



JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Acción de Tutela: 2020-00310

Accionante: ALBERTO ELÍAS GONZÁLEZ MEBARAK-

**Autoridad Accionada: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y
PROTECCIÓN SOCIAL -.**

Revisado el expediente de la acción de la referencia, procede el despacho a resolver las solicitudes de modulación de la sentencia dictada el 25 de noviembre de 2020, allegadas tanto por el accionante como por el señor Procurador 88 Judicial I para Asuntos Administrativos de la Ciudad de Bogotá, radicados los días 9 y 10 diciembre de la presente anualidad respectivamente.

1. ANTECEDENTES:

1.1.- El señor Alberto Elías González Mebarak, solicita la modulación de la sentencia dictada por el suscrito juez, en el entendido de eliminar la exigencia de la cuarentena por 14 días a los viajeros que ingresen al país, al considerar que dicha medida resulta inane; esto, en razón a lo acordado en la audiencia convocada por el Procurador General de la Nación, en la que participaron el Ministro de Salud y Protección Social, el Procurador Judicial Delegado para asuntos de Salud, el accionante y el suscrito Juez, entre otros.

Aunado a lo anterior, considera el memorialista que, en el escrito de tutela no hizo parte de las peticiones, la necesidad de realizar cuarentena por 14 días a los viajeros que ingresan al país, siendo suficiente la exigencia de la prueba PCR para COVID-19, como una medida idónea para proteger el derecho a la salud y a la vida, y la más eficaz para impedir un aumento exponencial de contagios por coronavirus en el país, como se acreditó en el mencionado fallo.

Se refiere igualmente a la sentencia T-086 de 2003 que regula la posibilidad de modulación de un fallo de tutela de manera excepcional,

concluyendo que: “ (...) la medida tomada relacionada con a (sic) la obligación de realizar cuarentena de 14 días en el lugar de vivienda o alojamiento previsto, deviene inane, pues al evidenciar que no hay capacidad para hacer un seguimiento y control real y eficaz, por parte del Ministerio de Salud y de Centro Nacional de Rastreo, resulta ineficaz e inútil implementar la obligatoriedad de dicha cuarentena, y lograr su efectivo y real cumplimiento es casi imposible al no contar con los medios tecnológicos y de personal para hacerlo, traduciéndose esto en la falta de idoneidad de la medida para proteger el derecho fundamental amparado”.

Finalmente, solicita se mantenga en lo demás incólume el fallo de tutela y se proceda a dar cumplimiento al mismo por parte de la entidad.

1.2.- Por su parte, el **Procurador 88 Judicial I para Asuntos Administrativos de la Ciudad de Bogotá D.C.**, asignado a este despacho, solicita modular el fallo proferido el pasado 25 de noviembre, bajo los siguientes argumentos:

En primer término, también basado en el diálogo sostenido el día 09 de diciembre calendario, con el Ministerio Público, las partes intervinientes y el suscrito juzgador, considera que la mejor manera de sortear las dificultades allí planteadas, para garantizar el cumplimiento efectivo, completo y satisfactorio del fallo proferido, consisten en realizar la modulación del mismo, sin alterar el contenido iusfundamental de la decisión ni del núcleo esencial de los derechos amparados en ella, y que se permita a la accionada adoptar todas las actuaciones y medidas que garanticen ese cumplimiento en defensa de los derechos constitucionales fundamentales a la salud y la vida de los habitantes del territorio nacional, dentro del marco de lo que es la política pública que se ha diseñado para enfrentar la pandemia mundial, que ha sido ajustada según varía la dinámica de dicha emergencia.

De igual manera, señala el señor procurador que, de acuerdo con las publicaciones científicas disponibles a la fecha y con los comunicados de expertos, se puede concluir que: “si bien las restricciones adoptadas al inicio de la pandemia resultaban necesarias y pertinentes con el fin de intentar contener la propagación del virus, su eficacia se vio menguada a raíz de la circulación comunitaria y los contagios autóctonos, al punto de resultar, actualmente, en un nivel de eficacia casi nulo debido a estos factores de comportamiento interno de la pandemia”.

Luego de reiterar las diferentes explicaciones y planteamientos del Ministerio de Salud, las diferentes fases y medidas tomadas para cada una de ellas, la demostración de la transmisión comunitaria, la evidencia científica disponible, manifiesta el procurador que: "...luego de la etapa de mitigación y con posterioridad al levantamiento de la cuarentena obligatoria, cuando se reactivaron los vuelos internacionales, se implementó la medida de exigir la presentación de la prueba PCR negativa como una condición para abordar los vuelos con destino a Colombia, mientras se evaluaba su eficacia para evitar la transmisión de virus, pero una vez evaluadas esas medidas y el estado de la situación nacional frente a la circulación del virus en el territorio nacional, se concluye que cuando existe transmisión comunitaria dichas medidas devienen en verdaderamente ineficaces, lo que está sustentado en los datos oficiales del SIVIGILA, analizados por la dirección de epidemiología del Ministerio de Salud y Protección Social".

Igualmente, hace alusión a los datos observados el 4 de diciembre de 2020, sobre los cuales indica que, del 0,07% de los casos acumulados de COVID-19 en el país corresponden a casos importados, en contraste con el 99,93% que corresponden a casos autóctonos (Sivigila), situación que se corrobora según el señor procurador con lo señalado en los comunicados de la organización Mundial de la Salud y el CDC Europeo, y organismos internacionales de referencia, al manifestar que:

"(...)

1. El porcentaje de individuos que presentan COVID-19 entre los viajeros internacionales, tiende a ser menor en comparación con la población que habita el territorio destino, es decir que es mucho más probable que una persona que circule en el país contage a otros, a que lo haga un viajero que ingrese al país sin prueba PCR.
2. La capacidad de la prueba PCR de detectar como un caso positivo para el virus SARS-CoV-2 a las personas que son asintomáticas y no tienen contactos positivos, es baja, por lo que la tasa de resultados falsamente negativos es alta. Los resultados negativos en personal que tienen carga viral, puede llegar a ser hasta el 66%.
3. La prueba PCR con resultado negativo genera una sensación de seguridad que incita a disminuir las medidas de prevención, lo que resulta inconveniente si se trata de un falso negativo.
4. Desde el momento de la toma de la muestra hasta la fecha del viaje, existe posibilidad de exponerse al virus si se relajan las medidas de bioseguridad personales, al tener la percepción de una prueba negativa.
5. Considerando las diferentes medidas adaptadas por los gobiernos en cuanto a la toma de la muestra PCR, existen dificultades para que los viajeros consigan tomarse la prueba PCR, así como obtener los resultados en los tiempos estipulados, para el ingreso al país.
6. No existe un registro mundial de laboratorios certificados y no es posible verificar si el documento es o no fraudulento."

Acude asimismo, al pronunciamiento de la Asociación Colombiana de Infectología del 7 de diciembre, de las indicaciones de la Organización

Panamericana de la Salud y del Centro para el Control y la Prevención de Enfermedades de Europa (ECDC) para solicitar finalmente que:

“...se module el fallo proferido el pasado 25 de noviembre, por el cual este Despacho resolvió la actuación constitucional que nos ocupa, amparando los derechos fundamentales cuya protección invocó el accionante, y que fue además aclarado por auto adiado el 3 de diciembre; modulación que se solicita se realice bajo el siguiente parámetro o propósito:

Se ordene al Ministerio de Salud y Protección Social, como accionada y máxima autoridad sanitaria nacional, que respecto de las medidas concretas que deban implementarse para enfrentar la situación de contención en la propagación del virus SARS-CoV-2 en el marco del estado de emergencia decretado por cuenta de la pandemia que afecta a todo el planeta, y particularmente respecto al control en el ingreso al territorio nacional por parte de personas que vienen del exterior, con el fin de ejercer un cerco epidemiológico eficaz, entre ellas la exigencia de la toma de pruebas PCR a los viajeros así como su aislamiento obligatorio, deberán ser analizadas, definidas, establecidas e implementadas y exigidas según criterios técnicos especializados que, además de contar con el debido sustento científico, deben resultar eficaces para controlar el estado de propagación del virus en el territorio nacional atendiendo la situación actual, en aras de salvaguardar y garantizar la protección efectiva de los derechos constitucionales a la salud y la vida de la población del país y que fueron objeto de amparo en virtud de la decisión proferida en este asunto.”

1.3. Una vez se corrió traslado de la solicitud de modulación, a través de auto del 11 de diciembre anuario, el accionante presenta escrito el 16 del este mismo mes, se opone a la petición elevada por el Ministerio Público, por considerar improcedente, bajo los siguientes argumentos:

1.3.1. *Del principio de inmutabilidad de las sentencias y la seguridad jurídica: Hace referencia a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre la prohibición que tiene el juez de modificar o revocar su propia sentencia, para señalar que, con ello se afectaría gravemente el principio de seguridad jurídica y daría pie a la ineficacia de todos los fallos de los jueces, traslapando principios constitucionales superiores, como la inmutabilidad de las sentencias, la cosa juzgada y el debido proceso.*

1.3.2. *De la procedencia excepcional de la Modulación de los fallos de tutela. Se basa también en la sentencia T-068 de 2003, sobre los presupuestos que señaló la Corte Constitucional para proceder de manera excepcional a la modulación de un fallo de tutela, de los cuales aduce que dicha modulación es viable en los casos allí mencionados por el citado tribunal constitucional, siempre que se realice con la finalidad de cumplir eficazmente la orden original de la sentencia y que dicha modulación no puede implicar un cambio absoluto de la orden impartida inicialmente.*

1.3.3. De la aplicación de las reglas frente a la solicitud de modulación de la Procuraduría, en el caso concreto: Luego de extraer del escrito del señor Procurador delegado, la parte relacionada con la petición, indica que la misma no está llamada a prosperar por ser abiertamente improcedente, y lo que se pretende es que el juzgado discuta o revoque la orden original y principal, la cual fue objeto de debate en el asunto de fondo, como es la exigencia de la prueba PCR negativa para COVID- 19 a los viajeros que ingresan al país.

De igual manera, respecto de la aplicación de las reglas en la solicitud de modulación, afirma que no se puede desconocer que la decisión del asunto ya fue discutida y tomada, tutelando sus derechos a la vida y la salud, siendo la única medida requerida y analizada de fondo, la obligatoriedad de la prueba PCR para covid-19, por lo que no se puede confundir la facultad de modulación de la sentencia, con la modificación de la orden original, que para el caso fue la suspensión de la Resolución 1972 de 2020.

1.3.4. De la consecuencia de la transgresión a los principios constitucionales del estado de derecho: Evidencia el actor, que se pretende revocar el fallo proferida en el proceso de tutela, lo cual considera atenta gravemente el principio a la seguridad jurídica.

Con base en lo expuesto, el señor González Mebarak, presenta las siguientes conclusiones:

“a-Modular el fallo de tutela en los términos propuestos en la solicitud del Procurador, vulnera el principio de inmutabilidad, la seguridad jurídica, cosa juzgada y el derecho al debido proceso.

b- En el caso concreto, la modulación del fallo, planteada en los términos propuestos por la Procuraduría, es improcedente, pues con ella se persigue revocar el asunto de fondo del fallo y modificar la orden original, ues pretende que el juez no exija la prueba PCR negativa para COVID 19 a los pasajeros que ingresan al país.

c-El escrito del Procurador pretende hacer caer en error al Juez al hacer uso de una figura excepcional con la única finalidad de modificar de fondo la sentencia, pudiendo hacerlo caer en la conducta punible contenida en el artículo 413 del Código Penal.”

2.- CONSIDERACIONES:

Procede el despacho a resolver las solicitudes de modulación de la decisión proferida dentro de la sentencia de tutela complementada dictada el 25 de noviembre de 2020, de conformidad con las siguientes consideraciones:

2.1.- En primer lugar, se debe precisar que el Decreto 2591 de 1991, que reglamentó la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, no reguló nada de manera expresa respecto de la modulación, o complementación de la sentencia de tutela; no obstante, recordemos que el artículo 23 del referido estatuto acerca de la protección del derecho tutelado dispuso:

“Cuando la solicitud se dirija contra una acción de la autoridad el fallo que conceda la tutela tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible.

Cuando lo impugnado hubiere sido la denegación de un acto o una omisión, el fallo ordenará realizarlo o desarrollar la acción adecuada, para lo cual se otorgará un plazo prudencial perentorio. Si la autoridad no expide el acto administrativo de alcance particular u lo remite al juez en el término de 48 horas, éste podrá disponer lo necesario para que el derecho sea libremente ejercido sin más requisitos. Si se hubiere tratado de una mera conducta o actuación material, o de una amenaza, se ordenará su inmediata cesación, así como evitar toda nueva violación o amenaza, perturbación o restricción.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto.”

Por su parte el artículo 27 *ibidem*, que trata del cumplimiento del fallo expresa:

“Proferido el fallo que conceda la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario en su caso.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.

De la citada normativa se encuentra que, el juez constitucional para procurar la protección de los derechos fundamentales, debe establecer los efectos del fallo y como competente debe velar por el cumplimiento de la decisión, apreciando en todo caso, la obligación del accionado que sea de hacer, frente a la orden impartida, para que su respuesta no sea simplemente mera formalidad.

Así las cosas, tal y como se analizó en el auto de aclaración de la sentencia, el artículo 4º del Decreto 306 de 1992, por el cual se reglamenta el Decreto 2591 del 19 de noviembre de 1991, remitió a los principios generales del

Código General del Proceso por aplicación directa. Para el caso de estudio, el artículo 285 estableció que:

“La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.

Aunado a ello, el artículo 287 del citado estatuto procesal, permite la adición de la sentencia cuanto ésta omite resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, lo cual debe hacerse a través de decisión complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.

2.2.- El suscrito juez constitucional, mediante sentencia de 25 de noviembre de 2020, tutela los derechos fundamentales a la vida y a la salud incoados por el señor Alberto Elías González Mebarak en calidad de accionante y ordena:

“(...)la suspensión inmediata de la modificación efectuada en el artículo 1 de la Resolución No. 1972 del 04 de noviembre de 2020, respecto a la no exigencia, previo al embarque del país de origen la prueba PCR con resultado negativo, proferido por el Ministerio de Salud y Protección Social y se exija como requisito de ingreso al país, certificado de la prueba PCR con resultado NEGATIVO, para el virus COVID-19, a cada uno de los viajeros que ingresen por vía aérea, así mismo, se cumpla la cuarentena o aislamiento preventivo por el término de 14 días en el lugar de vivienda o alojamiento previsto con antelación por cada viajero”

Posteriormente, el Ministerio de Salud y Protección Social, presenta una serie de interrogantes, el despacho a través de providencia adiada el 03 de diciembre calendario, aclara y adiciona la citada sentencia de la siguiente forma:

PRIMERO: Se accede a la aclaración presentada por la apoderada del Ministerio de Salud y Protección Social en el numeral segundo de la sentencia del 25 de noviembre de 2020, en el entendido que el tipo de prueba a exigir como requisito de ingreso al país, es el certificado de la prueba PCR que determine el SARS-Cov-2 resultado NEGATIVO, en las mismas condiciones como se exigía en el numeral 4 del anexo de la Resolución No. 1627 del 25 de septiembre de 2020.

SEGUNDO: Adicionar el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia del 25 de noviembre de 2020, de la siguiente manera:

SEGUNDO: Ordenar la suspensión inmediata de la modificación efectuada en el artículo 1 de la Resolución No. 1972 del 04 de noviembre de 2020, respecto a la no exigencia, previo al embarque del país de origen la prueba PCR con resultado negativo, proferido por el Ministerio de Salud y Protección Social y se exija como requisito de ingreso al país, certificado de la

prueba PCR con resultado NEGATIVO, para el virus COVID-19, a cada uno de los viajeros que ingresen por vía aérea, así mismo, se cumpla la cuarentena o aislamiento preventivo por el término de 14 días en el lugar de vivienda o alojamiento previsto con antelación por cada viajero.

2.1. La prueba PCR debe exigirse hasta que se presenten las siguientes condiciones:

- *Cuando se tenga una vacuna segura y eficaz.*
- *Cuando se cumpla con los factores de análisis que faciliten la toma de decisión, de acuerdo con lo indicado por la OMS, relacionados con la epidemiología y las pautas locales de transmisión, las medidas nacionales de salud pública y sociales para controlar los brotes tanto en el país de origen como en el de destino, la capacidad de los servicios de salud pública y de salud a nivel nacional y subnacional, para gestionar los casos sospechosos y confirmados entre los viajeros, incluidos los puntos de entrada (puertos, aeropuertos, pasos fronterizos terrestres), para mitigar y gestionar el riesgo de importación o exportación de la enfermedad y la evolución de los conocimientos sobre la transmisión de la COVID-19 y sus características clínicas¹.*

- *Que el gobierno nacional decrete la terminación de la emergencia sanitaria en el territorio nacional, con las condiciones epidemiológicas adecuadas, suficientes y seguridad en salud pública para la población; esto en razón a que, el país se encuentra en emergencia sanitaria hasta el 28 de febrero de 2021, de acuerdo con la instrucción e indicaciones dadas el pasado 25 de noviembre hogaño, por parte del Ministro de Salud, por lo que se hace necesario actuar consecuentemente, protegiendo la vida y la salud pública de la población colombiana, a través de la adopción de **todas** las medidas que favorezcan la protección de estos derechos, esto es, contener, disminuir y mitigar las consecuencias del virus; así las cosas, se deben seguir previniendo nuevos contagios, disminuyendo el número de personas que circulan dentro del país y que sean asintomáticas, redundando en una menor probabilidad de aumento en los riesgos de colapso del sistema de salud pública.*

2.2. Las personas que tengan una prueba tomada por un término superior a 48 horas, aunque sea resultado negativo, deben cumplir con el aislamiento preventivo de 14 días.

2.3. Esta prueba se exigirá a todos los pasajeros incluidos los niños de 2 años en adelante.

2.4. El despacho otorga un término de 96 horas contadas a partir de la notificación del presente auto, para dar inicio al cumplimiento de la orden enunciada en el numeral anterior, cumplido éste término se debe exigir el certificado de toma de prueba PCR que determine el SARS-Cov-2 NEGATIVO a todos los viajeros a excepción de los menores de 2 años, conforme a la parte motiva."

2.3.- Una vez aclarada y adicionada la sentencia dentro del término de ejecutoria, el Procurador General de la Nación programa una reunión virtual con las partes, la cual se llevó a cabo el pasado 9 de diciembre, de donde se propone la necesidad de modular las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, dentro de los términos de la ley y la jurisprudencia especialmente la sentencia T-086 de 2003 proferida por la Corte Constitucional.

2.4.- Siguiendo tales lineamientos, el despacho procede a estudiar la referida providencia y encuentra que:

El citado tribunal constitucional, en sentencia dictada el 06 de febrero de 2003, dentro del expediente T-650948, magistrado Ponente: Dr.

¹<https://www.who.int/es/news-room/articles-detail/public-health-considerations-while-resuming-international-travel>

Manuel José Cepeda Espinosa, a través de la Sala Tercera de Revisión, dentro de una acción de tutela en contra de la Sala Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior de Cartagena, resuelve los siguientes interrogantes²:

“¿Desconoce un juez de tutela el principio de la cosa juzgada, y con ello el derecho al debido proceso, al alterar la orden impartida en la sentencia que dio fin al proceso, en actuaciones procesales posteriores a ésta y encaminadas a lograr el cumplimiento de la misma? Y específicamente, ¿puede el juez competente de resolver la consulta en un incidente por desacato, alterar o complementar la orden impartida originalmente en el fallo de tutela?”

Para resolver dichos interrogantes, la Corte realiza el siguiente análisis:

**-De la Cosa juzgada de las sentencias de tutela. Diferencia entre la decisión de proteger un derecho constitucional y las órdenes que aseguran el cese de la violación o la amenaza; competencia especial del juez de tutela para modular las órdenes en las circunstancias del caso concreto con el fin de asegurar el goce efectivo del derecho amparado.*

(...)

*3.1. La misión primordial que la Constitución encomienda al juez de tutela es decidir si en cada caso concreto el derecho invocado por el accionante ha sido violado o amenazado y, en caso de que así sea, es su deber tutelarlos y, en consecuencia, tomar las medidas necesarias para que cese la violación o la amenaza. **Entonces, se pueden distinguir dos partes constitutivas del fallo: la decisión de amparo, es decir, la determinación de si se concede o no el amparo solicitado mediante la acción de tutela, y la orden específica y necesaria para garantizar el goce efectivo del derecho amparado.** El principio de la cosa juzgada se aplica en términos absolutos a la primera parte del fallo, es decir, a lo decidido. Por lo tanto, la decisión del juez de amparar un derecho es inmutable y obliga al propio juez que la adoptó. Como la orden es consecuencia de la decisión de amparo y su función es la de asegurar el goce efectivo del derecho en el contexto fáctico particular de cada caso, los efectos de la cosa juzgada respecto de la orden específica tienen unas características especiales en materia de acción de tutela. **Las órdenes pueden ser complementadas para lograr “el cabal cumplimiento” del fallo dadas las circunstancias del caso concreto y su evolución. Tal fue la determinación del legislador extraordinario, quien definió en el propio estatuto de la acción de tutela (Decreto 2591 de 1991) que el juez no pierde la competencia, y está facultado a tomar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de la decisión, es decir, proteger el derecho fundamental afectado.** Dice el decreto:*

(...)

*3.2. El que se mantenga la competencia del juez de tutela con respecto a los remedios específicos que éste puede adoptar para corregir la situación, se funda en dos razones. En primer lugar, se trata de una regla necesaria para cumplir con el mandato según el cual todas las autoridades estatales deben garantizar el goce efectivo del derecho (artículo 2 C.P.). Por encima de las dificultades prácticas y trabas formales, el juez está llamado a tomar las medidas que se requieran para que, en realidad, la persona afectada pueda disfrutar de su derecho. **Una sentencia de tutela no puede quedar escrita, tiene que materializarse en conductas positivas o negativas a favor de las personas cuyo derecho fue amparado.** La segunda razón es que el remedio*

² Consideración 2. Problema jurídico- Sentencia 086-2003

al que recurre un juez constitucional para salvaguardar un derecho, en ocasiones no supone órdenes simples, ejecutables en un breve término mediante una decisión única del destinatario de la orden, sino órdenes complejas, es decir, mandatos de hacer que generalmente requieren del transcurso de un lapso significativo de tiempo, y dependen de procesos decisorios y acciones administrativas que pueden requerir el concurso de diferentes autoridades y llegar a representar un gasto considerable de recursos, todo lo cual suele enmarcarse dentro de una determinada política pública. Este punto se abordará más adelante.

3.3. Por lo tanto, **el juez de tutela no desconoce el orden constitucional vigente al modificar o alterar aspectos accidentales del remedio dispuesto para evitar que se siga violando o amenazando el derecho fundamental de una persona que ha reclamado su protección, siempre y cuando lo haga en aquellos casos en que sea necesario para asegurar el goce efectivo del derecho y dentro de los límites de sus facultades.** Es el propio ordenamiento, en el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991, el que mantiene en cabeza del juez de tutela la competencia para adoptar las medidas encaminadas a que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza. (Negrilla y Subrayado fuer del texto)

Sobre la competencia restringida del juez de tutela para modificar órdenes, en especial cuando estas son complejas, precisa la corte varios parámetros a saber:

“(...)

4.1. En primer lugar, la modificación de la orden impartida por el juez no puede tener lugar, en cualquier caso. Este debe corroborar previamente que se reúnen ciertas condiciones de hecho que conducirán a que, dadas las particularidades del caso, el derecho amparado no vaya a ser realmente disfrutado por el interesado o que se esté afectando gravemente el interés público. Esto puede suceder en varias hipótesis: (a) cuando la orden por los términos en que fue proferida nunca garantizó el goce efectivo del derecho fundamental tutelado o lo hizo en un comienzo, pero luego devino inane; (b) en aquellos casos en que su cumplimiento no es exigible porque se trata de una obligación imposible o porque implica sacrificar de forma grave, directa, cierta manifiesta e inminente el interés público; y (c) cuando es evidente que siempre será imposible cumplir la orden.

4.1.1. (a) Que la orden pueda ser modificada cuando nunca protegió el derecho, devino inane o simplemente no es posible cumplirla, es algo que se deriva de la función misma de la tutela. En este sentido apuntan tanto la consagración constitucional que exige a los jueces garantizar el goce efectivo de los derechos (artículos 2 y 86, C.P.) como el Decreto 2591 de 1991 (art.27), que señala expresamente que el juez de tutela mantiene la competencia del proceso “(...) hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.”

4.1.2. (b) El segundo caso, cuando haya una afectación grave, directa, cierta, manifiesta e inminente del interés público, surge también de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991. La Carta Política no solo valora el interés general (artículo 1 C.P.) que comprende la protección de los derechos de todos, sino que fija como uno de los parámetros para que el juez de tutela intervenga en la defensa de los derechos de una persona frente a un particular, que la conducta de éste “(...) afecte grave y directamente el interés colectivo” (acento fuera del texto normativo, artículo 86, C.P.) Por lo tanto, si una vulneración grave y directa del interés colectivo justifica la intervención del juez de tutela respecto del ejercicio de actividades por parte de particulares, en modo alguno puede el juez, precisamente, afectar de forma grave y directa dicho interés, mediante la orden que imparta en la sentencia. Este límite también surge del artículo 7° del Decreto 2591 de 1991 en el que se otorga competencia al juez de tutela para que, desde el momento mismo de la presentación de la acción, como medida cautelar, suspenda la aplicación del acto concreto que amenace o vulnere el derecho cuya protección se invoca. En

dicha norma, sin embargo, se advierte que el ejercicio de esta facultad se ve limitado cuando puedan producirse "(...) perjuicios ciertos e inminentes al interés público" (acento fuera de la norma), en cuyo caso se podrá disponer la ejecución o continuidad del acto en cuestión.

Teniendo en cuenta las condiciones que explícitamente establecen los textos normativos al tipo de afectación del interés público que se debe dar para que se justifique modificar aspectos accidentales de la orden originalmente impartida se deduce un quinto requisito implícito en dichos textos: la afectación debe ser manifiesta. Según las normas, para que el funcionario judicial ajuste su orden no pueden existir dudas respecto a si es grave o no, a si la afectación se vincula causalmente de forma directa con la ejecución de la orden proferida originalmente o no, o a si se afectaría realmente o no el interés público.

La Corte subraya que no cualquier afectación del interés público justifica al juez de tutela intervenir en el proceso y ajustar la orden. Se trata de casos excepcionales en los que la vulneración a éste interés reúne las características antes mencionadas. (i) Debe ser grave, esto es, debe ser de gran impacto negativo, tiene que tratarse de un perjuicio de magnitud considerable. (ii) Debe ser directa, o sea, no pueden existir causas eficientes autónomas que medien entre la orden y la afectación al interés público. (iii) Debe ser cierta, es decir, la afectación no puede ser indeterminada, hipotética o eventual. (iv) Debe ser manifiesta, en el sentido de que no debe ser objeto de duda; debe ser evidente. (v) Por último, la afectación debe ser inminente: no puede tratarse de una amenaza futura, sino de una amenaza que indefectiblemente tendría lugar de no modificarse aspectos accidentales de la orden originalmente impartida.

4.1.3. (c) El tercer evento en el que se podría presentar la necesidad de ajustar la orden es cuando es evidente que siempre será imposible cumplir lo ordenado. Este caso es tan sólo una aplicación del principio general del derecho según el cual "nadie puede ser obligado a lo imposible" (nemo potest ad impossibile obligari). Así, por ejemplo, si un juez de tutela ordena que se practique una intervención quirúrgica de alto riesgo a una persona en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de la sentencia, y el médico tratante alega que hay que preparar al paciente antes de la operación con un determinado tratamiento por un periodo superior a una semana, es evidente que siempre será imposible cumplir la orden, es decir, operar al paciente "antes de 48 horas". No obstante, es preciso advertir que como ya lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, se debe tratar de una verdadera imposibilidad, no cualquier dificultad para cumplir una obligación implica que esta deba ser tenida por imposible. Así, por ejemplo, la desidia administrativa, la falta de dinero o las trabas burocráticas, por sí mismas, no pueden ser invocadas como razones de la imposibilidad para cumplir una orden.[14]

4.2. En segundo lugar, el principal límite que la normatividad le fija al ejercicio de la facultad del juez de tutela de modificar la orden o las órdenes es la finalidad buscada, a saber, las medidas deben estar encaminadas a lograr el cumplimiento de la decisión y el sentido original y esencial de la orden impartida en el fallo. Ello se sigue tanto del sentido mismo de la acción de tutela (artículo 86 de la Constitución) como del Decreto 2591 de 1991, en especial del último inciso del artículo 27, citado previamente, cuando señala que "(...) el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza." Es decir, el juez de instancia mantiene la competencia para asegurar el goce efectivo del derecho, no para revisar, ajustar o revocar, de manera expresa o implícita, su decisión de amparar el derecho, ni el telos fundamental de la orden impartida para ello.

4.3. En tercer lugar, el alcance de las modificaciones que le es posible introducir al juez de tutela a la orden proferida inicialmente, como se dijo, no puede implicar un cambio absoluto de la orden impartida originalmente. Nuevamente los límites están dados por la misma finalidad de la acción de tutela: garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales. Por eso, al juez le es dado alterar la orden en sus aspectos accidentales, esto es, en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar, siempre y cuando ello sea

necesario para alcanzar dicha finalidad. Pero el juez no puede modificar el contenido esencial de la orden.[15]

4.4. En cuarto lugar, cuando el juez de tutela se ve obligado a modificar aspectos accidentales de su orden por cuanto resulta necesario evitar que se afecten de manera grave, directa, manifiesta, cierta e inminente el interés público es probable que la alteración de la medida adoptada conlleve disminuir el grado de protección concedido originalmente. En estos eventos la actuación judicial debe guiarse por el siguiente criterio: buscar la menor reducción posible de la protección concedida y compensar dicha reducción de manera inmediata y eficaz. El juez de tutela debe elegir entre todas las modificaciones que pueda adoptar, aquella que represente la menor disminución del goce del derecho tutelado, pero que, a la vez, evite la afectación del interés público de relevancia constitucional que justificó la modificación de la orden.

En todo caso, como el objetivo que debe perseguir el juez de tutela en últimas es garantizar el goce efectivo del derecho, cuando sea necesario modificar aspectos accidentales de la orden original y ello implique una reducción en el grado de protección adjudicado, es preciso que se adopte una medida compensatoria. El juez deberá incluir una orden adicional a la principal que compense a la persona que vio disminuida la protección que en un primer momento recibió. Quien deberá asumir, en justicia, la carga de esta nueva decisión será la persona o las personas que se beneficiaron con la alteración de lo ordenado en el fallo original.

4.5. Finalmente, resta señalar que esta facultad de modificar las órdenes originalmente impartidas en un fallo de tutela tiene sentido, especialmente, en aquellos casos en que éstas no son simples sino complejas.”

En resumen, la Corte estableció unas condiciones de hecho para tenga lugar la modificación de la orden impartida por el juez de tutela que, dadas las particularidades del caso, el derecho amparado no vaya a ser realmente disfrutado por el interesado o que se esté afectando el interés público, bajo las siguientes hipótesis³:

- a) Cuando la orden por los términos en que fue proferida nunca garantizó el goce efectivo del derecho fundamental tutelado o lo hizo en un comienzo, pero luego devino inane;*
- b) En aquellos casos en que su cumplimiento no es exigible porque se trata de una obligación imposible o porque implica sacrificar de forma grave, directa, cierta manifiesta e inminente el interés público; y*
- c) Cuando es evidente que siempre será imposible cumplir la orden.*

Asimismo, también fijó unos parámetros para ajustar las órdenes iniciales dictadas dentro de la sentencia, para asegurar que el derecho sea plenamente restablecido o las causas de la amenaza sean eliminadas, y cuando el juez constitucional encuentre que la orden inicialmente dictada se encuentre en alguna de las anteriores hipótesis. Tales parámetros en resumen son⁴:

³ Considereación 4.1. Sentencia 086 de 2003

⁴ Consideración 4.6. -de la misma sentencia.

1) La facultad puede ejercerse cuando debido a las condiciones de hecho es necesario modificar la orden, en sus aspectos accidentales, bien porque (a) la orden original nunca garantizó el goce efectivo del derecho fundamental tutelado, o lo hizo en un comienzo, pero luego devino inane; (b) porque implica afectar de forma grave, directa, cierta, manifiesta e inminente el interés público o (c) porque es evidente que lo ordenado siempre será imposible de cumplir.

2) La facultad debe ejercerse de acuerdo a la siguiente finalidad: las medidas deben estar encaminadas a lograr el cumplimiento de la decisión y el sentido original y esencial de la orden impartida en el fallo con el objeto de asegurar el goce efectivo del derecho fundamental tutelado.

3) Al juez le es dado alterar la orden en sus aspectos accidentales, esto es, en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar, siempre y cuando ello sea necesario para alcanzar dicha finalidad.

4) La nueva orden que se profiera, debe buscar la menor reducción posible de la protección concedida y compensar dicha reducción de manera inmediata y eficaz. A estos cuatro requisitos de orden sustancial, se agregan otros de orden procesal, tal como se muestra en el siguiente apartado.

2.5.- Visto lo anterior, y aterrizando al caso de estudio, encuentra este juzgador, que el accionante tal como lo expresa en su solicitud de modulación, la exigencia de la cuarentena por 14 días a los viajeros que ingresen al país, como una medida que resultar inane, primero al no haber sido parte de las peticiones incoadas en el escrito inicial de tutela, y segundo porque “la prueba PCR negativa para COVID-19 para los viajeros que ingresen al país, es la medida más eficaz para impedir un aumento exponencial de contagios por coronavirus en el país” y en ese sentido solicita se suprima esta exigencia de la orden dictada en la sentencia de tutela dictada el 25 de noviembre de 2020, lo que para el despacho resulta procedente pues no afecta el sentido original y esencial de la decisiones y órdenes del fallo y su aclaración, así como como tampoco se ven afectados los derechos ya tutelados del actor.

2.6. Por su parte, el Procurador 84 adscrito a este despacho, en su escrito de modulación, si bien no solicita como tal suprimir la exigencia de la

cuarentena, si requiere se ordene a la autoridad accionada Ministerio de Salud y Protección Social, que:

“(...) respecto de las medidas concretas que deban implementarse para enfrentar la situación de contención en la propagación del virus SARS-CoV-2 en el marco del estado de emergencia decretado por cuenta de la pandemia que afecta a todo el planeta, y particularmente respecto al control en el ingreso al territorio nacional por parte de personas que vienen del exterior, con el fin de ejercer un cerco epidemiológico eficaz, entre ellas la exigencia de la toma de pruebas PCR a los viajeros así como su aislamiento obligatorio, deberán ser analizadas, definidas, establecidas e implementadas y exigidas según criterios técnicos especializados que, además de contar con el debido sustento científico, deben resultar eficaces para controlar el estado de propagación del virus en el territorio nacional atendiendo la situación actual, en aras de salvaguardar y garantizar la protección efectiva de los derechos constitucionales a la salud y la vida de la población del país y que fueron objeto de amparo en virtud de la decisión proferida en este asunto.”

Apoya su petición entre otros, al considerar que la orden inicialmente dada en la mencionada sentencia se encuentra inmersa en las hipótesis planteadas en la sentencia 086 de 2003, al considerar que la misma devino en inane por las condiciones actuales que vive el país respecto a la dinámica en la circulación y contagio internos o autóctonos de SARS-CoV-2, haciendo que, de aplicarse tales medidas sin ningún criterio técnico especializado por parte de las autoridades correspondientes, podría además sacrificar de manera grave, directa, cierta, manifiesta e inminente el interés público, representado tanto en la destinación de recursos públicos- económicos, técnicos, humanos y operativos- sin obtener a cambio ningún impacto positivo significativo.

Es decir, para el señor procurador, la decisión en los términos en que fue proferida nunca garantizaron el goce efectivo del derecho fundamental tutelado al considerar que su aplicación devino inane, sino porque su cumplimiento implica para la autoridad accionada sacrificar de forma grave, directa, cierta manifiesta e inminente el interés público.

2.7. Al respecto, encuentra el despacho, que modular las órdenes impartidas a través de la sentencia y de su complementación en los términos que solicita el Ministerio Público, esto es dejar al arbitrio del Ministerio de Salud la exigencia de la prueba PCR de acuerdo a los análisis, criterios técnicos especializados y científicos tal como se sustenta, sería variar de forma sustancial, e inmaterializar el cumplimiento de lo ya dispuesto por el suscrito juzgador, resultaría para el efecto un fallo meramente sustancial, pues es claro que los argumentos expuestos se fundamentan en tratar de demostrar la no necesaria exigencia de dicha prueba por considerarse ineficaz.

De esta manera lo entendió el accionante cuando se opuso a la solicitud del señor Procurador delegado, al concluir que modular el fallo de tutela en los términos propuestos, vulnera el principio de inmutabilidad, la seguridad jurídica y el derecho al debido proceso, y que la modulación contemplada es improcedente porque con ella se persigue revocar el asunto de fondo y modificar la orden original, haciendo caer en error al suscrito juez, al hacer uso de dicha figura excepcional con la finalidad de motivar de fondo la sentencia, e incurrir en una conducta punible (artículo 413 del Código Penal)

2.8.- No obstante lo anterior, no desconoce el despacho los planteamientos esbozados, tanto por la Procuraduría como por el Ministerio de Salud y Protección Social, la dinámica que se ha llevado para mitigar la pandemia a través de las diferentes fases, el interés de las partes, y la necesidad por parte de este juzgador, quien tiene la competencia para procurar el cumplimiento de las órdenes ya impuestas, de proteger materialmente los derechos fundamentales incoados, es preciso encontrar de la mejor manera complementar la sentencia ya dictada.

Recordemos que en primer término, en el fallo ya proferido se indicó que el riesgo de contagio no puede eliminarse, razón por la cual se deben implementar medidas para mitigar el riesgo de propagación no solo nacional sino internacional del SARS-CoV-2, y que la Organización Mundial de la Salud en sus consideraciones de salud pública señaló que “ningún viaje está exento de riesgos si se tiene en cuenta la posible importación o exportación de casos en el contexto de los viajes internacionales. Por consiguiente, la evaluación y gestión minuciosa y continua de los riesgos ayudara a determinar, reducir y mitigar esos riesgos, al tiempo que se equilibran las consecuencias socioeconómicas de las medidas (o restricciones temporales) relativas a los viajes con las posibles consecuencias. (...)”

No olvidemos igualmente que, el Ministerio de Salud y Protección Social, como entidad competente en virtud del Decreto 539 del 13 de abril de 2020, para expedir los protocolos que sobre bioseguridad se requieren para todas las actividades económicas, sociales y sectoriales que se encuentran autorizadas, a fin de mitigar, controlar y evitar la propagación de la pandemia y realizar un adecuado manejo, y en pro de la reapertura económica, de adoptar políticas que permitan la reanudación de los viajes internacionales de manera segura, expide la Resolución No. 1627 del 15 de Septiembre de 2020 “por medio del cual se adopta

el protocolo para el manejo y control del riesgo del Coronavirus COVID-19, para el transporte ideal de personas por vía aérea”, dentro del cual dispone en su anexo técnico, unas medidas de bioseguridad para las Aerolíneas y/o explotadores de aeronave y agencias de viaje, entre ellas para la operación antes del vuelo la exigencia de la prueba PCR de COVID-19 con resultado negativo previo al embarque en el país de origen y expedido con un término no mayor de 96 horas antes del vuelo, tal como se observa en el numeral 4 del mencionado anexo.

La misma medida fue exigida al viajero, de acuerdo con lo establecido en numeral 6º, adicionado con el reporte a través de “Coronapp” y responder al rastreo y seguimiento estricto que le debe hacer su asegurador o la secretaría de salud de la jurisdicción donde permanecerá o reside. Sin embargo, allí también se dejó plasmado que, para los viajeros que no cuenten con la prueba requerida deberán realizar aislamiento preventivo, realizarse la prueba y seguir las medidas que le sean indicadas hasta que se determine su condición de aislamiento según los resultados, tanto de la prueba como de la evaluación del riesgo epidemiológico, y las demás señaladas en los numerales siguientes.

Así pues, podía entenderse, con mediana claridad, que la referida prueba no era un impositivo previo para impedir a los viajeros el respectivo embarque, pues se dio la opción para los que no contaran con la misma, del aislamiento preventivo, la realización de la prueba ya en el país de destino y seguir las medidas que indique las autoridades de sanidad.

Posteriormente, se expide la Resolución 1972 del 04 de noviembre de 2020, que modifica esa Resolución 1627 del mismo año, motivada en que, la Organización Panamericana de la Salud, en el documento “Reanudación de los viajes internacionales no esenciales en el contexto de la pandemia de COVID-19” orienta que la solicitud de pruebas para la entrada a los países no es eficiente como medida para el control de la diseminación del citado virus en los países con trasmisión comunitaria activa, al igual que el Acta 023 de 13 de octubre de 2020 del Comité Asesor para enfrentar la pandemia, que analizó la pertinencia de la prueba, resolviendo por tanto, a través del referido acto administrativo, modificar los numerales 4.2., y 6, en relación con la no exigencia de la prueba PCR con resultado negativo en los términos de la Resolución 1627 del 2020.

Por lo anterior, al haberse tutelado los derechos incoados por el accionante, señor González Mebarak, y con los argumentos expuestos en la referida sentencia se ordena al Ministerio de Salud y Protección Social suspender la Resolución 1972 de 2020, con efectos inmediatos, se ordena por tanto seguir ordenando la prueba PCR con resultado negativo en los mismos términos de la Resolución 1627 de 2020.

2.9.- Es así que una vez aclarada la sentencia a través de la providencia calendada el 02 de diciembre de 2020, el despacho solo encuentra que se puede modular el proveído, sin afectar los derechos fundamentales ya protegidos y sin afectar el sentido original y esencial de la orden impartida inicialmente de la siguiente manera:

Ordenar la suspensión inmediata de la modificación efectuada en el artículo 1 de la Resolución No. 1972 del 04 de noviembre de 2020, respecto a la no exigencia, previo al embarque del país de origen la prueba PCR con resultado negativo, proferido por el Ministerio de Salud y Protección Social y se exija como requisito de ingreso al país, certificado de la prueba PCR con resultado NEGATIVO, para el virus COVID-19, a cada uno de los viajeros que ingresen por vía aérea.

Es decir, se suprime la medida de la cuarentena o aislamiento preventivo por el término de 14 días en el lugar de vivienda o alojamiento previsto con antelación por cada viajero.

Asimismo, adicionar a las órdenes ya impartidas, que para los viajeros que no cuenten con la prueba requerida deberán realizar aislamiento preventivo, realizarse la prueba y seguir las medidas que le sean indicadas hasta que se determine su condición de aislamiento según los resultados, tanto de la prueba como de la evaluación del riesgo epidemiológico una vez ingresen a Colombia. Esta disposición deberá regularse por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, únicamente para aquellos casos en que se dificulte para los viajeros tomarse la prueba PCR, u obtener los resultados en los tiempos estipulados, para el ingreso al país.

Vistas las anteriores consideraciones, el despacho complementará la sentencia, en todo caso, tales medidas harán parte integral de

la sentencia proferida por este juzgado el 25 de noviembre de 2020, adicionada el 03 de diciembre del mismo año.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Once Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C., actuando como Juez de tutela y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Se accede a la solicitud de complementación “modulación” de la sentencia proferida por este despacho el 25 de noviembre de 2020, adicionada el 03 de diciembre del mismo año, por el señor ALBERTO ELIAS GONZALEZ MEBARAK y el PROCURADOR 84 JUDICIAL I PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS en los siguientes términos:

Ordenar la suspensión inmediata de la modificación efectuada en el artículo 1 de la Resolución No. 1972 del 04 de noviembre de 2020, respecto a la no exigencia, previo al embarque del país de origen la prueba PCR con resultado negativo, proferido por el Ministerio de Salud y Protección Social y se exija como requisito de ingreso al país, certificado de la prueba PCR con resultado NEGATIVO, para el virus COVID-19, a cada uno de los viajeros que ingresen por vía aérea.

Se suprime la medida de la cuarentena o aislamiento preventivo por el término de 14 días en el lugar de vivienda o alojamiento previsto con antelación por cada viajero.

SEGUNDO: Adicionar a las órdenes ya impartidas, que para los viajeros que no cuenten con la prueba requerida deberán realizar aislamiento preventivo, realizarse la prueba y seguir las medidas que le sean indicadas hasta que se determine su condición de aislamiento según los resultados, tanto de la prueba como de la evaluación del riesgo epidemiológico una vez ingresen a Colombia. Esta disposición deberá regularse por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, únicamente para aquellos casos en que se dificulte para los viajeros tomarse la prueba PCR, u obtener los resultados en los tiempos estipulados, para el ingreso al país.

TERCERO: Esta decisión se integra a la sentencia proferida por este juzgado el 25 de noviembre de 2020, con la aclaración y complementación efectuada mediante providencia del 03 de diciembre del 2020.

CUARTO: Se ordena al señor **MINISTRO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** -, una vez se notifique la presente decisión, dé cumplimiento inmediato a la misma, so pena de iniciar el incidente de desacato solicitado por el actor.

QUINTO: **Notifíquese** al señor **MINISTRO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** - o su delegado(a) o a quién haga sus veces, al accionante y al **PROCURADOR 84** adscrito a este juzgado, por el medio más expedito, y en el término previsto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y Cúmplase



GIOVANNI HUMBERTO LEGRO MACHADO
Juez