cuarentena estricta, pero la experiencia les demostró que existen otras medidas como el autocuidado que permite la ejecución responsable de las actividades propias del desarrollo de una vida en condiciones de dignidad.

Advierte que el día 28 de octubre la Gobernación de Antioquia publicó el Decreto 2532 por medio del cual se ordenó “TOQUE DE QUEDA Y LEY SECA POR LA VIDA” en el Departamento de Antioquia, destacando que es claro que el objeto de las medidas está dirigido a reducir la expansión del virus, evitar el colapso del sistema de salud, controlar la indisciplina social y evitar las aglomeraciones, haciendo énfasis en el fundamento 19 del Decreto, para argumentar que es claro que se debe controlar el virus, proteger la vida y la salud, pero no es claro como ello se logrará con un toque de queda que afecta de manera desproporcionada los derechos de la familia y de los niños.

Expone que las actividades que regularmente desarrolla su mandante y sus hijas, no van en contra de esos propósitos, pero la afectación de la locomoción representa la prohibición en el ejercicio de libertades de manera desproporcionada que no afectan el fin propuesto por el Decreto, como practicar deporte, pasear al aire libre, cenar en un establecimiento que cumple con protocolos de bioseguridad, etc.

Alega que es absurdo que el toque de queda inicia para adultos a partir de las 10 :00 P.M, pero los niños no pueden salir durante todo el puente festivo, aduciéndose como principal razón la indisciplina social y la protección del interés general, y en nombre de esas razones se esté sancionando a quienes asumieron con responsabilidad el autocontrol.

Demanda que el Decreto 2532 no se exponen las razones que demuestren la razonabilidad (proporcionalidad y necesidad) de un toque de queda para los niños durante todo el fin de semana.

Señala que Colombia vivió una de las cuarentenas más estrictas del mundo y el resultado indica que dicha medida extrema no es eficaz, agregando que el confinamiento sólo sirvió para postergar la expansión, pero no para controlar el virus o para fortalecer el sistema de salud.

Resalta que el toque de queda está afectando de manera injustificada libertades básicas cuyo ejercicio no afecta el interés general ni los fines propuestos por el Decreto 2532, completando su teoría en que en nombre de la indisciplina social y de un difuso interés general, se están adoptando medidas que afectan la salud mental de los integrantes de la familia **DELGADO GUTIÉRREZ** y la potestad primaria y prevalente que la madre tiene para decidir acerca de la mejor manera en que deben ser cuidados.

Destaca que no está demostrado que los niños sean los que tengan el sistema de salud en alerta roja y menos que sean las personas que generan el mayor contagio o sean generadores de indisciplina social, resultando claro en su sentir que con las medidas no se está teniendo en cuenta el interés prevalente del menor tal como lo ordena el artículo 3 de la Convención Internacional de Derechos del Niño.

Enfatiza que la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha manifestado que las medidas de confinamiento no son las más eficaces en el control de la pandemia, afirmando que un toque de queda después de las 6:00 de la tarde puede ser considerada como una medida de contención del virus, pero la privación total los derechos fundamentales de los menores de locomoción y recreación, se considera una medida desproporcionada.

Es reiterativo en expresar que las medidas adoptadas no han tenido en cuenta lo aprendido durante los primeros 5 meses de cuarentena, en donde pasamos de medidas estrictas representadas en el “quédate en casa” al “autocuidado”. Significa lo anterior que los hechos demuestran

que la mejor medida de control son aquellas propias de un autocuidado como el lavado de manos, distanciamiento y uso de tapabocas.

Relaciona la información emitida por uno de los medios de comunicación de nuestro país el 22 de octubre, donde se señaló que la alta ocupación de las camas de UCI corresponde a pacientes no COVID, resultado de la postergación de tratamientos no asumidos por temor a contagios durante la cuarentena, el aumento de la violencia y la accidentalidad, pudiendo extraer de lo manifestado por dicho medio que en el área metropolitana sólo el 4% de las camas destinadas a cuidados intensivos están ocupadas por pacientes COVID, aduciendo seguidamente que en ese sentido, las medidas a adoptar deben estar dirigidas a contener las causas que generan el otro 96% de ocupación, antes de intervenir en las libertades individuales.

Asegura que durante estos 7 meses se han adoptado medidas dirigidas a la protección de la vida, pero no se ha tenido en cuenta el real efecto colateral que han generado en relación a derechos que deben ser objeto de igual protección como es la vida digna, la salud mental y el mínimo vital.

Asevera que antes de limitar los derechos fundamentales, la administración debe asumir una carga argumentativa que demuestre la razonabilidad de las medidas, el objeto de protección (la salud o la vida), las medidas a adoptar de acuerdo a ese objeto de protección, que sean adecuadas y necesarias, y algo muy importante como es el cambio de la medida de toque de queda que iba de las 6:00 pm a las 6:00 am, a toque de queda total durante el fin de semana.

Acentúa que, según datos del mismo Ministerio de Salud, al mes de marzo, abril, mayo y junio, de un total de 2303 persona fallecidas, sólo 14 personas son menores de edad; lo anterior confirma que es claro que, entre mayor edad, más riesgo se tiene frente al Covid19, por el contrario, entre menos edad, menor es el riesgo, por lo que las medidas deben ser adoptadas de acuerdo a esa proporcionalidad. Debe operar, en términos de lógica jurídica, un argumento a contrario: si frente a las personas de mayor edad, que representan un alto porcentaje de población fallecida (49%) no operaron medidas restrictivas graves, frente a personas menores de edad (niños) que representan una tasa de

mortandad mucho menor, no se pueden implementar medidas que representan un alto nivel de restricción de las libertades.

Para finalizar formula que el numeral 2° del artículo 4 de la Ley 137 de 1994 indica que los derechos que deben ser garantizados y no deben ser objeto de suspensión alguna, estando entre ellos los derechos de los niños. Igualmente, existe un listado de derechos en la Convención Americana de derechos Humanos los cuales ningún Estado podrá suspender, entre los cuales están: los Derechos del Niño (artículo19).

Por lo expuesto deprecia ante el Juez Constitucional se amparen los derechos fundamentales invocados, y en consecuencia se ordene a la administración modificar el horario establecido para el toque de queda para los menores de edad “bajo estrictos parámetros de razonabilidad”, además de explicar ¿cuál es el real propósito o fines del decreto?, y finalmente argumentar “en relación a los fines claramente determinados, la manera en que el toque de queda durante todo el fin de semana promueve de manera eficaz la consecución de los mismos”.

RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

MUNICIPIO DE ENVIGADO

El señor Braulio Alonso Espinosa Márquez, alcalde Municipal, allega respuesta dentro del término concedido para ello, expresando que de conformidad con el Decreto 2532 del 28 de octubre de 2020, se declaró por parte del Gobierno Departamental “toque de queda y ley seca por la vida”, ordenándose a los alcaldes municipales de todo el departamento disponer de las medidas necesarias para el cumplimiento de dicha decisión, so pena de las consecuencias legales.

Aduce que en cumplimiento de lo anterior, el **MUNICIPIO DE ENVIGADO** fue vinculado para implementar dichas medidas en aras de proteger la población de niños y adolescentes, entendidos como personas vulnerables.

Aclara que las decisiones del Gobierno Departamental de conformidad con el Decreto antes citado, son de obligatorio cumplimiento y en ese

orden de ideas el Municipio no ha sido ajeno a dichas preceptivas legales. Por lo tanto, considera que al accionante no le asiste razón al pretender vincular a este Municipio en su acción constitucional, pues no se evidencia como se le ha podido vulnerar derecho fundamental alguno, máxime cuando por el contrario, se está tratando de proteger su vida y la de los demás habitantes del territorio.

Acota que su representado, no puede autorizar actividades por sí solo, ya que es el Ministerio del Interior en asocio con el Ministerio de Salud y de Protección Social, quienes por disposición del prorrogado Decreto Nacional 1168 de 2020, coordinan dichas autorizaciones, dependiendo de la afectación en particular de las localidades solicitantes, advirtiendo que la afectación del **MUNICIPIO DE ENVIGADO** con relación a la pandemia, es Alta.

Refiere que el ICBF se unió a la solicitud del Gobierno Nacional, para regular la circulación de menores de edad, en pro de sus derechos y garantías, lo cual no es sinónimo de encierro, sino de protección, conforme al contexto de lo que se da en un fin de semana de “Halloween”.

GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA

A través del doctor Juan Guillermo Usme Fernández, en su calidad de Secretario General, se allega respuesta en la que de entrada señala que el Gobierno Nacional mediante el Decreto 417 de 2020 declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, por el término de treinta (30) días calendario.

Denota que el Decreto No. 2020070002532 de octubre 28 de 2020, contiene todas las razones que permiten al mandatario seccional tomar medidas de orden público, cuya finalidad última es cuidar la salud y la vida de los habitantes del Valle de Aburrá, de un lado, y del otro, al encontrarse el departamento en alerta roja hospitalaria, de las cuales 802 de las 971 que tiene la red hospitalaria de Antioquia, se encuentran ocupadas con pacientes COVID, lo que equivale al 82%, llevan al Gobernador en coordinación con los alcaldes y el Ministerio de Salud y Protección Social, a imponer medidas de orden público adicionales a las que en cada entidad territorial del área metropolitana se han tomado.

Manifiesta que el toque de queda es una medida de orden público que consiste en la restricción de la movilización, impuesta por la institución gubernamental, impidiendo de forma temporal la circulación por las vías públicas, salvo excepciones, o la permanencia en lugares públicos, debiendo por tanto los habitantes permanecer en su lugar de residencia y siendo ello así no constituye una medida desproporcionada.

Refiere que la Organización Mundial de la Salud ha sido clara que los menores pueden ser transmisores del virus por cuanto los niños infectados de covid-19 sufren formas más leves de la enfermedad, expresando además que hasta el momento no existe un estudio que demuestre lo contrario. De otro lado, con la restricción de movilidad de los menores, ayuda a que sus padres permanezcan en casa, reduciendo las aglomeraciones y la transmisión del virus.

Alega que con relación a lo estipulado el hecho noveno es una información otorgada por los medios de comunicación, sin que el actor aporte prueba que sustente esta afirmación o noticia.

Relaciona que el actor debe probar que la salud mental de los menores de edad sufre o sufrió afectación por la restricción de la movilidad durante el 30 de octubre y el 2 de noviembre, cuando es precisamente la protección que el Estado debe brindar a los niños y niñas, el fin que la medida busca.

Alude que cuando se tomaron las medidas restrictivas de los derechos y libertades de las personas, en ejercicio de las facultades o potestades para conjurar el orden público, en especial la salud de los antioqueños, el mandatario local analizó el tema con los mandatarios locales y con el Gobierno Nacional quien, a través del Ministerio del Interior, les indicó:

“El 31 de octubre es una fecha en la cual niños, jóvenes y adultos salen a la calle con un arraigo cultural, que se caracteriza por ser una celebración intergeneracional. Sin embargo, la mayor parte de quienes salen a recoger dulces son menores, quienes, a pesar de la tasa de letalidad tan baja en nuestro país, pueden ser portadores asintomáticos del virus Covid-19 y propagarlo en la familia.

La Circular Conjunta Externa de Ministerio del Interior, Ministerio de Salud, ICBF y la consejería presidencial para la niñez y la adolescencia emitida para

alcaldes y gobernadores, tienen unas directrices en el marco de la celebración del 31 de octubre día de Halloween, entre las que se destacan como medidas generales el distanciamiento físico, cubrir boca con codo al toser, evitar tocarse los ojos, nariz y boca, quedarse en casa si hay fiebre, lavar constantemente las manos, usar siempre tapabocas, celebración del día de Halloween en casa.

Así mismo unas medidas específicas como la restricción de movilidad de menores, los días 30, 31 de octubre y 1 de noviembre, campañas para evitar reuniones sociales en conjuntos residenciales o barrios, promover celebraciones en casa con la familia, no permitir que los niños recojan dulces en las calles, promover espacios en línea para la familia.

De acuerdo al proyecto de decreto enviado a esta cartera por el Municipio, que busca implementar medidas de orden público en virtud de la emergencia sanitaria generada por el COVID-19 y así mismo para la regulación del fin de semana donde se celebra Halloween, en el marco de lo dispuesto por la Constitución, la Ley y lo dispuesto en los Decretos 1297 y 1168 de 2020, CUMPLE con los criterios de coordinación y proporcionalidad establecidos por el Gobierno Nacional y a los reportes entregados por el Ministerio de Salud y Protección Social y se considera acorde con las instrucciones que sobre la materia se han emitido”.

Con base en las consideraciones realizadas, se opone a cada una de las pretensiones, toda vez que las razones que fundamentan la medida quedaron claramente establecidas en el decreto, por lo que no hay necesidad de reiterarlas, como lo pretende el accionante, ya que con ellas, además de ser proporcionales y evidentemente razonables, tenían como fin último preservar dos derechos fundamentales “la vida y la salud” que sin demeritar los demás, tienen una gran preponderancia para la administración departamental, es por ello que se deberá declarar la improcedencia de la presente acción de tutela.

MUNICIPIO DE SABANETA

Se adjunta respuesta del ente municipal por medio del señor Santiago Montoya Montoya, en su condición de Alcalde, en la cual manifiesta que ha actuado en cumplimiento y respeto a la Constitución Política, la ley, las normas, los decretos departamentales y nacionales expedidos durante la etapa de pandemia, de ahí que, haciendo uso de las facultades legales, se han generado diferentes decretos, con los cuales

se ha intentado conjurar la grave situación de la pandemia por CORONAVIRUS a nivel nacional.

Referencia que lo estipulado en el artículo 2 de la Carta Política, lo que intenta abarcar es la base de la custodia que tiene el estado para proteger a los ciudadanos, enfatizando en el primer postulado que es “la vida” como un derecho universal.

Afirma que a nivel Nacional, Departamental y Municipal, se han emitido diferentes decretos para hacerle frente al virus, toda vez que se observó su crecimiento acelerado de contagios a nivel nacional, generando alertas importantes para todos los ciudadanos, indicando que no es factible dejar de lado que la premisa del Gobierno Nacional desde el inicio de las alertas del virus es la de salvaguardar a toda costa la vida y el bienestar de los ciudadanos, por lo cual se han expedidos sendos decretos buscando adoptar medidas urgentes, perentorias y necesarias de control y vigilancia ante la rápida expansión del mismo en el país.

Relaciona diferentes apartados legales y constitucionales que fundamentan su posición como mandatario y las acciones desarrolladas durante la emergencia sanitaria.

Expone que en ningún momento se ha vulnerado el derecho a la igualdad como una infracción emanada por el estado, aduciendo que los adultos que están más expuestos al virus pueden transitar hasta las 10 de la noche, por ello entiende que las medidas tomadas por el Gobierno Nacional, las Gobernaciones y las Alcaldías apuntan solo a la custodia de la salud de todos los ciudadanos y que los horarios dispuestos en los diferentes decretos asientan es que los adultos tienen deberes y obligaciones que cumplir, tales como la asistencia a sus diferentes empleos y actividades laborales, además de la generación de situaciones de supervivencia y compra de víveres para sus familias, por ello los horarios que se determinaron buscan agilizar todo lo concerniente a las actividades que como mayores de edad deben desarrollar, sin embargo es de conocimiento general que las personas mayores de edad tienen una mayor deficiencia en el comportamiento social, toda vez que ha sido detallado en cada uno de los informes que generan fiestas y reuniones en horarios nocturnos ampliando la velocidad del contagio y con ello el aumento de los riesgos para la comunidad, ello no quiere decir que se tenga una desigualdad, ya que

al no permitir desplazamiento de los menores de edad se busca es la protección de la salud de las personas que son el futuro del país.

Aduce que no se puede dejar de lado los derechos de los menores básicamente a la vida, la alimentación, el agua, la salud, la protección y la familia, situación que no se sale de lo indicado en las primeras líneas de este escrito, toda vez que precisamente lo que se está protegiendo es el primer derecho fundamental detallado en la constitución, la vida de las personas que pueden ser objeto de contagio por el virus.

Expone en lo relacionado con la libertad de locomoción, que es importante indicar y precisar que se tienen claras dos cosas del COVID19, la primera, que es altamente contagioso; y la segunda, que es potencialmente letal para ciertos grupos de personas, por ello y ante estas dos características, se convierten en necesarias las medidas que promuevan el distanciamiento y confinamiento social, destacando que mientras los días avanzan, en distintas partes del mundo se han implementado estrategias que limitan y restringen la libertad de locomoción, tránsito y circulación para evitar la propagación masiva del virus.

Argumenta que se debe tener en cuenta la injerencia del estado en nuestra esfera de libertades, sin embargo, el mundo enfrenta una compleja situación *sui generis* para la cual se requiere la implementación de medidas extraordinarias consideradas drásticas e inadmisibles bajo cualquier otro escenario de manera temporal, mientras dura la crisis en pro del cuidado de los habitantes del territorio nacional, lo cual lleva a establecer formas de protección y cuidado de los ciudadanos ante un escenario donde hay peligrosa contagiosidad y posible letalidad del virus para los grupos específicos, con lo cual la irresponsabilidad de un individuo puede convertirse en una potencial agresión al derecho a la vida de terceros o de muchos ciudadanos a nivel nacional. La implementación de medidas restrictivas ante escenarios como el que vivimos quizá no es el ideal y arrastra consigo varios costos, pero sin duda permite resolver y velar por la protección de la vida de los individuos como bien superior y fundamental en nuestro ordenamiento jurídico.

Finaliza anotando que el Municipio se encuentra presto a las decisiones que se tomen con relación a lo expuesto.

MUNICIPIO DE CALDAS

En misiva de contestación por parte del Ente Municipal, de entrada se aduce que como municipio perteneciente al Departamento de Antioquia, simplemente se acató la medida tomada por la autoridad Departamental.

Alega que no existe vulneración alguna a la presunta afectada y sus hijas menores de edad, dado que la residencia de la representada no está dentro de la jurisdicción del territorio de Caldas Antioquia, resaltando además que las medidas adoptadas están fundadas en la protección del bien jurídico tutelado que es la vida de todas las personas que habitan el territorio nacional.

Argumenta como excepción a la acción de tutela la carencia actual de objeto por daño consumado y la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Por lo anterior, depreca no se acceda al amparo solicitado por parte del actor en favor de su representada y sus hijas menores de edad.

MUNICIPIO DE MEDELLÍN

El doctor Kevin Alejandro Giraldo Camacho, en su calidad de apoderado municipal se pronuncia frente a la presente acción de tutela, exponiendo que no efectuará pronunciamiento al respecto, toda vez que la insatisfacción del actor se presenta respecto de una decisión tomada por la Gobernación de Antioquia.

Detalla que actualmente nos encontramos ante una pandemia por cuenta del virus SARS COV - 2 que causa la enfermedad COVID - 19, hecho que está generando una serie de acciones por cuenta, entre otros, de entidades territoriales con el fin de suministrar las mejores respuestas institucionales posibles, para disminuir su impacto en la población.

Informa que la Ley y la Constitución da facultades a los Alcaldes y Gobernadores para tomar decisiones en pro de garantizar la salud y la vida de los habitantes de sus territorios, en este caso, la Gobernación tomó una medida en todo su departamento y la Alcaldía de Medellín es respetuosa de esas medidas adoptadas y en ese sentido las hace cumplir.

Por lo anterior sin dubitación alguna y considerando que no hay ningún tipo de acción u omisión por parte de la administración de las cuales pueda colegirse algún tipo de afectación a derechos fundamentales, deprecia sea declarada improcedente la presente acción constitucional.

MUNICIPIO DE BELLO

El doctor Hugo Alberto López Duque, en su calidad de secretario jurídico del ente municipal allega escrito de respuesta, en el que inicia indicando que la afectada y sus hijas viven en el municipio de Barbosa, de acuerdo a la dirección que aportan para notificaciones, razón por la cual la administración Municipal no cuenta con registro alguno.

Refiere que las decisiones tomadas por el Gobierno Nacional, el Gobierno Departamental y Gobiernos Locales han sido fundamentadas en pronunciamientos de la OMS, estudios científicos de diferentes instancias (universidades, centros de investigación, estadísticas oficiales), denotando que todas las medidas están enfocadas en la preservación de la vida y la salud como fin único, teniendo en cuenta que el derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental por conexidad al derecho a la vida, al derecho a la integridad personal y a la dignidad humana.

Finaliza indicando que se opone a cada una de las solicitudes hechas mediante el presente escrito tutelar, toda vez que su representado debe acatar las normas de mayor jerarquía que tengan injerencia en la vida municipal.

MUNICIPIO DE LA ESTRELLA

Por parte de esta entidad no se recibió respuesta alguna, a pesar de haber sido notificadas en debida forma¹, por lo tanto, se le dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1.991.

CONSIDERACIONES

Competencia.

Este Despacho es el competente para tomar la decisión de fondo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, el inciso 2°, numeral 1° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000.

Naturaleza de la acción de tutela

En principio debemos recordar que la acción de tutela ha sido consagrada en el artículo 86 de nuestra Carta Política como un mecanismo breve y sumario, contra actos u omisiones de cualquier autoridad pública que viole o vulnere los derechos fundamentales, siempre que no exista otro medio de defensa judicial; también procede contra los particulares en los casos señalados en forma taxativa por la ley, siempre que se encuentren encargados de la prestación de un servicio público, o exista de por medio una relación que implique subordinación o indefensión.

Se encuentra prevista además, según jurisprudencia reiterada de la Honorable Corte Constitucional como un mecanismo de naturaleza subsidiaria para la protección inmediata de los derechos fundamentales, que se encuentra sometida a unos límites mínimos que acreditan que su utilización responda a los principios propios de nuestro sistema de administración de justicia² y ha sido enfática al señalar que no se diseñó para desplazar a los jueces ordinarios del ejercicio de sus propias atribuciones.

En virtud del predicable orden subsidiario y residual de la tutela, la misma sólo procede (i) cuando no existe ninguna otra acción judicial

¹ Ver folio 14 del cuaderno.

² Ver entre otras, las sentencias T-408 de 2002, T-432 de 2002, SU-646 de 1999 y T-007 de 1992.

por la que se pueda resolver un conflicto relacionado con la vulneración de un derecho fundamental;(ii)cuando existiendo otras acciones, éstas no resultan eficaces idóneas para la protección de tales derechos; (iii)cuando aun existiendo acciones ordinarias, resulta imprescindible la intervención del juez de tutela para evitar que ocurra un perjuicio irremediable.

Por ello tal y como lo advierte la Corte Constitucional en razón de su excepcionalidad, no puede abusarse de ella, cuando existan otros medios judiciales idóneos para la definición del conflicto asignado a los jueces ordinarios, con el propósito reiterado de obtener, entre otras consideraciones, un pronunciamiento más ágil y expedito.

Es así, como la Corte Constitucional ha sostenido que existen dos modalidades básicas de procedencia de la tutela; en primer lugar, cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, caso en el cual adquiere el carácter de mecanismo subsidiario y el juez impartirá una orden de carácter definitivo; y, en segundo lugar, cuando existiendo el medio de defensa judicial éste no es idóneo frente a la vía ordinaria por presentarse una situación concreta a fin de evitar un perjuicio irremediable.

Acorde con lo anterior, el Juez de Tutela solo podrá intervenir, cuando se evidencie una flagrante vulneración de los derechos fundamentales, o se presente un desconocimiento absoluto de la normatividad vigente, por lo arbitrario de la actuación bien sea de la administración o incluso de un particular, que raya con la ilegalidad y se presenta arbitraria e injustificada.

Procedencia excepcional de la acción de tutela

La acción de tutela, es un mecanismo de defensa judicial, consagrado para la protección inmediata de los derechos fundamentales que se encuentren amenazados o hayan sido vulnerados por entidades públicas o por los particulares señalados en la ley y que se caracteriza por su naturaleza residual y subsidiaria. En relación con su naturaleza residual, conforme a lo establecido por el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución, la procedencia de la acción de tutela se encuentra sujeta a que el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial para la

protección de sus derechos, o que existiendo, éste no sea idóneo para proveer una protección integral a los derechos fundamentales o no sea lo suficientemente expedito para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En lo pertinente la Honorable Corte Constitucional ha indicado en reiterados pronunciamientos³:

“El artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de amparo constitucional sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Esto significa que la acción de tutela tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual “procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección”. El carácter residual obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución Política a las diferentes autoridades judiciales, lo cual se sustenta en los principios constitucionales de independencia y autonomía de la actividad judicial.

No obstante, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar, cuando se acredita que los mismos no son lo suficientemente idóneos para otorgar un amparo integral, o no son lo suficientemente expeditos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Así lo sostuvo la Corte, en la Sentencia SU-961 de 1999, al considerar que: “en cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria”. La segunda posibilidad es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de forma idónea, circunstancia en la cual es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo de protección definitiva de los derechos fundamentales.

En relación con el primer supuesto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando se presenta una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño

³ Entre otros, en sentencia T-120 de 2015

irreversible. Este amparo es eminentemente temporal, como lo reconoce el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en los siguientes términos: “En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.

Para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, en criterio de este Tribunal, deben concurrir los siguientes elementos: (i) el perjuicio ha de ser inminente, es decir, que está por suceder; (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes; (iii) el perjuicio debe ser grave, esto es, susceptible de generar un daño trascendente en el haber jurídico de una persona; y (iv) exige una respuesta impostergable para asegurar la debida protección de los derechos comprometidos. En desarrollo de lo expuesto, en la Sentencia T-747 de 2008^[15], se consideró que cuando el accionante pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, tiene la carga de “presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela.”

En cuanto al segundo evento, se entiende que el mecanismo ordinario previsto por el ordenamiento jurídico para resolver un asunto no es idóneo, cuando, por ejemplo, no permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución integral frente al derecho comprometido. En este sentido, esta Corporación ha dicho que: “el requisito de la idoneidad ha sido interpretado por la Corte a la luz del principio según el cual el juez de tutela debe dar prioridad a la realización de los derechos sobre las consideraciones de índole formal. La aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, teniendo en cuenta, las características procesales del mecanismo, las circunstancias del peticionario y el derecho fundamental involucrado”.

Finalmente, reitera la Sala que en atención a la naturaleza eminentemente subsidiaria de la acción de tutela, esta Corporación también ha establecido que la misma no está llamada a prosperar cuando a través de ella se pretenden sustituir los medios ordinarios de defensa judicial. Al respecto, la Corte ha señalado que: “no es propio de la acción de tutela el [de ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales”.

Acudiendo al principio de subsidiariedad que rige esta especialísima acción, la Honorable Corte Constitucional reiteró, en sentencia T-282 de 2016, que en principio, el Juez de Tutela no es competente para analizar asuntos de materia contractual, aceptado la procedencia de la

acción de tutela de forma excepcional, especialmente en aquellos casos en que se pueda configurar una afectación a derechos fundamentales.

Improcedencia de la acción de tutela ante la inexistencia de una conducta que atente o ponga en riesgo el derecho fundamental.

La Honorable Corte Constitucional ha sido enfática al destacar la improcedencia de la acción de tutela cuando no se evidencia acto tendiente a socavar o poner en riesgo los derechos fundamentales, indicando al respecto:⁴

“El objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria de los derechos fundamentales, “cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares [de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto 2591 de 1991]”. Así pues, se desprende que el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.

En el mismo sentido lo han expresado sentencias como la SU-975 de 2003[18] o la T-883 de 2008, al afirmar que “partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5º y 6º del [Decreto 2591 de 1991], se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales (...) En suma, para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulnere los derechos fundamentales existan (...)”, ya que “sin la existencia de un acto concreto de vulneración a un derecho fundamental no hay conducta específica activa u omisiva de la cual proteger al interesado (...)”.

Y lo anterior resulta así, ya que si se permite que las personas acudan al mecanismo de amparo constitucional sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas, y que por tanto no se hayan concretado en el mundo material y jurídico, “ello resultaría violatorio del debido proceso de los sujetos pasivos de la acción, atentaría contra el principio de la seguridad jurídica y, en ciertos eventos, podría constituir un indebido ejercicio de la tutela, ya que se permitiría que el peticionario pretermite los trámites y procedimientos que señala el ordenamiento jurídico como los adecuados para la obtención de determinados objetivos específicos,

⁴ Corte Constitucional T-130 de 2014

para acudir directamente al mecanismo de amparo constitucional en procura de sus derechos”.

Así pues, cuando el juez constitucional no encuentre ninguna conducta atribuible al accionado respecto de la cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, debe declarar la improcedencia de la acción de tutela” -
Negritillas y subrayas fuera de texto-“.

El caso concreto

Corresponde entonces a esta Judicatura determinar de entrada, si se encuentra siendo flagrantemente vulnerados los derechos constitucionales fundamentales invocados por el doctor **SERGIO ESTRADA VÉLEZ**, como apoderado especial de la señora **SANDRA MILENA GUTIÉRREZ RUIZ** y sus hijas menores **ALEJANDRA** y **EVELYN DELGADO GUTIÉRREZ**, y así mismo establecer, si a través de este mecanismo de protección constitucional, resulta pertinente conjurar aquel agravio.

Pues bien, sea menester comenzar por indicar que de los elementos del libelo constitucional no se evidencia la presunta vulneración de los derechos fundamentales aludidos, además de que la afectación debe ser probada sumariamente para llegar a la conclusión de que es inexorable la intervención del Juez Constitucional; es así que como se indicara en el acápite pertinente, se han establecido unos parámetros que permiten constatar la vulneración a tales derechos, los cuales encuentra el Despacho que no se satisfacen a cabalidad en este evento en particular.

A dicha conclusión es dable arribar si se tienen en cuenta las condiciones particulares de la señora **SANDRA MILENA GUTIÉRREZ RUIZ** y sus dos hijas menores de edad, y el acopio probatorio, del cual puede inferir esta Juez Constitucional, que si bien los niños son sujetos de especial protección, en este caso *sub-judice* no se vislumbra ese detrimento o perjuicio irremediable que cree la necesidad incuestionable de la intervención de esta Judicatura, haciéndose nugatorio aludir a afrenta alguna, toda vez que si bien el Despacho no desconoce el escenario atípico que estamos viviendo no solo en nuestro país sino a nivel mundial, a raíz de las diferentes medidas adoptadas para dar respuesta a la emergencia sanitaria decretada por el COVID19,

tampoco puede dejar de lado que el Gobierno Nacional a través del Decreto 1168 del 25 de agosto del 2020, se dispuso que a partir del 1° de septiembre de la anualidad, iniciaría la fase denominada **“AISLAMIENTO SELECTIVO CON DISTANCIAMIENTO INDIVIDUAL RESPONSABLE”**, la cual tiene como objetivo reducir la velocidad de transmisión, pero dejando en casa aquellas personas enfermas o potencialmente enfermas (con síntomas, algún tipo de afecciones respiratorias o población catalogada como potenciales transmisores o de fácil adquisición del virus); período que demanda de cada ciudadano dar cumplimiento a los protocolos de bioseguridad y asumir una actitud responsable de **AUTOCUIDADO**; máxime cuando esta etapa lleva intrínseca la corresponsabilidad como elemento fundamental ESTADO-CIUDADANO, pues comenzamos a regirnos, ya no por excepciones, sino por **restricciones puntuales**, restricciones que en ciertos escenarios especialísimos deben readecuarse para responder de manera efectiva a la situación de emergencia sanitaria en la que estamos inmersos y así evitar la propagación desacelerada del virus, que en el peor de los casos podría ocasionar un perjuicio irreversible.

Es así que las medidas adoptadas no pueden ser analizadas de manera aislada como lo pretende el actor, debe hacerse un estudio dentro del contexto de esta situación irregular que estamos viviendo, donde es claro que al identificarse un factor generador de alto riesgo de contagios, se ponderó por parte de los entes Gubernamentales salvaguardar los derechos a la salud y la vida que se proclaman transgredidos, pudiéndose estimar que no se demostró ese quebranto a la esfera familiar, personal y de recreación que fundamentó el presente trámite constitucional, evidenciándose contrario a ello un actuar diligente y de cuidado, como deber rector de las entidades públicas accionadas.

Ahora bien, no puede omitirse referirse la Judicatura sobre la festividad enfocada más a los niños y adolescentes, celebración importada a nuestra cultura denominada como **“HALLOWEEN o DÍA DE BRUJAS”** la cual tendría lugar el fin de semana donde fue decretado el **“TOQUE DE QUEDA Y LEY SECA POR LA VIDA EN EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA”**, sin embargo, si bien es cierto que en la actualidad nos encontramos en una fase regida en su totalidad por **“AUTOCUIDADO”** para mitigar el impacto negativo que ha generado en el mundo el COVID19, no podemos dejar de lado que la celebración tornaba imperioso adoptar

medidas contundentes, pues los protagonistas del puente festivo serían los niños, ya que es de conocimiento de todos que la tradición para la fecha es acompañar a los menores disfrazados con el fin de recolectar dulces, convirtiéndose entonces en la población de alto riesgo, puesto que aunque en su mayoría van acompañados de sus padres o un adulto responsable, el intercambio de dulces o ese sentido de compartir que predomina en los infantes, generaría un foco alto de contagios que debía abatirse de una forma efectiva.

Al mismo tiempo, la igualdad que se proclama por parte del accionante fundamentado en los horarios asignados a los mayores de edad y la restricción total para los menores, hace que sea imperioso para la Judicatura recordarle que la igualdad se traduce en la obligación de tratar idénticamente situaciones **análogas** en su totalidad, es decir, solo deberá ser aplicable en aquellos casos donde está implícita la similitud y carecen de diferencias, igualdad entonces que se ve reflejada al estudiarse de fondo las limitaciones impuestas a los mayores de edad, pues la tradición de esa población son las fiestas de disfraces, por lo que se prohibió el expendio de bebidas embriagantes y su circulación después de las 10:00 p.m, esto con el fin de evitar aglomeraciones en sitios públicos o en residencias; es por esto que si bien se estipularon ciertas libertades para un grupo de la población, esto iba encaminado más a los deberes, ocupaciones y diligencias que por ostentar dicha condición se tiene. Es con base en ello, que no podría proclamarse por este Despacho la desigualdad y agravio de derechos fundamentales expuestos por el actor en favor de su representada y sus hijas menores de edad, pues las entidades Municipales y Departamentales con el objetivo del ocio y sano esparcimiento estipularon todo tipo canales virtuales de público acceso para disfrutar de eventos dirigidos única y exclusivamente a los niños, como concurso de disfraces, dinámicas, música etc, de los cuales la madre podía elegir el que mejor se adecuara a sus condiciones y modos por ella practicados de diversión para con las menores bajo su custodia, pues no puede olvidarse que la situación que enfrentamos ha hecho que todos cambiemos nuestra forma de vivir, acciones, tradiciones y maneras de disfrutar ciertas fechas; caso diferente sería que ningún tipo de restricción se hubiera impuesto a la demás población o no existiera una costumbre tan arraigada prevista para el puente festivo.

Para finalizar, esta Juez Constitucional deberá hacer una apreciación sucinta en lo que respecta al fenómeno catalogado como “**CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO**”, advirtiendo que no es dable aplicarla en el caso concreto, pues no se cumplen con los lineamientos expuesto por nuestro Órgano Supremo, entre otras en la sentencia T-038/2019 donde manifiesta que sólo se presenta cuando se ejecuta el daño o la afectación que se pretendía evitar con la acción de tutela, de tal manera que, el juez no puede dar una orden al respecto con el fin de hacer que cese la vulneración o impedir que se materialice el peligro, escenario que no se presenta en el asunto que nos ocupa al no configurarse el daño pregonado.

Debe hacerse un paréntesis para indicar, que de manera paralela el apoderado de la presunta afectada y sus hijas menores de edad, demandó a través de este mecanismo de protección constitucional, se diera respuesta por parte de los entes gubernamentales a los particulares cuestionamientos que lanza en torno a las medidas adoptadas, debiendo indicársele al togado frente a este tópico particular que la acción de tutela no puede ser utilizada como un medio alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, habiendo quedado sentado dentro del trámite que ninguna solicitud elevó ante las entidades accionadas propendiendo por que fueran resueltos sus cuestionamientos, desconociéndose entonces la razón por la cual acude a la acción de tutela procurando un pronunciamiento en este sentido.

Por lo anterior, en el presente caso la acción de tutela instaurada por el doctor **SERGIO ESTRADA VÉLEZ**, como apoderado especial de la señora **SANDRA MILENA GUTIÉRREZ RUIZ** y sus hijas menores **ALEJANDRA** y **EVELYN DELGADO GUTIÉRREZ**, no está llamada a prosperar, en la medida en que ninguna afrenta a los derechos constitucionales susceptibles de protección se encuentra demostrada; siendo ello así, impera **NEGAR** el amparo constitucional increpado.

Ejecutoriada la presente decisión, de no ser impugnada⁵, se remitirá a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

⁵ Decreto 2591 de 1991, artículo 31. Impugnación del fallo. Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato.

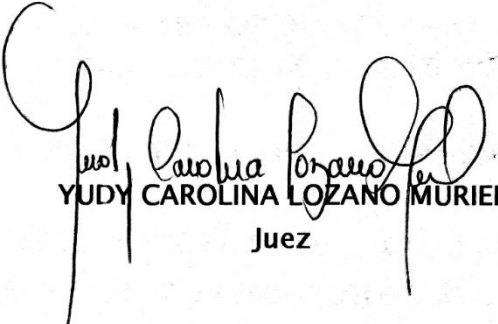
En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO CUARENTA Y CINCO PENAL MUNICIPAL DE MEDELLÍN CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela interpuesta por el doctor **SERGIO ESTRADA VÉLEZ**, como apoderado especial de la señora **SANDRA MILENA GUTIÉRREZ RUIZ** y sus hijas menores **ALEJANDRA** y **EVELYN DELGADO GUTIÉRREZ**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE la presente decisión a las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5° del decreto 306 de 1992, en armonía con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y de no ser impugnado el mismo, una vez alcance formal ejecutoria, envíese a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


YUDY CAROLINA LOZANO MÚRIEL
Juez