



EL ESTADO DE LOS DERECHOS EN ESTADO DE EMERGENCIA

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
E N E R O , 2 0 2 1

Fernando Carrillo Flórez
Procurador General de la Nación

Claudia Fabiola Medina Aguilar
**Procuradora Delegada para la Defensa del Patrimonio Público, la
Transparencia y la Integridad**

Edwin Molano Sierra / Asesor G. 19
**Editor – Procuraduría Delegada para la Defensa del Patrimonio
Público, la Transparencia y la Integridad**

**Equipo de trabajo – Procuraduría Delegada para la Defensa del
Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad**

María Cristina Rangel Serpa /Asesor G. 19
Edwin Molano Sierra / Asesor G. 19
Gerardo Alonso Dallos Jabbour / 3PU-G.18
Luis Fernando Guzman Gutierrez / 3PU-G.17
Luisa María Delgado Lugo /3PU-G. 17
Luis Orlando Guevara Ruiz / 3PU-G.18
Julián David Cruz Parra / 3PU-G. 17
Carlos Andrés Valderrama Gómez / 3PU-G. 17
César Augusto Serna Mejía / 3PU-G.18

TABLA DE CONTENIDO

1. Presentación	5
Aclaración metodológica	6
2. Expedición de normas en el marco de la emergencia y su control judicial	7
3. Capítulo 3: Limitación y restricción de derechos en la gestión de la pandemia	13
3.1. Derecho fundamental a la salud	14
3.1.1. Marco normativo y funcionamiento general del sistema de salud	14
3.1.2. Normas emitidas en virtud de la emergencia sanitaria y de la emergencia social y económica que restringieron el goce del derecho a la salud	15
3.1.3. Restricciones al derecho fundamental a la salud derivadas de la pandemia del covid-19 y de las normas emitidas para enfrentarla	18
3.2. Derecho fundamental a la libre circulación	20
3.2.1. Marco normativo del derecho fundamental a la libre circulación	20
3.2.2. Normas emitidas en virtud de la emergencia sanitaria y de la emergencia social y económica que restringieron el derecho fundamental de libre circulación..	21
3.2.3. Restricciones al derecho fundamental a la libre circulación derivadas de las normas emitidas para enfrentar la pandemia	23
3.3. Derecho fundamental de acceso a la administración de justicia	26
3.3.1. Marco normativo del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia	26
3.3.2. Normas emitidas en virtud de la emergencia sanitaria y de la emergencia social y económica que restringieron el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia	27
3.3.3. Restricciones al derecho fundamental de acceso al sistema de administración de justicia derivadas de las normas emitidas para enfrentar la pandemia	31
3.4. Derechos fundamentales de acceso a la información pública y de protección de datos personales	33
3.4.1. Marco normativo de los derechos fundamentales de acceso a la información pública y de protección de datos personales	33
3.4.2. Normas emitidas en virtud de la emergencia sanitaria y de la emergencia social y económica que restringieron el derecho fundamental de acceso a la información pública y el derecho fundamental de protección de datos personales .	35
3.4.3. Restricciones al derecho fundamental al acceso a la información pública y al derecho fundamental de protección de datos personales derivadas de las normas emitidas para enfrentar la pandemia	36

TABLA DE CONTENIDO

3.5. Derecho fundamental a la educación	38
3.5.1. Marco normativo de los derechos fundamentales a la educación	38
3.5.2. Normas emitidas en virtud de la emergencia sanitaria y de la emergencia social y económica que restringieron el derecho fundamental a la educación	39
3.5.3. Restricciones al derecho fundamental a la educación derivadas de la pandemia del covid-19 y de las normas emitidas para enfrentarla	42
4. Principales hallazgos y conclusiones del Informe	42
Principales recomendaciones	46

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Declaratorias de emergencia sanitaria por parte del Ministerio de Salud y Protección Social	8
Tabla 2. Declaratorias de emergencia económica, social y/o ecológica	9
Tabla 3. Revisión de decretos legislativos emitidos en el marco de las emergencias sociales, económica y/o ecológica	10
Tabla 4. Decretos que restringieron movilidad y actividades sociales, económicas y culturales ..	11
Tabla 5. Normas que restringieron el derecho fundamental a la salud	15
Tabla 6. Normas que restringieron el derecho fundamental a la salud y que fueron emitidas por el Ministerio de Salud y Protección Social	17
Tabla 7. Normas que restringieron el derecho fundamental a la libre circulación, emitidas por el presidente de la República	21
Tabla 8. Normas que restringieron el derecho fundamental a la libre circulación, emitidas por otros servidores	23
Tabla 9. Normas que restringieron el derecho fundamental de acceso a la justicia	27
Tabla 10. Normas que restringieron el derecho fundamental de acceso a la justicia, emitidas por el Consejo Superior de la Judicatura	28
Tabla 11. Normas que restringieron el derecho fundamental de acceso a la justicia, emitidas por otras autoridades con funciones jurisdiccionales	31
Tabla 12. Norma que restringió el derecho fundamental de acceso a la información pública ..	35
Tabla 13. Norma que restringió el derecho fundamental de protección de datos personales ..	36
Tabla 14. Normas que restringieron el derecho fundamental a la educación	39
Tabla 15. Normas que restringieron el derecho fundamental a la educación emitidas por otras autoridades	40



1. PRESENTACIÓN

La Constitución de 1991 contiene una serie de normas que estructura la arquitectura del Estado y que distribuye el poder soberano que le dio origen. Esa arquitectura tiene como propósito esencial el cumplimiento de las finalidades del Estado que están consagrados en el artículo 2 de la Constitución. Por esa razón, entre otros aspectos, esa arquitectura tiene un diseño que busca evitar la concentración del poder estatal, en cualquiera de las ramas del poder público, para evitar así cualquier afectación al cumplimiento de los fines del Estado y a los derechos que garantiza la Constitución y la Ley a los ciudadanos.

El constituyente primario al redactar la Constitución buscó regular no solo un contexto ordinario o corriente, sino también los contextos extraordinarios o de emergencia. Para lo anterior consagró en los artículos 212 a 215 las facultades que tiene el presidente de la República, y el Gobierno Nacional, para declarar el estado de guerra exterior, de conmoción interior y de emergencia económica, social y/o ecológica. De formas distintas según sea el caso, en esos estados se pueden restringir o limitar ciertos derechos fundamentales, con el fin de enfrentar o disminuir las afectaciones derivadas de la situación excepcional (guerra exterior, conflicto armado y la crisis económica, social y/o ecológica).

La pandemia generada por el SARS-CoV-2 (covid-19), que tiene como fuente de transmisión principal las pequeñas gotas que se expulsan al hablar, toser y emitir sonidos, y que encuentra un espacio ideal de propagación en las grandes aglomeraciones de personas,¹ llevó a los estados a emitir nuevas normas y regulaciones que permitieran enfrentar la pandemia con la reducción de la interacción social y, a su vez, reducir el impacto económico que esas medidas conllevan. El Estado colombiano por supuesto no fue ajeno a esta tendencia y debió enfrentar, desde marzo de 2020, una serie de retos para controlar la expansión de la pandemia en el territorio nacional y su impacto en la salud, la economía, la seguridad, la educación, y demás derechos fundamentales de la ciudadanía. Esta coyuntura tan especial y de imprevisibles consecuencias, exigió la toma de decisiones expeditas por parte de las distintas entidades del Estado, con el fin de conjurar los efectos negativos de la pandemia sobre el conjunto social. En el centro de esas determinaciones están las declaratorias que el Presidente de la República y el Gobierno Nacional hicieron en varias ocasiones de períodos bajo estados de emergencia o excepcionalidad, que permitieron a su vez tomar decisiones ágilmente y emitir normas especiales para este contexto extraordinario. Las demás ramas del poder público asimismo procuraron adaptarse de la manera más rápida posible a las nuevas circunstancias que implicaban el aislamiento y la distancia social.

¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Transmisión del SARS-CoV-2: repercusiones sobre las precauciones en materia de prevención de infecciones. Reseña científica. 9 de julio de 2020. Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/333390/WHO-2019-nCoV-Sci_Brief-Transmission_modes-2020.3-spa.pdf?

En esta coyuntura, la Procuraduría General de la Nación (PGN) ha ejercido a cabalidad sus funciones constitucionales y legales para proteger los derechos humanos de las personas, los intereses de la sociedad y vigilar el cumplimiento de la normatividad vigente. Por ejemplo, se han iniciado más de 813 procesos disciplinarios y 1.563 asuntos preventivos por presuntas irregularidades en el manejo de los recursos públicos destinados a gestionar la emergencia generada por el covid-19. De igual forma, se han tomado medidas para que las entidades competentes actúen en contra del maltrato infantil durante los períodos de aislamiento; para que garanticen la seguridad laboral y médica de los trabajadores de la salud durante la pandemia; o para que se disminuya el hacinamiento carcelario en el país, entre muchas otras.

En ese marco y en desarrollo de los principios y líneas de acción contenidos en la política preventiva de la PGN, y con base en el trabajo realizado por la Procuraduría Delegada para la Defensa del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad, se presenta a la ciudadanía el presente informe: “El Estado de los derechos en el estado de la emergencia”, que tiene como propósito fundamental hacer un primer registro de las restricciones, reservas y limitaciones que sufrieron los derechos de los colombianos, de forma directa o indirecta, por las regulaciones emitidas durante los períodos de emergencia declarados por la pandemia del covid-19. Con ello se alerta sobre los riesgos de estas decisiones y se hace un llamado a evitar, en futuras emergencias, regulaciones y políticas que incluyan cualquier tipo de limitación o restricción injustificada en los derechos de las personas y puedan por tanto ir en contravía de la Constitución y la Ley.

Así, tras una breve aclaración metodológica, el informe incluye, en primer lugar, un análisis del tipo de normas emitidas en el marco de la emergencia causada por la pandemia del covid-19 y de su control jurisdiccional. En segundo lugar, se analizarán las restricciones o limitaciones directas o indirectas que dichas normas generaron a los derechos a la salud, la libre circulación, el acceso al sistema de administración de justicia, la educación, el acceso a la información pública, y la protección de datos personales.

Aclaración metodológica

Para la elaboración de este informe se hizo una revisión de las normas emitidas en el marco de las emergencias decretadas por la pandemia del covid-19. Esta revisión se realizó con la información del Sistema Único de Información Normativa (SUIN)² del Ministerio de Justicia y del Derecho en el micrositio sobre normatividad para la atención de la emergencia del covid-19. Por su parte, para revisar la información del análisis de constitucionalidad³ de los decretos legislativos emitidos en el marco de la pandemia por la Corte Constitucional, se consultó el micrositio del sitio web de la Corte, sobre el control automático de las normas emitidas en la emergencia, que permitió acceder a la información de los expedientes de esos análisis de constitucionalidad. De la misma manera, para analizar la información del control de legalidad sobre los actos administrativos que reglamentaron los decretos legislativos emitidos en el marco de la pandemia, por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, se revisó la información publicada en el micrositio del Consejo de Estado donde se publicó esa información.⁴

Toda esa revisión de información tuvo como marco temporal el período comprendido entre marzo y septiembre de 2020, teniendo en cuenta, por una parte, que la Resolución 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de la cual se declaró la emergencia sanitaria por causa del coronavirus covid-19, fue promulgada el 12 de marzo. Y por otra parte, el Decreto 1076 de 2020 surtió efectos y ordenó el aislamiento social hasta el 1 de septiembre de 2020 y el Decreto 1168 de 2020 levantó las medidas de aislamiento y restricción de movilidad desde esa misma fecha. Si bien después de septiembre se prorrogó la emergencia sanitaria hasta el 28 de febrero de 2021 a través de las Resoluciones 1462 y 2230 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, el objeto de monitoreo de este informe se circunscribe a este período hasta la finalización de la última cuarentena estricta en septiembre de 2020.

Con las fuentes de información mencionadas atrás se sintetizaron y clasificaron las normas con relación a los derechos a la salud, la libre circulación, el acceso al sistema de administración de justicia, la educación, el acceso a la información pública, y la protección de datos personales. Evidentemente, esta es una selección

² Fuente de consulta: <http://www.suin-juriscal.gov.co/legislacion/covid.html>

³ Fuente de consulta: <https://www.corteconstitucional.gov.co/micrositios/estado-de-emergencia/>

⁴ Fuente de consulta: <http://www.consejodeestado.gov.co/consejo-de-estado/transparencia/controllegalidad/>

de derechos y está claro que otros derechos también sufrieron importantes afectaciones y restricciones; pero esta fotografía parcial da cuenta suficientemente de los riesgos y la necesidad de un monitoreo preventivo permanente a los derechos en escenarios de excepcionalidad y emergencia como el actual.

Tras la clasificación y análisis normativo de las disposiciones legales y reglamentarias, se enviaron requerimientos a las entidades del sector central, y las principales de cada sector o rama que tienen funciones de reglamentación o de inspección, vigilancia y control, con respecto a cada derecho. Las peticiones fueron formulados para requerir información específicamente relacionada con la restricción y limitación de los derechos mencionados.

Por último, se usó información agregada disponible en el portal de datos abiertos⁵ y en los sitios web de varias entidades para elaborar el capítulo de análisis de datos que permitirán mostrar un panorama general de varios aspectos relacionados con la normatividad emitida en el marco de la emergencia del covid-19.

2. Expedición de normas en el marco de la emergencia y su control judicial

Ante la pandemia generada por el covid-19, cada Estado alrededor del mundo debió tomar medidas urgentes y drásticas para evitar la propagación del virus y así evitar un alto número de contagios y muertes entre sus habitantes. En Colombia, luego de conocerse las cifras en países cercanos territorialmente sobre los primeros contagios con el covid-19, y tras la declaración que hiciera la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 11 de marzo de 2020 sobre el carácter pandémico del brote del covid-19, el Ministerio de Salud y Protección Social declaró la emergencia sanitaria en todo el país, a través de la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020.

El estado de emergencia sanitaria, que fue prorrogado por las Resoluciones 844 del 26 de mayo de 2020, 1462 del 25 de agosto de 2020 y 2230 del 27 de noviembre de 2020, le ha permitido al Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Salud y Protección Social, tomar acciones para superar las circunstancias que generaron la emergencia sanitaria con el fin de garantizar la existencia y disponibilidad de talento humano, bienes y servicios de salud. También le ha permitido financiar esas medidas con los recursos que administra la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) y otros recursos destinados para ese fin.

El presidente de la República por su parte emitió el Decreto Legislativo 417 del 22 de marzo de 2020 "Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional" por el término de 30 días calendario y, de nuevo, mediante el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020 se declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, por el mismo término, con el fin de conjurar la grave calamidad pública que afectaba al país por covid-19.

En definitiva, frente a la pandemia se generaron en Colombia dos marcos de emergencia: Por un lado, la emergencia sanitaria que declaró el Gobierno Nacional, a través de las Resoluciones ya citadas del Ministerio de Salud y Protección Social, y que está reglamentada en el artículo 69 de la Ley 1753 de 2015 y en el artículo 2.8.8.1.4.3 del Decreto Unico Reglamentario 780 de 2015. Por otro lado, los decretos legislativos que declararon la emergencia económica, social y/o ecológica, emitidos por el presidente de la República en ejercicio de las funciones consagradas en los artículos 212 y 213 de la Constitución, junto con los decretos legislativos que desarrollan o se emiten en virtud de esas declaratorias de emergencia.

Aunado a lo anterior, durante el período de emergencia sanitaria, el artículo 7 del Decreto Legislativo 537 de 2020 "Por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", dio por probado el hecho que da lugar a la declaratoria de urgencia manifiesta para la contratación estatal bajo la modalidad de contratación directa, en el marco del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, de tal manera que las entidades estatales podrían contratar el suministro de la prestación o la ejecución de obras en el inmediato futuro, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar

⁵ Fuente de consulta: <https://www.datos.gov.co/>

de la pandemia del coronavirus covid-19, así como para realizar las labores necesarias para optimizar el flujo de recursos al interior del sistema de salud.

La declaratoria de emergencia sanitaria permitió, entre otras medidas, suspender eventos con un aforo determinado, ordenar a las EPS e IPS facilitar la afiliación de oficio al Sistema General de Seguridad Social en Salud, ordenar a distintos destinatarios tomar medidas para evitar el contagio y la propagación del covid-19. Todas estas acciones, además, tienen como respaldo frente al incumplimiento la posibilidad de imponer la sanción penal establecida en el artículo 368 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) que castiga a “el que viole medida sanitaria adoptada por la autoridad competente para impedir la introducción o propagación de una epidemia”.

No obstante el alcance de tales determinaciones, las resoluciones que declararon la emergencia sanitaria y sus prórrogas no fueron objeto de control judicial automático. En efecto, al no hacer parte de aquellas que se emiten para reglamentar los Decreto Legislativos expedidos por el Gobierno Nacional en virtud de la emergencia económica, social y/o ecológica, quedaron excluidos del control automático. Sin embargo, pueden ser objeto de control, a iniciativa de cualquier persona, a través de la acción de nulidad de acuerdo con el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), en caso de que el accionante considere que existe vicio de nulidad.

Tabla 1. Declaratorias de emergencia sanitaria por parte del Ministerio de Salud y Protección Social

Norma	Período de vigencia	Pronunciamiento judicial
Resolución 385 del 12 de marzo de 2020	12 de marzo a 30 de mayo de 2020	El Consejo de Estado no avoca conocimiento porque la Resolución no fue emitida en el marco de la emergencia económica, social y/o ecológica.
Resolución 844 del 26 de mayo de 2020	26 de mayo hasta el 31 de agosto de 2020	El Consejo de Estado no avoca conocimiento porque la Resolución no fue emitida en el marco de la emergencia económica, social y/o ecológica.
Resolución 1462 del 25 de agosto de 2020	25 de agosto hasta el 30 de noviembre de 2020	No contó con pronunciamiento judicial.
Resolución 2230 del 27 de noviembre de 2020	27 de noviembre de 2020 hasta el 28 de febrero de 2021	No contó con pronunciamiento judicial.

Por su parte, los decretos legislativos por medio de los cuales el Presidente declaró la emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, sí tienen control judicial automático por parte de la Corte Constitucional, de acuerdo con lo establecido en el numeral 7 del artículo 241 de la Constitución.

Tabla 2. Declaratorias de emergencia económica, social y/o ecológica

Norma	Período de vigencia	Pronunciamiento judicial
Decreto Legislativo 417 del 17 de marzo de 2020	Desde el 17 de marzo hasta el 17 de abril de 2020	Declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-307 de 2020
Decreto Legislativo 637 del 06 de mayo de 2020	Desde el 06 de mayo hasta el 06 de junio de 2020	Declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-415 de 2020

Ahora bien, esos decretos legislativos fueron emitidos con el mismo fundamento de la Resolución 385 de 2020 que declaró la emergencia sanitaria y, de hecho, el Decreto Legislativo 417 de 2020 se basó, a su vez, en dicha Resolución. Por esta razón, a pesar de que los actos administrativos emitidos en virtud de la declaratoria de emergencia sanitaria no tienen revisión automática de legalidad, ya que ninguna norma legal así lo establece, muchos de ellos contaron con un análisis automático de legalidad en la jurisdicción contencioso-administrativa⁶.

Lo anterior, sin embargo, no operó como criterio unificado ya que también hubo pronunciamientos judiciales del Consejo de Estado que negaron ese análisis automático de los actos administrativos emitidos en virtud de la Resolución 385 de 2020 que declaró la emergencia sanitaria. Según la tesis de que el análisis automático es improcedente, esos actos no debían tener ese control en ninguno de los dos escenarios existentes: (i) si se fundaban exclusivamente en la Resolución 385 de 2020 no había sustento normativo para hacer el análisis automático; pero, aún más, (ii) si dichos actos administrativos se expedían en virtud de la Resolución 385 de 2020 y del Decreto Legislativo 417 de 2020 conjuntamente, pero al estudiarse sus razones o motivaciones de fondo se encontraba que su sustento principal era el estado de emergencia sanitaria y no tanto así la declaratoria de emergencia económica, social y/o ecológica,⁷ tampoco procedía la revisión.

Según la Relatoría del Consejo de Estado, en 24 autos se avocó conocimiento automático de actos emitidos con fundamento en la Resolución 385 de 2020 y en el Decreto Legislativo 417 de 2020, y en 44 autos no se admitió esa tesis y se negó ese análisis automático.

⁶ Consejo de Estado, Relatoría. Observatorio relatoría control inmediato de legalidad. Segunda Entrega. Disponible en: <http://www.consejodeestado.gov.co/consejo-de-estado/transparencia/controllegalidad/> En la tesis de la admisión están, entre otros, los autos: i) Consejo de Estado, Sala 4 Especial de Decisión, Auto del 14.04.20, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 2020-001038-00, ii) Sala 27 Especial de Decisión, Auto del 27.04.20, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 2020-01245-00, iii) Sala 22 Especial de Decisión, Auto del 24.04.20, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra, Rad. 2020-01274-00, iv) Sala 1 Especial de Decisión, Auto del 27.04.20, M.P. María Adriana Marín, Rad. 2020-01283-00, v) Sala 27 Especial de Decisión, Auto del 27.04.20, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 2020-01309-00, vi) Sala 4 Especial de Decisión, Auto del 30.04.20, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 2020-01568-00, vii) Sala 22 Especial de Decisión, Auto del 05.05.20, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra, Rad. 2020-01522-00, viii) Sala 27 Especial de Decisión, Auto del 04.05.20, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 2020-01466-00, ix) Sala 27 Especial de Decisión, Auto del 30.04.20, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 2020-01506-00, x) Sala 27 Especial de Decisión, Auto del 04.05.20, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 2020-01575-00, xi) Sala 21 Especial de Decisión, Auto del 12.05.20, M.P. Rafael Francisco Suarez Vargas, Rad. 2020-01032-00, xii) Sala 21 Especial de Decisión, Auto del 16.04.20, M.P. Rafael Francisco Suarez Vargas, Rad. 2020-01075-00, xiii) Sala 21 Especial de Decisión, Auto del 28.04.20, M.P. Rafael Francisco Suarez Vargas, Rad. 2020-01462-00, xiv) Sala 3 Especial de Decisión, Auto del 27.04.20, M.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, Rad. 2020-00966-00, xv) Sala 9 Especial de Decisión, Auto del 08.05.20, M.P. Gabriel Valbuena Hernández, Rad. 2020-01033-00.

⁷ Ibidem. En la posición de no admitir conocimiento están, entre otros, los autos: i) Consejo de Estado, Sala 11 Especial de Decisión, Auto del 02.04.20, M.P. Stella Jannette Carvajal Basto, Rad. 2020-00951-00, ii) Sala 18 Especial de Decisión, Auto del 31.03.20, M.P. Oswaldo Giraldo López, Rad. 2020-00958-00, iii) Sala 22 Especial de Decisión, Auto del 02.04.20, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra, Rad. 2020-00975-00, iv) Sala 20 Especial de Decisión, Auto del 13.04.20, M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, Rad. 2020-00982-00, v) Sala 7 Especial de Decisión, Auto del 03.04.20, M.P. Martín Bermúdez Muñoz, Rad. 2020-00986-00, vi) Sala 4 Especial de Decisión, Auto del 14.04.20, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 2020-01016-00, vii) Sala 20 Especial de Decisión, Auto del 24.04.20, M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, Rad. 2020-01018-00, viii) Sala 26 Especial de Decisión, Auto del 21.04.20, M.P. Hernando Sánchez Sánchez, Rad. 2020-001019-00, ix) Sala 18 Especial de Decisión, Auto del 13.04.20, M.P. Oswaldo Giraldo López, Rad. 2020-01024-00, x) Sala 22 Especial de Decisión, Auto del 15.04.20, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra, Rad. 2020-01027-00, xi) Sala 20 Especial de Decisión, Auto del 17.04.20, M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, Rad. 2020-01031-00, xii) Sala 6 Especial de Decisión, Auto del 13.04.20, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 2020-01039-00, xiii) Sala 18 Especial de Decisión, Auto del 14.04.20, M.P. Oswaldo Giraldo López, Rad. 2020-01041-00, xiv) Sala 26 Especial de Decisión, Auto del 20.04.20, M.P. Hernando Sánchez Sánchez, Rad. 2020-001049-00, xv) Sala 19 Especial de Decisión, Auto del 16.04.20, M.P. William Hernández Gómez Sala 13 Especial de Decisión, Auto del 14.04.20, M.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, Rad. 2020-001035-00,

El contraste entre control automático y control rogado (a solicitud de parte) no es de poca relevancia. Para controlar las facultades extraordinarias del presidente de la República en el marco de las situaciones extraordinarias reguladas en los artículos 212 a 215, la Constitución establece un control automático en cabeza de la Corte Constitucional (artículo 241) de los decretos legislativos que emita el presidente con base en esas facultades. Ese control automático es absoluto, es decir, un examen de la norma frente a todo el texto constitucional, y tiene como finalidad evitar cualquier exceso en el ejercicio de poder y la consecuente afectación a la Constitución y los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuando se utilizan esas facultades extraordinarias para situaciones igualmente excepcionales, como la generada por la pandemia del covid-19. Ese control también se extiende a los decretos ordinarios o actos administrativos que reglamentan los decretos legislativos emitidos en el marco de esas funciones extraordinarias, si bien esta competencia de revisión automática para ese tipo de normas, recae en la jurisdicción contencioso-administrativa -que tiene como máximo tribunal al Consejo de Estado (según el artículo 20 de la Ley 137 de 1994).

Siendo así, el debate de posiciones dentro del Consejo de Estado, sobre si debía existir control automático de actos emitidos en virtud de la Resolución 385 de 2020, norma que tuvo la misma fundamentación fáctica del Decreto Legislativo 417 de 2020 (la pandemia del covid-19), y que sirvió de base para éste último, giraba en torno al control que debía existir sobre el poder ejecutivo para evitar cualquier tipo de exceso o extralimitación en el control social y en la restricción de los derechos de los ciudadanos.

Queda la pregunta sobre el control material y de fondo de decretos y actos administrativos con identidad de sustento y justificación normativa, que sin embargo contaron con controles diversos, en unos casos automáticos, en otros, los más severos en cuanto a la restricción de derechos, sólo a petición de parte, debido a diferencias formales en su promulgación.

Bajo el marco de la emergencia declarada por el Decreto Legislativo 417 de 2020 se emitieron 73 decretos legislativos, de los cuales 4 (5.48%) fueron declarados inexequibles, 34 (46.58%) fueron declarados exequibles sin condicionamientos, y 35 (47.95%) fueron declarados exequibles de manera parcial o con condicionamientos. Por otro lado, bajo el marco de la declaratoria de emergencia por medio del Decreto Legislativo 637 de 2020, se emitieron 42 decretos legislativos, de los cuales 3 (7.14%) fueron declarados inexequibles, 23 (54.76%) fueron declarados exequibles sin condicionamientos, y 16 (38,1%) fueron declarados exequibles de manera parcial o con condicionamientos.⁸

Tabla 3. Revisión de decretos legislativos emitidos en el marco de las emergencias sociales, económica y/o ecológica

Estado de emergencia económica, social y/o ecológica	Inexequibles	Exequibles parcial o condicionadamente	Exequibles	Total
Decreto Legislativo 417 de 2020	4	34	35	73
Decreto Legislativo 637 de 2020	3	23	16	42

⁸ Información tomada de la Relatoría de la Corte Constitucional, en el microsítio de estadísticas del control de los decretos legislativos. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/micrositios/estado-de-emergencia/estadisticas.php>

Como se ve, en ambos casos la tasa de inexecutableidad rondó el 6-8% y la de executableidad condicionada o parcial el 39-48%. La Corte Constitucional, pues, tuvo una intervención considerable en la limitación de las normas con fuerza de ley que emitió el Gobierno Nacional en el marco de las emergencias declaradas.

Se trató de un control real que se anticipó a la posibilidad de extralimitación de funciones o afectación a los derechos fundamentales de las personas, en las normas emitidas durante estas emergencias.

Ahora bien, observación aparte requieren los decretos que ordenaron el aislamiento obligatorio de la ciudadanía, pues fueron formalmente independientes de las declaratorias de emergencia. Es decir, los decretos que prohibieron, para la mayoría de los eventos, la movilización de las personas y las actividades sociales, económicas y culturales, no fueron emitidos como decretos legislativos en el marco de las emergencias declaradas por los Decretos Legislativos 417 y 637 de 2020.

Tabla 4. Decretos que restringieron movilidad y actividades sociales, económicas y culturales

Norma	Fecha	Objeto	Restricción directa o indirecta del derecho fundamental a la salud
Decreto 457 de 2020	22 de marzo	Restricción de movilidad y aislamiento obligatorio	Restringió la movilidad de los ciudadanos, su interacción social y actividad física.
Decreto 531 de 2020	08 de abril		
Decreto 593 de 2020	24 de abril		
Decreto 636 de 2020	06 de mayo		
Decreto 689 de 2020	22 de mayo		
Decreto 749 de 2020	28 de mayo		
Decreto 878 de 2020	25 de junio		
Decreto 990 de 2020	09 de julio		
Decreto 1076 de 2020	28 de julio		
Decreto 1168 de 2020	25 de agosto	Distanciamiento individual. Solo restringe: i) eventos que implique aglomeración; ii) bares, discotecas y lugares de baile; y iii) consumo de bebidas alcohólicas en establecimientos públicos	Restricción sobre la vida social de entretenimiento
Decreto 1150 de 2020	28 de noviembre		

Estos decretos reglamentarios no se emitieron en el marco de las declaratorias de emergencia económica, social y ecológica de los Decretos Legislativos 417 y 637 de 2020, a pesar de que implicaron significativas restricciones de derechos y un cambio drástico en la realidad social del país. Por tal formalidad, no hubo claridad sobre el tipo de control judicial que debían tener. Varias preguntas surgieron: ¿las medidas para enfrentar la pandemia del covid-19 debían ser tomadas por el Congreso de la República y el Presidente de la República, con base en sus facultades ordinarias, o solo por el presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias? ¿tenía facultades suficientes el Presidente de la República para restringir a tal punto el movimiento de las personas y la vida social para proteger la salud pública?, ¿son legítimas y constitucionales medidas que restringen y limitan los derechos de todas las personas, para proteger una destinación proporcional de los recursos e infraestructura del sistema de salud?, ¿las medidas de restricción de circulación hacen parte de las competencias ordinarias o extraordinarias de regulación del presidente de la República?, ¿qué tipo de control de constitucionalidad, automático o rogado, dente tener esas medidas?

Estas preguntas no fueron contestadas a cabalidad por la Corte Constitucional o por el Consejo de Estado. Por una parte, la Corte Constitucional no aceptó la solicitud de varias organizaciones e intervinientes de la sociedad civil, en el proceso de constitucionalidad del Decreto Legislativo 417 de 2020 que declaró la primera emergencia, que pedían que se revisara la constitucionalidad del Decreto 457 de 2020, que ordenó el primer aislamiento obligatorio. Se solicitaba un análisis automático y oficioso de esa norma por parte de la Corte, teniendo en cuenta su relevancia constitucional y las limitaciones que impuso sobre los derechos y las libertades ciudadanas. En la sentencia C-145 de 2020, donde se estudió la constitucionalidad del Decreto Legislativo 417 de 2020, sin ahondar en las preguntas anteriores, la Corte negó el análisis automático y oficioso solicitado y señaló que los decretos de aislamiento sons susceptibles de control a través de la acción de nulidad ante el juez contencioso-administrativo, de acuerdo con lo establecido en el numeral 2 del artículo 237 constitucional y la Ley 1437 de 2011.

Por otro lado, el Consejo de Estado decidió no avocar conocimiento del control inmediato de legalidad del Decreto 457 de 2020 sobre el aislamiento obligatorio, sumándose a la tesis de la Corte Constitucional y señalando que el decreto no se fundaba en la emergencia económica, social y ecológica declarada por medio del Decreto Legislativo 417 de 2020, sino en las competencias ordinarias de reglamentación y orden público que tiene el Gobierno Nacional. Para ambas cortes, entonces, el Decreto 457 de 2020 que limitó la movilidad e interacción social, y que tuvo gran impacto en la vida de las personas porque impuso la primera cuarentena estricta, se emitió con base en las competencias ordinarias de reglamentación que tiene el Presidente de la República, y no en ejercicio de facultades extraordinarias o de emergencia. Por esta razón no mereció un análisis automático y de oficio que permitiera definir su constitucionalidad y legalidad.

A pesar de lo anterior, en otras decisiones del Consejo de Estado sobre actos administrativos emitidos en el tiempo de la emergencia económica, social y ecológica declarada por el Decreto Legislativo 417 de 2020, se reconoció que el Decreto 457 de 2020 sobre aislamiento obligatorio es un decreto legislativo. Según la relatoría del Consejo de Estado, dentro de procesos que analizaban otras normas, se emitieron 12 autos que reconocen de forma expresa que el Decreto 457 de 2020 es un decreto legislativo; 6 autos que califican de forma tácita esa naturaleza; y en 4 autos donde se admite el análisis automático de los actos que tienen como fundamento el Decreto 457 de 2020 y decretos legislativos emitidos en la emergencia.¹⁰

Pero la Rama Judicial no era la única llamada a analizar le prolífica promulgación de normas del Gobierno Nacional en el marco de la pandemia. El Congreso de la República, con base en el artículo 215 constitucional, tiene la función de analizar el informe que haga el Gobierno Nacional sobre las causas que determinaron la emergencia declarada para pronunciarse sobre la convivencia y oportunidad de las medidas tomadas. Al respecto, la Rama Legislativa recibió los informes del Gobierno Nacional que, en su gran mayoría, hicieron una síntesis y compilación de las normas emitidas en el marco de las emergencias declaradas.¹¹

⁹ Consejo de Estado, Sala de Decisión Especial Nro. 26. CP Guillermo Sánchez. Rad. 11001031500020200261100. CP Guillermo Sánchez.

¹⁰ Consejo de Estado, Relatoría. Observatorio relatoría control inmediato de legalidad. Primera Entrega. Disponible en: <http://www.consejodeestado.gov.co/consejo-de-estado/transparencia/controllegalidad/>

¹¹ Ver: <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/informe-estado-de-emergencia-covid-19>

En el Congreso de la República no se dio sin embargo un pronunciamiento expreso surgido de la deliberación y votación de sus cámaras. Sólo los miembros de la comisión accidental creada por el presidente de la Cámara de Representantes para el estudio del informe presentado por el Gobierno Nacional sobre las causas del estado de emergencia,¹² presentaron un examen en el cual también hacen una síntesis y compilación de las normas emitidas bajo el Decreto Legislativo 417 de 2020 y se “rinde informe favorable” sobre esa declaratoria de emergencia.¹³

De todo lo anterior se puede concluir que una situación extraordinaria como la generada por la pandemia del covid-19, que surgió en plazo muy corto y exigió una respuesta rápida de todos los poderes del Estado, no había sido enfrentada en el marco y con las herramientas de la Constitución de 1991 y las puso a prueba, dejando varios interrogantes y alertas para el futuro. La división de poderes en estados de excepción, los pesos y contrapesos de la Constitución, y la posibilidad de que la Rama Ejecutiva pudiera restringir o limitar ampliamente derechos de las personas e impactar la vida social y económica de la manera como se vio durante los períodos de aislamiento obligatorio, son cuestiones aún no resueltas, que requerirán de mayor elaboración normativa y jurisprudencial para contar con límites certeros y controles claros en situaciones análogas que seguramente surgirán en el mediano plazo.

Ante las medidas para gestionar la crisis, la Rama Judicial ejerció sus competencias con base en la Constitución y la Ley, pero ante la falta de norma legal, no ejerció un control cabal de las medidas tomadas por el Ejecutivo, ya que muchas se tomaron por fuera del régimen de emergencia económica, social y/o ecológica, al menos desde un punto de vista formal.

Dado que todo el Estado se vio volcado a enfrentar los efectos directos e indirectos de la pandemia del covid-19, se desdibujó la línea entre el régimen normativo ordinario y el extraordinario. De ahí el desafío que supuso para la Corte Constitucional y el Consejo de Estado definir criterios para saber qué normas que fueron emitidas durante los períodos de emergencia y que tenían relación con la pandemia del covid-19, se derivaban de las facultades extraordinarias de la Constitución y cuáles de las facultades ordinarias. También por este motivo, el Consejo de Estado tuvo varias decisiones opuestas con respecto a la naturaleza del Decreto 457 de 2020 que ordenó el primer aislamiento obligatorio. En este escenario de emergencia, por otro lado, el Congreso de la República perdió protagonismo en la producción normativa, ya que esa facultad se concentró principalmente en el Gobierno Nacional. El análisis que realizó la comisión accidental de los informes presentados por el Gobierno, según se puede ver en los documentos, no fue sustantivo y se centró en una reiteración y compilación de las medidas adoptadas. La ausencia de una deliberación parlamentaria y una decisión basada en la votación democrática de los congresistas afectó la posibilidad de que, desde ese contrapeso, existiera otro punto de control a la producción normativa que generó el Gobierno Nacional.

3. Capítulo 3: Limitación y restricción de derechos en la gestión de la pandemia

A continuación se exponen las limitaciones y restricciones, directas e indirectas, sobre algunos de los derechos de los ciudadanos, derivadas de las regulaciones y normas emitidas para enfrentar la pandemia del covid-19. La premisa básica de que toda norma jurídica puede generar una distribución de cargas, recursos, obligaciones, que en muchas ocasiones impone limitaciones o restringe los derechos de los ciudadanos, se sostiene sobre el cumplimiento de todas las exigencias del ordenamiento jurídico, para que se considere una restricción legítima y respetuosa de la Constitución y la Ley. Sin embargo, los principios de proporcionalidad y razonabilidad, como también la búsqueda constante del beneficio al bien común, deben regir siempre la creación normativa y su aplicación por parte del Estado. El poder estatal debe ser cuidadoso de no generar cargas excesivas o desproporcionadas en la población, así la finalidad para hacerlo sea legítima.

3.1. Derecho fundamental a la salud

Tras presentar brevemente el marco normativo que regula el derecho fundamental a la salud, y el funcionamiento básico del sistema de salud en Colombia (3.1.1), se exponen las principales normas emitidas por las autoridades competentes, dentro del marco de las declaratorias de emergencia sanitaria y de emergencia económica, social y ecológica, que han afectado dicho funcionamiento en el desarrollo de la pandemia (3.1.2). Por último se hace una síntesis de las restricciones que ha sufrido el derecho fundamental a la salud por la pandemia del covid-19.

3.1.1. Marco normativo y funcionamiento general del sistema de salud

El reconocimiento y protección del derecho fundamental a la salud y la regulación del sistema de salud están consagrados en la Constitución de 1991¹⁴. En su artículo 49 se consagra el derecho de acceso a la promoción, protección y recuperación de la salud, como también el deber de todas las personas de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad. A su vez, en el artículo 48, y también en el 49, se establece que el servicio de salud es un servicio público que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Para la prestación de ese servicio público pueden concurrir tanto entidades públicas como sujetos de derecho privado.

A nivel legal, la Ley 100 de 1993 establece el sistema de seguridad social integral (artículos 1 al 9) que contiene el sistema general de seguridad en salud (SGSS) (artículos 152 y siguientes), el cual regula el servicio público esencial de salud y las condiciones de acceso de toda la población a ese servicio. Esta Ley ha sido modificada en varias ocasiones, por normas como la Ley 1438 de 2011, la Ley 1122 de 2007 y la Ley 1751 de 2015, entre otras. La Ley 100 de 1993 establece la regulación general de los principales actores del sistema, los deberes estatales de intervención y regulación, los tipos de afiliación y regímenes de beneficios, los principios que rigen el sistema, entre otros asuntos.

Al SGSS se le aplican los principios consagrados en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993¹⁵. En términos generales el SGSS funciona de la siguiente manera. El Gobierno Nacional dirige, orienta, regula, controla y vigila el SGSS (literal a del artículo 156). La orientación, regulación y control lo hace a través del Ministerio de Salud y Protección Social (artículo 170), y el control y vigilancia a través de la Superintendencia de Salud (artículo 230). Todos los habitantes del país deben estar afiliados al sistema y tener la posibilidad de acceder al Plan de Beneficio de Salud (PBS) que este garantiza (literal b, artículo 156, y numeral 3.4, artículo 153). La afiliación al sistema estará a cargo de las EPS, así como el recaudo de la cotización, según la delegación que hacía antes el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) (ahora Administradora de los Recursos del

¹⁴ El derecho fundamental a la salud también está protegido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, específicamente en el artículo 10 del Protocolo de San Salvador (Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales) y en el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Así mismo, la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha tenido impacto en este sistema, con algunas sentencias como: Corte Constitucional, Sala Plena. T-402 de 1992. MP Eduardo Cifuentes; T-760 de 2008. MP Manuel José Cepeda; SU-043 de 1995. MP Fabio Moron; C-251 de 1997. MP Alejandro Martínez; SU-111/97. MP Eduardo Cifuentes; C-112 de 1998. MP Carlos Gaviria; C-117 de 2008. MP Manuel José Cepeda; T-010 de 2019. MP Cristina Pardo.

¹⁵ 1. Universalidad: cobertura a todos los residentes del país; 2. Solidaridad: Mutuo apoyo para garantizar acceso y sostenibilidad de los servicios del sistema; 3. Igualdad: No discriminación en el acceso al servicio; 4. Obligatoriedad: Afiliación obligatoria a todos los residentes del país; 5. Prevalencia de derechos: Prevalencia de asistencia a mujeres en estado de embarazo y a los niños, niñas y adolescentes; 6. Enfoque diferencial: Eliminación de situaciones de discriminación y marginación a poblaciones con características específicas; 7. Equidad: Garantía de acceso al Plan de Beneficios (PBS) por parte de los afiliados, independientemente de la capacidad de pago; 8. Calidad: Servicios de salud con base en evidencia científica y provisión de atención humanizada; 9. Eficiencia: Óptima relación entre recursos y resultados en salud y calidad de vida; 10. Participación social: Intervención de la comunidad en organización, gestión y fiscalización del sistema; 11. Progresividad: Gradualidad en la actualización de las prestaciones del PBS; 12. Libre escogencia: Selección libre de la Entidad Prestadora de Salud (EPS) y la Institución Prestadora de Salud (IPS) dentro de su red; 13. Sostenibilidad: Flujo ágil y expedito de recursos y cumplimiento de sostenibilidad fiscal en decisiones del sistema; 14. Transparencia: Las condiciones de prestación del servicio y la relación de los distintos actores deberá ser transparente; 15. Descentralización: Gestión descentralizada con intervención de entidades territoriales; 16. Complementariedad y concurrencia: Complementación de acciones y recursos de distintos actores del sistema; 17. Corresponsabilidad: Autocuidado de las personas y sus familias; 18. Irrenunciabilidad: el derecho fundamental a la salud es irrenunciable; 19. Intersectorialidad: acción conjunta y coordinada de distintos actores del sistema; 20. Prevención: Enfoque de precaución a la gestión del riesgo; y 21. Continuidad: toda persona dentro del sistema tiene vocación de permanencia.

Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES¹⁷ (literal d, artículo 156). Además, el sistema tiene dos regímenes de afiliación: el contributivo y el subsidiado. Por cada persona afiliada y beneficiaria del SGSS, la EPS recibe una Unidad de Pago por Capitación (UPC), que es el precio establecido periódicamente por el Ministerio de Salud y Protección Social cada año (numeral 34, artículo 2, Decreto Ley 4107 de 2011) y que es reconocida por la ADRES. La ADRES se encarga, entonces, de hacer el giro de recursos a la EPS por cada afiliado que tenga y la EPS, con una función de contención de costos, deberá usar esos recursos y los demás de su funcionamiento para garantizar los servicios del Plan de beneficios (PBS) a favor de sus afiliados.¹⁸

3.1.2. Normas emitidas en virtud de la emergencia sanitaria y de la emergencia social y económica que restringieron el goce del derecho a la salud

En una revisión general de las normas emitidas en el marco de las emergencias sanitarias y las emergencias económica, social y/o ecológica declaradas por el Gobierno Nacional, se encontraron las siguientes normas que profirió el Presidente de la República dentro de los marcos ordinario y legislativo (extraordinario), que restringen de manera directa o indirecta el derecho fundamental a la salud:

Tabla 5. Normas que restringieron el derecho fundamental a la salud

Norma	Objeto	Restricción directa o indirecta del derecho fundamental a la salud
Decreto Legislativo 476 de 2020	Medidas tendientes a garantizar la prevención, diagnóstico y tratamiento del Covid-19	<ol style="list-style-type: none"> 1. Flexibilización de requisitos de evaluación de solicitudes de registro sanitario para medicamentos, dispositivos, etc., que se requieren para prevención y diagnóstico del covid-19. 2. Trámite prioritario a las solicitudes de registros sanitarios nuevos o permisos de comercialización y renovaciones de medicamentos que se encuentren en normas farmacológicas, productos fitoterapéuticos y dispositivos médicos, cuya clasificación de riesgo sea II y III que se requieran para la prevención, diagnóstico y/o tratamiento del Covid- 19, o aquellos determinados como de primera línea, accesorios o especiales.
Decreto Legislativo 538 de 2020	Prestación de servicios de salud a pacientes afectados por covid-19	<ol style="list-style-type: none"> 1. Autorización a los prestadores del servicio de salud para: <ol style="list-style-type: none"> a. Adecuación temporal de espacios no destinados en un principio a la atención en salud (incluso por fuera de instalaciones de prestadores del servicio). b. Ampliación de capacidad instalada del servicio. c. Prestación de servicio en modalidades o complejidades diferentes a las habilitadas. d. Prestación de servicios de salud no habilitados. 2. Destinación de recursos del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud - FONSAET- para garantizar la prestación del servicio de salud a la población afectada por la pandemia del covid-19. 3. Obligación de las EPS de implementar plataformas tecnológicas para actividades de telesalud. Permiso para prescripción de medicamentos y recepción del consentimiento informado del paciente.

¹⁶ El contributivo es aquel donde el afiliado paga una suma de dinero periódica calculada sobre sus niveles de ingresos; mientras que el subsidiado es el régimen financiado por los aportes de la Nación, las entidades territoriales, la ADRES y los recursos de los afiliados en la medida de sus capacidades (artículos 162 y siguientes).

¹⁷ Para el 2020 definida en la Resolución 3513 de 2019 del Ministerio de Salud y Protección Social.

¹⁸ El PBS es el conjunto de beneficios, servicios, medicamentos, procedimientos y tecnologías a las cuales tiene derecho todo afiliado al SGSS, que debe actualizarse cada dos años (artículo 25 de la Ley 1438 de 2011) y que es definido por el Ministerio de Salud y Protección Social. La definición del PBS, desde la Ley 1751 de 2015, se basa en un criterio de exclusión según el cual hay una garantía de servicios y medicamentos a los usuarios del sistema, con excepción de los excluidos según los criterios del artículo 15 de la Ley mencionada. Para la determinación del PBS, según el parágrafo 2 del artículo 162 de la Ley 100 de 1993, se deben tener en cuenta los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema.

Decreto 457 de 2020	Restricción de movilidad y aislamiento obligatorio	Restringió la movilidad de los ciudadanos, su interacción social y actividad física.
Decreto 531 de 2020		
Decreto 593 de 2020		
Decreto 636 de 2020		
Decreto 689 de 2020		
Decreto 749 de 2020		
Decreto 878 de 2020		
Decreto 990 de 2020		
Decreto 1076 de 2020		

Como se observa, dentro de las medidas tomadas por el Gobierno Nacional está la flexibilización y priorización de los trámites de aprobación y evaluación de registros sobre medicamentos y tecnologías para combatir el covid-19; la autorización a las EPS e IPS para la prestación de nuevos servicios y la ampliación de su infraestructura de servicios, con el fin de contener la demanda generada por el covid-19; y la autorización para que las EPS e IPS garanticen la prestación del servicio de salud a través de las TIC.

En términos generales estas medidas implicaron una mayor permisividad del Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Protección Social y el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), sobre las solicitudes de registro de medicinas y tecnologías para combatir el covid-19. Esta permisividad pudo significar, con la flexibilización del análisis de registros, una reducción o por lo menos una falta de certeza sobre la calidad de los productos que garantizan el derecho a la salud de los usuarios de las nuevas medicinas o tecnologías. Se puede inferir que la razón subyacente de esa flexibilización es la necesidad que tiene el Estado de agilizar la atención en salud frente a una nueva enfermedad que impacta el perfil epidemiológico nacional.

Ese aumento de permisividad también fue a favor de las EPS e IPS ya que se les autorizó la ampliación de servicios y de infraestructura para enfrentar la demanda de servicios que genera el covid-19. Al ceder parcialmente la facultad de inspección particular y autorización previa de la ampliación de servicios y de infraestructura, con la autorización general del Decreto Legislativo 538 de 2020, el Gobierno Nacional dio un voto de confianza a las EPS e IPS sobre la nueva capacidad de servicio ofrecido a los ciudadanos. Esa cesión, que también se deriva de la necesidad de agilizar el aumento de oferta del sistema de salud por el impacto de la pandemia del covid-19 en el perfil epidemiológico nacional, pudo significar una reducción o por lo menos una falta de certeza sobre la calidad de la ampliación de capacidad instalada y de la prestación de servicios diferentes a los habilitados por parte de las EPS e IPS.

Por otro lado, se buscó garantizar el flujo de recursos al sistema de salud con la destinación de los recursos del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (FONSAET), que fue creado por la Ley 1438 de 2011 con el objeto de asegurar el pago de las obligaciones por parte de las Empresas Sociales del Estado. Esta destinación de recursos afecta de manera directa o indirecta la financiación del sistema, respecto de los servicios diferentes a los derivados del covid-19, porque se trata de recursos que existían desde antes de la pandemia y que no provienen del Fondo Especial que fue creado para su mitigación (el Fondo de Mitigación de Emergencias FOME, creado en el Decreto Legislativo 444 de 2020).

Entre las medidas tomadas también se encuentran todos los decretos emitidos por el presidente de la República que limitaron la movilidad y la interacción social de las personas y que, por lo tanto, significaron una

fectación al derecho fundamental a su salud física y mental.¹⁹ La falta de movilidad e interacción social, junto a los efectos negativos en su economía personal y familiar por la parálisis del sistema productivo, significó el aumento del estrés, ansiedad y depresión de las personas. De igual forma, la falta de movilidad impactó el estado físico y de salud de las personas que cumplieron las medidas de asilamiento, por la imposibilidad de hacer actividades físicas por fuera de casa y por el cierre de gimnasios y establecimientos deportivos y recreativos.²⁰

Además de las medidas tomadas a través de los decretos legislativos y ordinarios, el Gobierno Nacional, por medio del Ministerio de Salud y Protección Social, también emitió regulaciones con el objetivo de combatir la pandemia del covid-19. Se encontraron las siguientes regulaciones, de carácter ordinario y también derivadas de las facultades que otorga el artículo 69 de la Ley 1753 de 2015 al Ministerio de Salud y Protección Social para declarar la emergencia sanitaria y tomar medidas para enfrentarla, que impactaron y restringieron de manera directa o indirecta el derecho a la salud de las personas:

Tabla 6. Normas que restringieron el derecho fundamental a la salud y que fueron emitidas por el Ministerio de Salud y Protección Social

Norma	Objeto	Restricción directa o indirecta del derecho fundamental a la salud
Resolución 521 de 2020	Atención ambulatoria a población de alto riesgo (mayor de 70 años, con condiciones de base o inmunosupresión por enfermedad o medicamento) durante la emergencia	Orden de atención a domicilio y por telemedicina a grupos de riesgo (mayor de 70 años, con condiciones de base o inmunosupresión por enfermedad o medicamento) durante la emergencia
Resolución 500 de 2020	Transferencia de recursos de la ADRES a las EPS	Permiso a la ADRES para anticipar el giro de recursos a las EPS durante la vigencia 2020 y agilizar dicha transferencia
Resolución 617 de 2020	Prescripción de medicamentos con usos no incluidos en registros sanitarios	1. Se establece procedimiento expedito para la evaluación y aprobación de los usos no incluidos en el registro sanitario para el tratamiento del covid-19. 2. Se omite aplicación de procedimiento de las resoluciones 1885 de 2018 y 2438 de 2018.
Resolución 619 de 2020	Compra de cartera por parte de la ADRES, en la que la IPS es acreedora y la EPS es deudora	Se establece mecanismos de compra de cartera por parte de la ADRES a favor de las IPS
Resolución 507 de 2020	Uso de recursos del Sistema General de Participaciones (SGP) en el marco de la pandemia del covid-10	Se autoriza a las entidades territoriales la destinación específica de los recursos de salud pública del SGP para adquirir y suministrar insumos para combatir pandemia del covid-19
Resolución 536 de 2020	Adopta plan de acción para la prestación de servicios de salud durante las etapas de contención y mitigación de la pandemia	1. Restricción de atención de servicios de salud bucal no urgentes, según medidas de restricción de las autoridades por la pandemia. 2. Restricción de consulta externa en modalidad intramural para algunos procedimientos de promoción, prevención y servicios ambulatorios. 3. Suspensión de cirugía ambulatoria y procedimientos no urgentes, que no tengan grave afectación o riesgo sobre la vida o complicaciones de patologías de las personas.
Resolución 537 de 2020	Modificación de Clasificación Única de Procedimientos en Salud (CUPS) financiados con recursos de la UPC	Se agregan las pruebas de diagnóstico del covid-19 en la CUPS
Resolución 1003 de 2020	Prohibición de aglomeración	Se prohíben aglomeraciones en espacios cerrados o abiertos donde las personas no puedan mantener una distancia de por lo menos dos metros.

¹⁹ UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA; PSY-COVID. Efectos en la salud mental de la población colombiana durante la pandemia del covid-19. Agosto, 2020. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/343982426_Comportamiento_social_de_la_poblacion_colombiana_durante_la_pandemia_del_COVID-19; MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Salud mental, uno de los principales retos de la pandemia. Botellin de prensa 237 de 2020, 09 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Salud-mental-uno-de-los-principales-retos-de-la-pandemia.aspx>

²⁰ Op. Cit. Efectos en la salud mental de la población colombiana durante la pandemia del covid-19.

Resolución 1161 de 2020	Servicios y tecnologías en salud que integran canasta de servicios para atención del Covid-19	Se definió el costo de disponibilidad de camas UCI e intermedias para el tratamiento del covid-19, que reconocerá la ADRES a las IPS.
Resolución 1174 de 2020	Ampliación de certificaciones de acreditación a las IPS	Se amplía de manera automática la certificación de acreditación de las IPS.
Resolución 1515 de 2020	Adición de gastos a Subcuenta del Régimen Subsidiado en Salud	Se adicionan como gasto de la Subcuenta del Régimen Subsidiado en Salud las acciones de salud pública frente a la pandemia del covid-19

De esta forma, a nivel reglamentario también aparecen medidas que flexibilizan el control e inspección de calidad de los servicios ofrecidos en el sistema de salud. Por un lado se establece un procedimiento expedito para la evaluación y aprobación de los usos no incluidos en el registro sanitario de medicamentos para el tratamiento del covid-19 y se permite la omisión de procedimientos de evaluación que eran exigidos antes sobre ese tipo de usos. También, se amplía de manera automática, sin evaluación previa, la certificación de acreditación de las IPS. Estas medidas afectan la certeza de calidad y el nivel de confianza sobre las IPS y sobre los medicamentos aprobados para el tratamiento del covid-19 con usos no incluidos en su registro sanitario.

Por otro lado, frente al acceso y la oportunidad de la atención en salud, durante las etapas de mitigación y contención de la pandemia, se restringió: (i) la atención a servicios de salud bucal no urgentes; (ii) la consulta externa en modalidad intramural para algunos procedimientos de promoción, prevención y servicios ambulatorios; y, (iii) las cirugías ambulatorias y procedimientos no urgentes, que no tuvieran grave afectación o riesgo sobre la vida o complicaciones de patologías de las personas. Si bien estas restricciones tenían como finalidad la ampliación de servicios y atención en las IPS, como medio de preparación frente al aumento de demanda por el covid-19, tuvieron como efecto también la afectación al derecho fundamental a la salud de las personas que necesitaban ese tipo de tratamientos.

Por otro lado, frente a la calidad de atención en salud, se ordenó a las EPS e IPS atender en el domicilio y por telesalud a los grupos de mayor riesgo frente al covid-19, durante el término de la declaratoria de emergencia. Si bien esta medida busca proteger a esa población con características que aumentan el riesgo frente al covid-19 y evitar su asistencia presencial a clínicas y hospitales (por ser sitios de alto riesgo de contagio), también implicó una disminución de calidad en la atención teniendo en cuenta las limitaciones de acceso a la telesalud (por problemas de conectividad,²¹ alfabetización digital, información, etc.) y los recursos limitados del sistema para garantizar la atención a domicilio, que significan barreras para que las personas de alto riesgo encuentren una atención oportuna y de calidad por parte del sistema.²²

La financiación del sistema y el flujo de recursos para combatir la pandemia también fue objeto de reglamentación. Se le permitió a la ADRES anticipar el giro de recursos a las EPS durante la vigencia 2020 y comprar la cartera de las IPS que todavía no habían recibido los pagos debidos por parte de las EPS. Así mismo, se definió el valor que reconocerá la ADRES a las IPS por la disponibilidad de camas UCI e intermedias para el tratamiento del covid-19 y se agregaron las pruebas de diagnóstico del covid-19 en la Clasificación Unica de Procedimientos en Salud (CUPS) financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Por último se agregaron como gasto a la Subcuenta del Régimen Subsidiado en Salud, las acciones de salud pública con ocasión de la pandemia del covid-19.

Estas medidas de financiación tienen un impacto inevitable en el sistema de salud, derivado también de una enfermedad que cambió el perfil epidemiológico del país. De esta forma, de manera directa o indirecta, la

²¹ LA MESA POR LA VIDA Y LA SALUD DE LAS MUJERES. Barreras de acceso a la Interrupción Voluntario del Embarazo en el contexto de la pandemia del covid-19. Junio de 2020. P. 6.

²² PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Procuraduría solicitó a Supersalud adoptar medidas urgentes que garanticen la prestación de servicios de salud a pacientes no covid-19. 14 de julio de 2020. Disponible en: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/Procuraduria-solicito-a-Supersalud-adoptar-medidas-urgentes-que-garanticen-la-prestacion-de-servicios-de-salud-a-pacientes-no-covid-19-news>; EL COLOMBIANO. EPS no pueden dejar de atender enfermedades diferentes a covid-19: Defensor. 08 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.elcolombiano.com/colombia/salud/eps-no-pueden-dejar-de-atender-otras-enfermedades-diferentes-a-covid-19-defensor-del-pueblo-NP12955877>

destinación de recursos del sistema de salud para atender la pandemia del covid-19 significó una reducción de la destinación de esos recursos para la atención de otras patologías; sobre todo porque se trató de una nueva patología que impactó el perfil epidemiológico del país en un corto plazo, sin dejar mayor tiempo de preparación para que el sistema lo pueda contener. Lo anterior es más claro cuando se están destinando recursos periódicos del sistema de salud, que existían antes de la pandemia, por ejemplo la asignación de gastos de la Subcuenta del Régimen Subsidiado o la adición de la prueba diagnóstica del covid-19 a los recursos de las UPS, para combatir el covid-19; y no los que componen el FOME que era la fuente de recursos destinada, según el Decreto Legislativo 444 de 2020 que lo crea, a financiar la atención en salud en el marco de la pandemia. Es decir, en lugar de destinar los recursos del FOME, que fue creado de manera excepcional para atender las necesidades de la pandemia del covid-19, se han usado recursos ordinarios del sistema de salud (incluyendo los de la Subcuenta del Régimen Subsidiado) para atender la pandemia, afectando así de manera directa o indirecta la financiación del servicio de salud frente a otras necesidades históricas del sistema. El sistema de salud tiene una oferta limitada de servicios, definidos en el PBS, que aumentaron por el nuevo virus del covid-19. Esta oferta ampliada, al estar financiada por los recursos ordinarios del sistema, que existían antes de la pandemia, encontró una reducción de recursos para el tratamiento de otras patologías.

Por último, a nivel reglamentario se reforzó la restricción de interacción social porque se prohibieron las aglomeraciones en espacios cerrados o abiertos donde las personas no puedan mantener una distancia de por lo menos dos metros. Es claro que esta medida busca la reducción de contagios de covid-19 luego de la apertura de varios sectores productivos del país; sin embargo, también tiene un efecto negativo en la salud mental de las personas al mantener una restricción de interacción social que cambia las dinámicas que existían antes de la pandemia. Se trata así de una consecuencia negativa inevitable de este tipo de medidas, que impacta en la salud mental de los ciudadanos al aumentar la ansiedad, estrés y la depresión.

3.1.3. Restricciones al derecho fundamental a la salud derivadas de la pandemia del covid-19 y de las normas emitidas para enfrentarla

Las principales restricciones al derecho a la salud que se derivaron de la normatividad que se emitió para enfrentar la pandemia, se han evidenciado en de la siguiente manera:

1. La disminución de los recursos destinados para el tratamiento y el servicio de salud con respecto a las patologías diferentes al covid-19. Como se explicó líneas atrás, el hecho de que se destinen recursos ordinarios del sistema de salud, que existían antes del estado de emergencia sanitaria y el estado de emergencia social y económica, para enfrentar la pandemia del covid-19, significó de forma directa o indirecta la disminución de recursos para garantizar el restante Plan de Beneficios de Salud (PBS) que debe asegurar el sistema de salud. La respuesta del sistema de salud a la pandemia exigía, por la rapidez de su aparición, una financiación por fuera de los recursos ordinarios del sistema, para que la oferta de servicios se adecuara al gran aumento de demanda derivada por el golpe epidemiológico de la pandemia. Si bien el Gobierno Nacional creó fondo especial para la emergencia, el FOME, se destinaron recursos ordinarios del sistema de salud, de la Subcuenta del Régimen Subsidiado, de la Unidad de Pago por Capitación (UPC), y del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud, para financiar la respuesta a la pandemia. Estos recursos, que han existido desde antes de la pandemia, al destinarse para enfrentar una nueva patología que modifica el perfil epidemiológico del país, reduce su destinación para la atención de otras enfermedades que busca atender el PBS.

2. La pandemia en sí misma y las restricciones a la movilidad e interacción social generaron impactos negativos en la salud mental de las personas. En un estudio de la Universidad Autónoma de Barcelona se

²³ COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DE LA SENTENCIA T-760 DE 2008; FUNDACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO DE LA SALUD Y LA SEGURIDAD SOCIAL (FEDESALUD); FEDERACIÓN MÉDICA COLOMBIANA. Intervención ciudadana con relación al Decreto Legislativo 417 de 2020. 6 de abril de 2020. P. 7.

encontró que los colombianos reportaron en ansiedad (29%), depresión (35%), somatización (31%) y soledad (21%).²⁴ Además, según la información del Ministerio de Salud y Protección Social, entre marzo y agosto se han recibido 7.210 llamadas a la línea 192 para solicitar orientación en salud mental.²⁵ Según la información del Ministerio, las razones por las cuales las personas consultan con mayor frecuencia son síntomas de depresión, de ansiedad, afectaciones por distintas formas de violencia al interior del hogar y consumo de sustancias psicoactivas.²⁶ Las EPS también reportaron que, en la implementación de la Resolución 521 de 2020, se hicieron 322.000 orientaciones en salud mental por teléfono, entre marzo y agosto de 2020.²⁷ Por otro lado, en una encuesta realizada por la Asociación Profamilia se concluyó que el 75% de los encuestados ha sufrido una afectación en su salud mental por las medidas de aislamiento. Esas personas afectadas manifestaron sentir nervios (54%), cansancio sin motivo (52%), impaciencia y ansiedad (46%), y rabia (34%).²⁸

3. Existió un aumento de quejas y reclamos en contra de las IPS y EPS por la atención en salud. Entre marzo y octubre de 2020 la Superintendencia de Salud recibió 567.908 quejas en contra de los obligados de garantizar el servicio de salud, que implicaron un aumento de 37.977 frente a las reportadas por el mismo período de 2019. Del total de quejas hasta octubre de 2020, el 81,7% se presentaron por restricciones de acceso a los servicios de salud.²⁹

4. El Ministerio de Salud y Protección Social fue accionado o vinculado a 1.977 procesos de tutela, por la presunta violación al derecho fundamental a la salud, entre marzo y octubre de 2020, relacionado con los servicios y garantías de ese derecho frente a los efectos generados por la pandemia del covid-19.³⁰ Por otro lado, en la línea 192 para recibir información sobre el covid-19, el Ministerio de Salud y Protección Social reportó que recibió, entre marzo y agosto de 2020, 241.466 llamadas. De esas llamadas, 57.988 fueron sobre el reporte de posibles casos de covid-19.³¹

5. Con relación a la calidad del servicio de salud las siguientes medidas significaron de manera directa o indirecta una incertidumbre o reducción sobre la calidad del servicio: (i) la flexibilización y priorización de los trámites de aprobación y evaluación de registros sobre medicamentos y tecnologías para combatir el covid-19; (ii) la autorización a las EPS e IPS para la prestación de nuevos servicios y la ampliación de su infraestructura de servicios, sin evaluación previa, con el fin de contener la demanda generada por el covid-19; (iii) la autorización para que las EPS e IPS presten el servicio a través de telemedicina, porque existen barreras tecnológicas, de información y competencias en el manejo de las TIC. Entre marzo y agosto de 2020 se hicieron 19.903.602 teleconsultas de las cuales solo 1.882.210 fueron por covid-19 y poco más de 18 millones por enfermedades diferentes;³² y (iv) la creación de un procedimiento expedito para la evaluación y aprobación de los usos no incluidos en el registro sanitario de medicamentos para el tratamiento del covid-19, con el permiso de omitir procedimientos de evaluación que se exigían antes sobre ese tipo de usos.

6. Con relación al acceso y oportunidad de la atención en salud, durante las etapas de mitigación y contención de la pandemia, las medidas tomadas restringieron: (i) la atención a servicios de salud bucal no urgentes; (ii) la consulta externa en modalidad intramural para algunos procedimientos de promoción,

²⁴ Op. Cit. Efectos en la salud mental de la población colombiana durante la pandemia del covid-19

²⁵ Según respuesta a requerimiento 11.306 enviado por la Procuraduría Delegada para la Defensa del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad.

²⁶ MINISTERIO DE SALUD. Línea 192 ya ha atendido 2.100 llamadas para atención en salud mental. Boletín de prensa 262 de 2020. 16 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Linea-192-ya-ha-atendido-2.100-llamadas-para-atencion-en-salud-mental.aspx>

²⁷ Según respuesta a requerimiento 11.306 enviado por la Procuraduría Delegada para la Defensa del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad.

²⁸ PROFAMILIA. Respuesta social a las medidas del gobierno para controlar el nuevo coronavirus durante la etapa temprana en Colombia, 8-20 de abril de 2020. Estudio Solidaridad. 27 de abril de 2020. P. 13

²⁹ Estas cifras no incluyen las peticiones de información. SUPERINTENDENCIA DE SALUD. Comportamiento de peticiones, quejas, reclamos o denuncias (PQRD) y solicitudes de información. 2020 (enero a julio). Disponible en:

https://www.supersalud.gov.co/es-co/Paginas/ProteccionC3%B3n%20al%20Usuario/reportes-de-peticiones-quejas-reclamos-o-denuncias.aspx#Default=%7B%22k%22%3A%22%22%7D#61dfb760-a507-4b22-b121-27c17ecef8a4=%7B%22k%22%3A%22filename%3A%5C%22RQ*%5C%22%22%2C%22s%22%3A11%7D#35311fdb-bd85-4be8-8488-0ccb30487278=%7B%22k%22%3A%22%22%7D#03593671-efb7-4b22-bce4f544f80c88bf=%7B%22k%22%3A%22%22%7D

³⁰ Según respuesta a requerimiento 11.306 enviado por la Procuraduría Delegada para la Defensa del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad.

³¹ Según respuesta a requerimiento 11.306 enviado por la Procuraduría Delegada para la Defensa del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad.

³² Según respuesta a requerimiento 11.306 enviado por la Procuraduría Delegada para la Defensa del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad.

prevención y servicios ambulatorios; y, iii) las cirugías ambulatorias y procedimientos no urgentes, que no tuvieran grave afectación o riesgo sobre la vida o complicaciones de patologías de las personas. La priorización de servicios de salud relacionados con el diagnóstico y tratamiento del covid-19 significó la negación o creación de barreras de acceso a servicios de salud diferentes.³³

3.2. Derecho fundamental a la libre circulación

Se presentará el marco normativo que regula el derecho fundamental a la libre circulación y se explicarán cuáles son las principales normas emitidas por las autoridades competentes con relación a ese derecho, dentro del marco de las declaratorias de emergencia sanitaria y de emergencia económica y social. En último lugar, se sintetizarán las restricciones que ha sufrido el derecho fundamental a la salud por la pandemia del covid-19.

3.2.1. Marco normativo del derecho fundamental a la libre circulación

El derecho fundamental a la libre circulación está consagrado en el artículo 24 de la Constitución: “Art. 24. Todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia.” (énfasis añadido). Así, este derecho contiene las siguientes prerrogativas tiene los siguientes componentes: 1. Circular libremente en el territorio nacional, 2. Entrar y salir libremente del territorio nacional, 3. Permanecer y residenciarse en Colombia.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en repetidas ocasiones ha indicado que este derecho es fundamental, por ejemplo en la Sentencia T-202 de 2013:³⁴

“El derecho a la circulación y residencia es una de las libertades fundamentales que se ejerce en distintas dimensiones. por una parte, está dirigida a garantizar la posibilidad que tiene toda persona de transitar libremente por los lugares que desee, bien sea dentro de su país o en donde es visitante, con algunas limitaciones legítimas; por otra parte, se define como la libertad que tiene toda persona de decidir su lugar de residencia; y finalmente, se puede traducir en la libertad de cada individuo de salir de cualquier país, incluso del propio, y de regresar cuando así lo considere, sometiéndose a ciertas restricciones legítimas como el porte de visas, etc.” (énfasis añadido)

En esta misma sentencia, la Corte hace un análisis de las normas supranacionales que integran Bloque de Constitucionalidad y que delimitan este derecho a condiciones de restricciones legítimas para su goce. Por ejemplo el artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos que dispone:

“Derecho de Circulación y de Residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

³³ Por ejemplo la Interrupción Voluntario del Embarazo (IVE). EL ESPECTADOR, Redacción Judicial. Ministerio de Salud ordena continuar con la atención en salud sexual y reproductiva. 25 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.elspectador.com/coronavirus/ministerio-de-salud-ordena-continuar-con-la-atencion-en-salud-sexual-y-reproductiva-articulo-916571/>; LA MESA POR LA VIDA Y LA SALUD DE LAS MUJERES. Barreras de acceso a la Interrupción Voluntario del Embarazo en el contexto de la pandemia del covid-19. Junio de 2020. P. 6.

³⁴ Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-202 de 2013. MP Jorge Ignacio Pretelt. Considerando 2.3.1.

4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público". (énfasis añadido)

Para la Corte, por supuesto, es claro que este derecho no es absoluto y que, como señala el artículo 24 constitucional, puede ser limitado por la Ley. Según la Corte, en sentencia C-177 de 2016:

"En conclusión, la garantía de la que trata el artículo 24 Superior no es absoluta y por el contrario, puede ser sujeta a los límites que el legislador considere necesarios para garantizar el orden público y el respeto por derechos de carácter test de proporcionalidad para determinar la constitucionalidad de las medidas adoptadas y que limitan la circulación. Sin perjuicio de lo anterior, no se debe perder de vista que las restricciones impuestas de ninguna manera pueden el núcleo esencial de la libertad de locomoción.³⁵" (énfasis añadido)

De esta forma, el derecho a la libre circulación es un derecho fundamental, también reconocido en la normatividad internacional de derechos humanos, que puede ser limitado por el legislador, siempre que no se afecte su núcleo esencial.

3.2.2. Normas emitidas en virtud de la emergencia sanitaria y de la emergencia social y económica que restringieron el derecho fundamental de libre circulación

En una revisión general de las normas emitidas durante los períodos de las emergencias sanitarias y las emergencias económica, social y/o ecológica declaradas por el Gobierno Nacional, se encontraron las siguientes normas que profirió el presidente de la República, emitidas en ejercicio de facultades legislativas y también de facultades ordinarias de reglamentación, que restringen de manera directa o indirecta el derecho fundamental a la libre circulación:

Tabla 7. Normas que restringieron el derecho fundamental a la libre circulación, emitidas por el presidente de la República

NORMA	RESTRICCIÓN
Decreto 402 de 2020	Cierre de frontera terrestre y fluvial con la República Bolivariana de Venezuela del 14 de marzo de 2020 hasta el 30 de mayo de 2020.
Decreto 412 de 2020	Cerrar de los pasos marítimos, terrestres y fluviales de frontera con la República de Panamá, República del Ecuador, República del Perú y la República Federativa de Brasil a partir de la 00:00 horas del 17 de marzo de 2020 hasta el 30 de mayo de 2020.
Decreto Legislativo 439 de 2020	Suspender, por el término de treinta (30) días calendario a partir de las 00:00 horas del lunes 23 de marzo de 2020, el desembarque con fines de ingreso o conexión en territorio colombiano, de pasajeros procedentes del exterior, por vía aérea.
Decreto 457 de 2020	Ordenar el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 25 de marzo de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 13 de abril de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19.

³⁵ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-177 de 2016. MP Jorge Ignacio Pretelt. Considerando 3.5.7

Decreto 531 de 2020	<p>Ordenar el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 13 de abril de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 27 de abril de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19.</p> <p>Suspensión de transporte doméstico por vía aérea. Suspender a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 13 de abril de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 27 de abril de 2020, el transporte doméstico por vía aérea.</p>
Decreto Legislativo 569 de 2020	<p>Las empresas habilitadas en la modalidad de pasajeros por carretera - intermunicipal no serán sancionadas con cancelación de las rutas por hecho el disminuir servicio autorizado en menos de un cincuenta por ciento (50%) durante el término que dure el aislamiento preventivo obligatorio de que trata el Decreto 531 de 08 de abril de 2020 a durante el termino de cualquier aislamiento preventivo obligatorio decretado por el Gobierno nacional.</p> <p>Durante el término que dure la emergencia sanitaria declarada por el Ministro de Salud y protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, o durante el termino de cualquier emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, suspender el desembarque con fines de ingreso o conexión en territorio colombiano, de pasajeros procedentes del exterior, por vía aérea</p>
Decreto 593 de 2020	<p>Ordenar el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 27 de abril de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 11 de mayo de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19.</p> <p>Suspensión de transporte doméstico por vía aérea. Suspender el transporte doméstico por vía aérea a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 27 de abril de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 11 de mayo de 2020.</p>
Decreto 636 de 2020	<p>Ordenar el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 11 de mayo de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 25 de mayo de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19.</p>
Decreto 689 de 2020	<p>Prórroga. Prorrogar la vigencia del Decreto 636 del 6 de mayo de 2020 "Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público", hasta el 31 de mayo de 2020, y en tal medida extender las medidas allí establecidas hasta las doce de la noche (12:00 pm) del día 31 de mayo de 2020.</p>
Decreto 749 de 2020	<p>Ordenar el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 1 de junio de 2020, hasta las cero horas (00:00 del día 1 de julio de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19.</p>
Decreto 878 de 2020	<p>Prorrogar la vigencia del Decreto 749 de 2020, ampliando las medidas de aislamiento preventivo obligatorio hasta el 15 de julio de 2020 a las 12:00 p.m.</p>
Decreto 990 de 2020	<p>Ordenar el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 16 de julio de 2020, hasta las cero horas (00:00) del día 1 de agosto de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19.</p> <p>Para efectos de lograr el efectivo aislamiento preventivo obligatorio se limita la libre circulación de personas y vehículos en el territorio nacional, con las excepciones previstas en el presente Decreto.</p>
Decreto 1076 de 2020	<p>Ordenar el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 1 de agosto de 2020, hasta las cero horas (00:00) del día 1 de septiembre de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19.</p> <p>Para efectos de lograr el efectivo aislamiento preventivo obligatorio se limita la libre circulación de personas y vehículos en el territorio nacional, con las excepciones previstas en el presente Decreto.</p>

Decreto 1168 de 2020	El presente Decreto tiene por objeto regular la fase de Aislamiento Selectivo y Distanciamiento Individual Responsable que regirá en la República de Colombia, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del nuevo Coronavirus COVID 19.
-----------------------------	---

Tabla 8. Normas que restringieron el derecho fundamental a la libre circulación, emitidas por otros servidores

NORMA	RESTRICCIÓN
Circular 019 de 2020 Aeronáutica Civil	Medidas prevención ingreso COVID19.
Circular Conjunta Ministerio de Transporte, Ministerio de Salud y Ministerio del Trabajo	Medidas preventivas y de mitigación para contener la infección respiratoria aguda por coronavirus COVID-19, en el servicio de transporte de carga y pasajeros.
Circular Externa 006 de 2020 Ministerio de Transporte	Coordinación de despachos de vehículos para el transporte de pasajeros durante el periodo de aislamiento preventivo obligatorio
Resolución 408 de 2020 De los Ministros de Salud y Protección Social y de Transporte	Por la cual se adoptan medidas preventivas para el control sanitario de pasajeros provenientes del extranjero, por vía aérea a causa del nuevo Coronavirus. COVID-2019

Como se observa, los decretos emitidos en los períodos de emergencia, bajo facultades extraordinarias y ordinarias, como también las otras normas de distintas entidades, tuvieron impacto en el derecho fundamental de libre circulación desde distintas perspectivas. En primer lugar, los que ordenaron el aislamiento obligatorio de la ciudadanía impidieron que las personas se movilizaran con libertad en su lugar de residencia o domicilio. Las personas solo pudieron salir de sus hogares en los eventos previstos en esas normas que ordenaron aislamiento obligatorio, para actividades como abastecimiento de alimentos y medicinas, porque se buscaba reducir en el mayor grado posible la interacción social y la aglomeración de personas, para evitar el contagio masivo del covid-19. En segundo lugar, se cerraron algunas fronteras terrestres y fluviales, y el transporte aéreo de pasajeros. Estas prohibiciones también limitaron en gran medida la libertad de circulación de los ciudadanos, pero ahora a nivel internacional. Por último, el transporte terrestre y aéreo de pasajeros, a nivel nacional o interno, también tuvo restricciones y por esa razón los ciudadanos no pudieron moverse entre ciudades o municipios con total libertad. Como se puede ver de la sistematización de las normas emitidas, en su gran mayoría fueron normas de carácter ordinario o reglamentario las que limitaron el derecho fundamental a la libre circulación.

3.2.3. Restricciones al derecho fundamental a la libre circulación derivadas de las normas emitidas para enfrentar la pandemia

La pandemia del covid-19 llevó al Estado colombiano, como a la mayoría de los estados en el mundo, a restringir la libre circulación de las personas y la interacción social. Lo anterior se derivó de la forma de propagación del virus, a través de las pequeñas gotas que se expulsan al hablar, toser o emitir sonidos, y a su consecuente rápida propagación a lo largo y ancho del planeta.

Teniendo en cuenta lo anterior, por ejemplo, en Europa los estados miembros de la Unión Europea acordaron, el 17 de marzo de 2020, una actuación coordinada en las fronteras exteriores, basada en la recomendación de la Comisión Europea de limitar los desplazamientos no esenciales durante un período específico que se ha ampliado varias veces. El 11 de junio de 2020, la Comisión adoptó una Comunicación que establecía un enfoque para levantar progresivamente la restricción más adelante.³⁶

En Colombia, con el Decreto Legislativo 439 del 20 de marzo de 2020 se suspendieron los desembarques con fines de ingreso o conexión en territorio nacional, de pasajeros que provinieran del exterior por vía aérea. Así, la primera restricción de este derecho se encontró en las medidas que prohibieron los viajes hacia el exterior por los medios terrestres, marítimos y aéreos. El cierre de fronteras limitó este derecho con el propósito de evitar la propagación del virus dentro del territorio colombiano por permitir el ingreso de viajeros infectados por el virus.

La Corte Constitucional analizó el Decreto Legislativo 439 y señaló:

“(..). El derecho a la libertad de locomoción, como se advierte, es de los pocos derechos constitucionales que se reconocen a todo ‘colombiano’ y no a ‘toda persona’. Para el constituyente el derecho a la libertad de locomoción, como todo derecho fundamental, no es absoluto por lo que puede ser limitado. Pero esta limitación tiene reserva de ley, no puede ser objeto de una norma jurídica de menor jerarquía, lo cual impone una exigencia de legitimidad democrática para poder tomar tal decisión. El derecho tiene tres dimensiones, la posibilidad de moverse por el territorio, el derecho a entrar y salir de este y el derecho a permanecer y residenciarse. La restricción a los pasajeros y a la tripulación de los vuelos provenientes del extranjero, interviene justamente con esta segunda dimensión del derecho, el poder entrar al país. (...) La Sala evidencia que existe un estrecho vínculo entre la declaración de la emergencia y el contenido del decreto que se estudia, con lo cual se ratifica el cumplimiento del requisito de lo que ha denominado la jurisprudencia conexidad externa. La emergencia se declara a causa de la pandemia del COVID-19 y el decreto analizado suspende el desembarque de pasajeros procedentes del exterior por vía aérea, justamente para detener el contagio y la propagación del COVID-19 en el territorio nacional, por lo que es claro que guardan una relación directa y específica. También es claro que la relación entre esta primera medida y la declaratoria de emergencia es en cuanto a la finalidad que se busca (teleológica). La medida de suspensión analizada tiene la finalidad directa y específica de conjurar e impedir la extensión o agravación de la perturbación generada por la emergencia sanitaria del COVID-19, esto es, detener la propagación y contagio del virus dentro del territorio nacional, lo cual se podría dar por medio de la navegación aérea en razón a que los pasajeros podrían ser portadores del virus.”³⁷(énfasis añadido)

Como se ve en esta sentencia, la Corte Constitucional encontró ajustado a la norma constitucional la prohibición de que personas del exterior, incluyendo colombianos, llegaran al país porque la finalidad última era evitar la propagación del virus.

En segundo lugar, se restringió también la movilidad dentro del territorio nacional, porque se prohibió para la mayoría de los eventos el viaje terrestre, aéreo o marítimo dentro del territorio. Esta restricción pretendió reducir la velocidad de contagio del virus que ya había ingresado al país y que, sin control alguno, podía propagarse rápidamente.

Con esa misma finalidad, en tercer lugar, se limitó la libre circulación y la interacción social de las personas dentro de sus ciudades o entornos más cercanos. Esta restricción provino de las normas emitidas por el Gobierno Nacional, pero también por la auto regulación de las personas ante una enfermedad hasta el momento desconocida y por la información recibida por los distintos medios de información. Esta restricción fue la más estricta sobre el derecho de libre circulación de las personas, ya que, más allá de limitar la salida o llegada de viajeros al país, o el movimiento entre ciudades o municipios, impedía severamente la libre circulación dentro del entorno más cercano. Las personas, pues, no pudieron salir de sus casas, ni siquiera a lugares cercanos, sino solo para actividades esenciales.

³⁶ Al respecto ver: https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/travel-and-transportation-during-coronavirus-pandemic_es.

³⁷ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia 157 de 2020. MP Diana Fajardo. Considerando 51 y siguientes.

Fue tan significativa esta restricción al derecho fundamental a la libre circulación que cambió la interacción social de toda la población por varios meses, y varios ámbitos de la vida social como el laboral, familiar, educativo, de entretenimiento, etc. A pesar de lo anterior, ni la Corte Constitucional ni el Consejo de Estado hicieron un análisis de las normas de aislamiento obligatorio porque, como se vio en el capítulo 1 de este informe, las normas que ordenaron esa restricción no eran Decretos Legislativos emitidos en ejercicio de las facultades extraordinarias de los artículos 212 a 215 de la Constitución; sino Decretos ordinarios o reglamentarios, para las que no se prevé revisión automática ni de oficio por parte de las Cortes del país. Lo anterior significó una ausencia de análisis de constitucionalidad y legalidad sobre los decretos que ordenaron el aislamiento obligatorio de las personas para determinar si los mismos afectaron, o no, el núcleo esencial del derecho fundamental de libre circulación.

A pesar de lo anterior, sí hubo pronunciamientos judiciales sobre la proporcionalidad y razonabilidad de estas medidas estrictas de aislamiento. En el caso denominado en los medios de información “la rebelión de las canas” hubo dos sentencias de tutela, en primera y segunda instancia, que decidieron proteger los derechos fundamentales a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad y libertad de locomoción de los accionantes y de los adultos mayores residentes y domiciliados en Colombia. Esta decisión inaplicó, de manera provisional, el numeral 35 del artículo 3 del Decreto 749 del 28 de mayo de 2020 que prohibía el desarrollo de actividades físicas y ejercicio al aire libre de adultos mayores de 70 años por más de media hora al día y más de tres veces a la semana; como también la Resolución 844 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, que extendió la orden de aislamiento de personas mayores de 70 años contenida en la Resolución 464 de 2020 del mismo Ministerio.

Según la decisión de primera instancia, emitida por la Jueza sesenta y uno administrativa del circuito de Bogotá, estas medidas tenían un fin legítimo, pero no eran proporcionales:

“Lo primero que debe decirse al efecto es que la medida restrictiva no resulta necesaria para garantizar el valor constitucional que se pretende hacer prevalecer, pues existe una presunción de que las autoridades públicas se encuentran en capacidad de implementar otro tipo de medidas que garanticen la protección de la vida y la salud del grupo etario y de la población general en medio de la crisis del COVID y que impliquen menor sacrificio de los derechos fundamentales de este grupo etario.

(...) Así que, en aras de preservar la supervivencia propia o la ajena, no es viable llevar a la persona a condiciones materiales o psicológicas de vida indigna, máxime cuando dentro de las normas que dieron lugar a la restricción de las actividades físicas y de ejercicio al aire libre para mayores de 70 años y del alargamiento para este grupo etario de la cuarentena en dos meses más nada se dijo a título de explicar o sustentar por qué la limitación se inició desde la franja de los mayores de 60 años, omitiendo la carga de justificación explícita, clara y concreta de la erosión transitoria de una modalidad de derechos constitucionalmente protegidos para un segmento de la población adulta.

No existe un fundamento razonado con el cual pueda concluirse que con las restricciones estudiadas en esta litis puede solucionarse el gran inconveniente que se tiene frente al desfase de número de camas con las que debería contar el país en varios departamentos e incluso a nivel nacional y que no exista otro tipo de medidas que permita el mismo fin, sin distinguir entre adultos, adultos mayores menores de 70 años y adultos mayores de 70 años, sin una razón claro al efecto.³⁸(Énfasis añadido)

Esta decisión fue confirmada, en segunda instancia, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Siendo así, las medidas de aislamiento obligatorio no escaparon, al menos parcialmente, del control judicial. Sin embargo, las órdenes de cuarentena estricta no tuvieron estos análisis de proporcionalidad y razonabilidad que hubieran podido confirmar si, en efecto, se trató de medidas ajustadas a la Constitución y la Ley que no limitaron de manera excesiva el derecho fundamental a la libre circulación. El análisis automático y de oficio por parte de la Corte Constitucional y/o del Consejo de Estado habría podido dar respuesta a este interrogante sobre este tipo de medidas tan gravosas y estrictas con una libertad fundamental como la libertad de locomoción.

³⁸ Juzgado Sesenta y Uno Administrativo del Circuito de Bogotá. Sentencia del 02 de julio de 2020. Rad. 110013343-061-2020-00111-00

Por otro lado, es importante analizar las respuestas a los requerimientos que hizo la Procuraduría Delegada para la Defensa del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad sobre la limitación del derecho fundamental a la libre circulación. La Superintendencia de Transporte informó que, desde la Dirección de Investigaciones de Tránsito y Transporte, se ordenó abrir 54 investigaciones administrativas en el período comprendido entre marzo y noviembre de 2020. De esas investigaciones 27 fueron por la falta de implementación de protocolos de seguridad y 1 por prestación del servicio de transporte no autorizado en el marco de la emergencia económica, social y ecológica. De igual forma, se estaban realizando averiguaciones preliminares a 153 sujetos bajo inspección, vigilancia y control por incumplimiento de los protocolos de bioseguridad y 11 por prestación del servicio de transporte no autorizado en el marco de la emergencia económica, social y ecológica.

De otra parte, sin embargo, esta entidad fue accionada, o vinculada, a 24 procesos de tutela por violación del derecho fundamental de libre circulación, de las cuales 6 eran para lograr la repatriación o ingreso de colombianos desde el exterior. Por su parte, la Dirección de Tránsito y Transporte de la Policía Nacional informó que fue accionada o vinculada en 63 acciones de tutela relacionadas con el derecho fundamental a la libre circulación, de las cuales 34 tenían como propósito lograr una autorización de desplazamiento o permiso de circulación. De la información recibida se puede deducir que la acción de tutela fue la vía jurídica usada por varios ciudadanos para lograr movilizarse durante los períodos de aislamiento obligatorio y para lograr el ingreso al país desde el exterior.

3.3. Derecho fundamental de acceso a la administración de justicia

Tras presentar de forma general el marco normativo que regula el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (3.3.1), se exponen las principales normas emitidas por las autoridades competentes con relación a ese derecho, dentro del marco de las declaratorias de emergencia sanitaria y de emergencia económica y social (3.3.2). Por último, se sintetizan las restricciones que ha sufrido ese derecho fundamental por la pandemia del covid-19 (3.3.3).

3.3.1. Marco normativo del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia

El derecho fundamental de acceso a la administración de justicia está consagrado en los artículos 1, 2, 29 y 229 de la Constitución Política y en el artículo 2 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Este derecho, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, lo ha definido la Corte Constitucional en sentencia C-426 de 2002 definiéndolo así: “(...)la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes”³⁹(énfasis añadido).

Adicionalmente, la Corte ha indicado que “(...) constituye un pilar fundamental de la estructura de nuestro actual Estado Social de Derecho, en cuanto contribuye decididamente a la realización material de sus fines esenciales e inmediatos como son, entre otros, los de garantizar un orden político, económico y social justo, promover la convivencia pacífica, velar por el respeto a la legalidad y a la dignidad humana y asegurar la protección de los asociados en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades públicas”⁴⁰ (énfasis añadido)

Este derechos, también, se encuentra consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos que declara: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. (énfasis añadido)

³⁹ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-426 de 2002. MP Rodrigo Escobar. Considerando 6.1.

⁴⁰ Ibidem. Considerando 6.2.

Por otro lado, es reconocido en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con todas las garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.”

Así, el derecho de acceso a la administración de justicia es un derecho fundamental, también reconocido en la normatividad internacional de derechos humanos, que les permite a los ciudadanos acudir ante una persona revestida de competencias para solucionar los conflictos sociales. Con este derecho se logra consolidar la seguridad, la convivencia pacífica y la garantía de los demás derechos humanos.

3.3.2. Normas emitidas en virtud de la emergencia sanitaria y de la emergencia social y económica que restringieron el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia

El monitoreo a las normas emitidas durante los períodos de las emergencias sanitarias y las emergencias económica, social y/o ecológica declaradas por el Gobierno Nacional, permitió identificar las siguientes normas que profirió el Presidente de la República en ejercicio de facultades legislativas y también de facultades ordinarias de reglamentación, que restringen de manera directa o indirecta el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia:

Tabla 9. Normas que restringieron el derecho fundamental de acceso a la justicia

NORMA	RESTRICCIÓN
Decreto 457 de 2020	Ordenar el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 25 de marzo de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 13 de abril de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19. No se permitió la asistencia a los juzgados del país.
Decreto Legislativo 460 de 2020	Hasta tanto se superen las causas de la Emergencia Económica, Social y Ecológica los alcaldes distritales y municipales deberán garantizar la atención a las y los usuarios y el cumplimiento efectivo de las funciones administrativas y jurisdiccionales a cargo de las comisarías de familia, frente a la protección en casos de violencias en el contexto familiar y la adopción de medidas de urgencia para la protección integral de niñas, niños y adolescentes, adoptando medidas orientadas a contrarrestar el riesgo de contagio de coronavirus COVID-19.
Decreto 546 de 2020	Concede medidas de detención preventiva y de prisión domiciliaria, transitorias y excepcionales para un número reducido de casos
Decreto 595 de 2020	Suspende términos de trámite de extradición de la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004.
Decreto Legislativo 772 de 2020	Medidas especiales para régimen de insolvencia y procesos de reorganización y liquidación empresarial.
Decreto Legislativo 806 de 2020	Implementación de uso de las TIC en actuaciones judiciales y regulación de los procesos judiciales en el marco de las medidas de aislamiento obligatorio.

³⁹ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-426 de 2002. MP Rodrigo Escobar. Considerando 6.1.

⁴⁰ Ibidem. Considerando 6.2.

Estas normas emitidas en el marco de las facultades extraordinarias de la emergencia económica, social y/o ecológica, como también con las facultades ordinarias de reglamentación, limitaron o restringieron el derecho fundamental de acceso a la administración pública.

En términos generales contienen las siguientes medidas:

- en primer lugar, el aislamiento obligatorio y todas sus prórrogas limitó la posibilidad de que los ciudadanos acudieran a la justicia para la solución de sus conflictos;
- en segundo lugar, para algunos asuntos conocidos por las comisarías de familia, con el Decreto Legislativo 460 de 2020, se permitió la suspensión de las audiencias de conciliación extrajudicial por parte de los alcaldes cuando nos se cuenta con los medios virtuales para la realización de la audiencia -permiso que no aplicó para asuntos de custodia, visitas y alimentos de niños, niñas, adolescentes y adultos mayores;
- en tercer lugar, se tomaron medidas de suspensión de términos para la mayoría de las actuaciones judiciales.
- por último, con el Decreto Legislativo 806 de 2020 se implementan las TIC en las actuaciones judiciales, para que la radicación de demandas, audiencias, entre otras actividades judiciales, se realicen por medios remotos.

Tabla 10. Normas que restringieron el derecho fundamental de acceso a la justicia, emitidas por el Consejo Superior de la Judicatura

NORMA	DESCRIPCIÓN	MATERIA
Acuerdos. PCSJA20-11517, 11518, 11521	Se adoptan medidas transitorias por motivos de salubridad pública. Se suspenden los términos judiciales en todo el país a partir del 16 y hasta el 20 de marzo de 2020 y llamado para que las autoridades judiciales den instrucciones para que sus dependientes trabajen desde casa	Se suspenden términos judiciales en la mayoría de las actuaciones judiciales, menos: Constitucional: acciones de tutela y habeas corpus Penal: Despachos judiciales que cumplen con función de garantías y Despachos judiciales de conocimiento que tengan programadas audiencias con persona privada de la libertad que se puedan realizar virtualmente.
Acuerdo PCSJA20-11519	Se suspenden los términos de la revisión de tutelas en la Corte Constitucional. Se suspenden los términos de la revisión de tutelas en la Corte Constitucional del 17 al 20 de marzo. Los despachos judiciales no remitirán los expedientes de acciones de tutela a la Corte Constitucional hasta tanto se levanten las medidas adoptadas.	Suspensión de términos judiciales en proceso de revisión de tutela. Se suspende remisión de tutelas para revisión en la Corte Constitucional.

<p>Acuerdo PCSJA20-11526</p>	<p>Se prorroga la medida de suspensión de términos en el territorio nacional desde el 4 de abril hasta el 12 de abril adoptada mediante el Acuerdo PCSJA20-11521 del 19 de marzo de 2020 y se adoptan otras medidas por motivos de salubridad pública</p>	<p>Se precisan excepciones: Constitucional: Acciones de tutela: la prioridad en el reparto es para las que versen sobre derechos fundamentales a la vida, salud y libertad; las comunicaciones incluyendo la radicación, se hará por correo electrónico y medios tecnológicos. Del 22 de marzo al 3 de abril no se repartirán tutelas a los juzgados penales municipales con funciones de control de garantías ni a los de ejecución de penas y medidas. Penal: precisa las funciones de los Juzgados de control de garantías: a). audiencias concentradas: legalización de captura, formulación de imputación, solicitud de medida de aseguramiento de detención; b) Prórroga, sustitución y revocatoria de medida de aseguramiento con persona privada de la libertad, siempre que las audiencias se puedan realizar mediante trabajo en casa de manera virtual, c) control de legalidad posterior siempre que las audiencias se puedan realizar mediante trabajo en casa de manera virtual. Dispone que las funciones de los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad excepcionadas de la suspensión de términos se realizarán mediante trabajo en casa de manera virtual; así mismo, respecto de las funciones que fueron excepcionadas para los jueces de conocimiento.</p>
<p>Acuerdo PCSJA20-11527</p>	<p>Se establece una excepción a la suspensión de términos en la Corte Constitucional</p>	<p>Se exceptúan actuaciones que adelante la Corte Constitucional con ocasión de la expedición de Decretos por el Presidente de la República en ejercicio de las funciones del artículo 215 de la Constitución Política.</p>
<p>Acuerdo PCSJA20-11528</p>	<p>Se suspenden términos de actuaciones administrativas en la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y direcciones seccionales de administración judicial</p>	<p>Suspensión de términos judiciales en direcciones seccionales de administración judicial y en Dirección Ejecutiva de la Rama Judicial</p>
<p>Acuerdo PCSJA20-11529</p>	<p>Se establece una excepción a la suspensión de términos en el Consejo de Estado y en los tribunales administrativos en lo relativo al control de legalidad de los Decretos legislativos.</p>	<p>Se exceptúan del levantamiento de términos las actuaciones que adelanten el Consejo de Estado y los tribunales administrativos con ocasión del control de legalidad de los Decretos Legislativos expedidos durante el Estado de Excepción.</p>
<p>Acuerdos PCSJA20-11532, 11546, 11549, 11556, 11567</p>	<p>Se prorrogan las medidas de suspensión de términos judiciales, en el territorio nacional, desde el 13 de abril hasta el 26 de abril de 2020 y se amplían sus excepciones y se adoptan otras medidas por motivos de salubridad pública. Se privilegia el uso de los medios tecnológico para todas las actuaciones, comunicaciones, notificaciones,</p>	<p>Entre otras excepciones las siguientes: Constitucional: • Además de las ya establecidas en acuerdos anteriores, se exceptúan, las actuaciones que adelante la Corte Constitucional con ocasión de la expedición de decretos por el Presidente de la República en ejercicio de las funciones del artículo 215 de la Constitución Política. •Del 13 al 26 de abril exonera del reparto de acciones de tutela y de habeas corpus a los juzgados penales municipales con función de control de garantías del Sistema Penal Acusatorio y de ejecución de penas y medidas de seguridad en el país.</p>

	audiencias y diligencia de las actuaciones que se exceptúan. Restricción en el acceso a las sedes judiciales y trabajo en casa de los funcionarios de la rama	<ul style="list-style-type: none"> Las tutelas y los habeas corpus que sea necesario asignar durante los fines de semana y días festivos se realizará entre los despachos judiciales que se encuentren en turno o disponibilidad, así involucren a los juzgados de que trata el inciso anterior. <p>Familia: A partir del 13 de abril, se exceptúa de la suspensión de términos: <ul style="list-style-type: none"> Los procesos de adopción en aquellos casos en los que se haya admitido la demanda. Las medidas de protección en los casos de violencia intrafamiliar, cuando en el lugar no haya comisario de familia</p> <p>Penal: <ul style="list-style-type: none"> La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia además continuará atendiendo los trámites que impliquen la libertad inmediata de los procesados en asuntos de casación, extradición, impugnación especial, revisión, definición de competencia, segunda instancia y casos próximos a prescribir, privilegiando el uso de medios electrónicos. La Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia continuará atendiendo las actuaciones, audiencias y sesiones en las investigaciones en curso, privilegiando el uso de los medios electrónicos. </p>
Acuerdo PCSJA20-11581	Se dictan disposiciones especiales sobre el levantamiento de términos previsto en el Acuerdo PCSJA20-11567 de 2020	Levantamiento de suspensión de términos judiciales: El levantamiento de términos judiciales y administrativos previsto a partir del 1º de julio de 2020 se sujeta a lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA20-11567 de 2020 y en el presente Acuerdo.
Acuerdo PCSJA20-11594	Se regula la remisión de expedientes de tutela a la Corte Constitucional para el trámite de su eventual revisión	Remisión de expedientes al Corte Constitucional. A partir del 31 de julio de 2020, los despachos judiciales deberán realizar el envío de expedientes de tutela a la Corte Constitucional de forma electrónica a efectos de adelantar el procedimiento paulatino de recepción o radicación previsto en el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991. El expediente que se remitirá a la Corte Constitucional contendrá la demanda de tutela y el fallo de primera instancia, así como la impugnación y el fallo de segunda instancia, cuando los hubiere. Durante el trámite de selección la Corte Constitucional podrá solicitar a los despachos el envío de piezas complementarias o de todo el expediente. En todo caso, producida la selección de una acción de tutela la Corte solicitará la remisión por vía electrónica del expediente completo. Parágrafo 1. Con el fin realizar pruebas de los canales dispuestos para la recepción de expedientes y de organizar gradualmente el trabajo, se podrán coordinar remisiones paulatinas de expedientes antes de la fecha establecida en el presente artículo, conforme las indicaciones y lineamientos que se emitan sobre el particular. No obstante, su radicación interna en la Corte Constitucional solo se realizará a partir del 31 de julio del 2020.
Acuerdo PCSJA20-11597	Se ordena cerrar algunas sedes judiciales en la ciudad de Bogotá y se dictan disposiciones especiales sobre la realización de diligencias por fuera de los despachos judiciales	Cierre de sedes en Bogotá. Se ordena el cierre del 16 al 31 de julio inclusive, de los despachos judiciales que funcionan en los edificios Nemqueteba, Hernando Morales, Jaramillo Montoya, Camacol y El Virrey en Bogotá, por lo que en estas sedes se suspende el trabajo presencial y la atención presencial al público. Mientras las sedes se encuentren cerradas los despachos judiciales continuarán realizando las actuaciones procesales en forma virtual bajo

		las condiciones previstas en los artículos 21 a 36 del Acuerdo PCSJ20-11567. Las tutelas, habeas corpus y demandas se podrán continuar presentando a través de los mecanismos dispuestos el Consejo Superior de la Judicatura, el Consejo Seccional y la Dirección Seccional de Administración Judicial de Bogotá. Artículo 2. Diligencias por fuera de los despachos judiciales. Entre el 16 de julio y el 31 de agosto de 2020, se suspenden a nivel nacional las diligencias de inspección judicial, entrega y secuestro de bienes.
Acuerdo PCSJA20-11614	Se toma una medida temporal en las sedes judiciales	Restringir el acceso a las sedes judiciales del país del 10 al 21 de agosto de 2020. Durante los citados días ningún servidor judicial ni usuario del servicio público de administración de justicia podrá ingresar a las instalaciones judiciales, salvo que sea absolutamente indispensable, caso en el cual debe cumplirse con los protocolos de ingreso establecidos en los acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura y las circulares de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.
Acuerdo PCSJA20-11632	Se adoptan medidas para la prestación del servicio de justicia de Administración de Justicia para los despachos judiciales y dependencias administrativas en todo el territorio nacional, a partir del 1º de octubre de 2020	Se permite ingreso de servidores a los despachos judiciales hasta en un 40%. Se mantiene trabajo en casa de los demás servidores. Se delega a las direcciones seccionales de la judicatura para que permitan, en cada ciudad, el ingreso de ciudadanos y usuarios del sistema a las sedes judiciales.
Acuerdo PCSJA20-11680	Se aumenta el ingreso de servidores a despachos judiciales hasta el 60% desde el 01 de diciembre de 2020	Se permite el ingreso de servidores a los despachos judiciales hasta en un 60%

Como se ve en este listado de normas, el Consejo Superior de la Judicatura también emitió varios actos administrativos para enfrentar las restricciones impuestas por la pandemia del covid-19. Desde el inicio de las medidas de aislamiento obligatorio impuestas por el Gobierno Nacional, el Consejo Superior de la Judicatura también ordenó el cierre de las sedes judiciales y la suspensión de términos de los procesos para apoyar, de esta forma, las medidas de aislamiento. Estas medidas fueron flexibilizándose con el paso de los días, ya que se fueron agregando excepciones a la suspensión de los términos en los procesos que implican mayor urgencia o necesidad de solución (tutelas, habeas corpus, etc.). Al final esa suspensión fue levantada el 1 de julio de 2020.

Sin embargo, a la fecha de cierre de este informe el ingreso o atención presencial a la ciudadanía seguía restringido en la mayoría de las sedes del país. Por ejemplo, en Bogotá el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá estableció horarios y turnos de atención presencial al público en los despachos de la capital. Esos horarios dejan la atención presencial como excepcional y la restringen con ciertas condiciones.

Tabla 11. Normas que restringieron el derecho fundamental de acceso a la justicia, emitidas por otras autoridades con funciones jurisdiccionales

RESOLUCIÓN	ENTIDAD	DESCRIPCIÓN
Resolución 11790	Superintendencia de Industria y Comercio	Se suspenden términos judiciales desde el 17 de marzo hasta el 30 de abril en los procesos que adelanta la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.
Resolución 19831	Superintendencia de Industria y Comercio	Se suspenden de los términos de ley en los trámites en curso anteriores al 01 de mayo de 2020 de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de esta Superintendencia por violación a las normas de competencia desleal e infracción a derechos de propiedad industrial y mixtos desde el 1 de mayo hasta el 30 de mayo de 2020, periodo en que no correrán los términos de ley, incluidos aquellos establecidos en meses o años.
Resolución 100-000938	Superintendencia de Sociedades	Por la cual se decreta como medida transitoria por motivos de salubridad pública, la suspensión de términos para los procesos judiciales de Procedimientos Mercantiles y de Procedimientos de Insolvencia que se tramitan en la Superintendencia de Sociedades.
Resolución 100-001026	Superintendencia de Sociedades	Por la cual se decreta como medida transitoria la suspensión de términos para los procesos jurisdiccionales de Procedimientos Mercantiles y de Procedimientos de Insolvencia que se tramitan en la Superintendencia de Sociedades
Resolución 100-001101	Superintendencia de Sociedades	Por la cual se dictan y adoptan medidas para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de la Superintendencia de Sociedades, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica y el Aislamiento Preventivo Obligatorio.
Resolución 001	Superintendencia Financiera	Suspender los términos procesales en la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, donde se incluyen las audiencias programadas, a partir del 17 de marzo y hasta el 8 de abril de 2020, inclusive.

Las medidas de suspensión de términos también fueron replicadas por otras autoridades administrativas que ejercen función judicial. Esas medidas, pues, fueron la regla durante los primeros períodos de aislamiento ordenado por el presidente de la República.

3.3.3. Restricciones al derecho fundamental de acceso al sistema de administración de justicia derivadas de las normas emitidas para enfrentar la pandemia

Con la pandemia se pudo observar que la Rama Judicial en tiempos de emergencia o excepción quedó también, parcialmente, subordinada a las directrices impartidas por el Gobierno Nacional. Sumado a los decretos legislativos y ordinarios emitidos por el presidente de la República, el Consejo Superior de la Judicatura tuvo que emitir directrices que se coordinaran con el aislamiento obligatorio ordenado por la Rama Ejecutiva. Esas medidas, al impedir la atención presencial a los ciudadanos, para la gran mayoría de asuntos que conocen los despachos judiciales, generaron un represamiento de los procesos judiciales en los despachos del país. Es decir, la pandemia tuvo un efecto negativo en la congestión judicial ya existente antes de marzo de 2020. Según la información remitida por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y otros intervinientes en el proceso de constitucionalidad del Decreto Legislativo 806 de 2020 que terminó en

la sentencia C-420 de 2020, a pesar de los esfuerzos del Consejo Superior de la Judicatura por reactivar el servicio de justicia, la suspensión de términos generó un represamiento de los procesos judiciales por las siguientes razones: (i) entre el 15 de marzo y el 11 de abril de 2020 se produjo una interrupción abrupta y generalizada del servicio de administración de justicia; (ii) durante este periodo muchos ciudadanos no pudieron presentar demandas judiciales y (iii) a pesar del levantamiento progresivo de la suspensión de términos en algunos procesos, muy pocas diligencias presenciales pudieron adelantarse.⁴¹

El acceso a la justicia de manera virtual ha sido la regla durante la pandemia del covid-19. Si bien la virtualidad puede presentar muchas ventajas, como la disminución de costos para la realización de las audiencias, también ha significado muchas restricciones para que la ciudadanía acceda a los servicios de justicia, y a una justicia de calidad. Esas restricciones no se derivan de los servicios de justicia virtual como tal, sino de los rezagos en infraestructura y conocimientos tecnológicos. De esta forma, la posibilidad de una justicia virtual no es igual en un proceso desarrollado en una ciudad con amplia cobertura en internet, sujetos procesales con buena conexión y alfabetización digital, y en un despacho judicial con capacidad de digitalización y uso de las TIC; en comparación a un proceso judicial en un municipio sin total cobertura a la red, falta de calidad en la señal y ausencia de tecnología suficiente en el despacho judicial para la digitalización y comunicación de documentos y la realización de audiencias virtuales. En este segundo escenario los rezagos de infraestructura y tecnología en varias zonas del país significaron una reducción de productividad en los despachos judiciales y unas barreras de acceso a los servicios de administración de justicia.

Lo anterior, se evidencia de ingresos al sistema de administración justicia. Por ejemplo, con respecto a los ingresos (quejas disciplinarias y actuaciones de oficio) reportadas por el Consejo Superior de la Judicatura, durante los meses de aislamiento hubo una reducción considerable en comparación a los meses previos. En enero hubo 1430 ingreso, en febrero 2755, y luego entre marzo y agosto, en promedio, hubo 607 ingresos. Vale resaltar que en abril, al inicio de las medidas de aislamiento, se reportaron 26 ingresos, que no se comparan con los 2755 reportados en febrero antes de la pandemia. En comparación, entre febrero y abril, el número de ingresos disminuyó un 99%.⁴²

Por otro lado, los ingresos a la Fiscalía General de la Nación también disminuyeron en comparación a 2019. En el período comprendido entre enero y octubre de 2019 en promedio hubo 121.802 noticias criminales (ingresos) y para ese mismo período de 2020 el promedio fue de 89.495, significando así una disminución cercana al 27%. La reducción se vio principalmente en los períodos de aislamiento, entre marzo y agosto, ya que en enero de 2020 hubo 131.858 ingresos y en febrero del mismo año 118.840. Ya en marzo disminuye y el nivel más bajo se reportó en abril de 2020 con 45.846 ingresos, una disminución mayor al 50%.⁴³ Se pueden interpretar estas cifras como la disminución de la comisión de delitos, hecho que se derivó de las medidas de aislamiento y la limitación de interacción social; sin embargo, también una causa en esa disminución de noticias criminales fue la imposibilidad que tuvieron muchas personas, durante el aislamiento ordenado por el Gobierno Nacional, de asistir personalmente a interponer la denuncia por la comisión de delitos.

El sistema de justicia también sufrió los efectos negativos del aislamiento en su función de conciliación. Según cifras del Ministerio de Justicia y del Derecho, en el período comprendido entre enero y octubre de 2019 se recibieron 173.708 casos (ingresos) ante conciliadores en derecho y conciliadores en equidad. Por su parte, en el período entre enero y octubre de 2020 se recibieron 80.787 de esos casos. Es decir, una disminución de ingresos para el mismo período del 46,5%.⁴⁴ Esta disminución también se evidencia en las cifras de la Conciliación Nacional del Ministerio de Justicia y del Derecho, que se trata de unas jornadas anuales a nivel nacional en las que se ofrecen servicios gratuitos de conciliación extrajudicial en derecho, en forma masiva a la población de estrato 1, 2, y 3. Para el 2019, en la Conciliación Nacional se lograron 15.015 atenciones, mientras que para 2020 se hicieron 3442 atenciones por medios virtuales, debido a la pandemia. Esto significó una disminución del 77% por la imposibilidad de las personas de salir a solicitar de manera presencial los servicios ofrecidos.⁴⁵

⁴¹ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-420 de 2020. MP Richard Ramírez (e). Considerando 102

⁴² Según respuesta a requerimiento 11.305 enviado por la Procuraduría Delegada para la Defensa del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad.

⁴³ Según información reportada por la Fiscalía General de la Nación en oficio DAJ-10400, como respuesta requerimiento enviado por la Procuraduría Delegada para la Defensa del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad.

⁴⁴ Según respuesta MJD-OFI20-0037576-SEG-4000 enviada por el Ministerio de Justicia y del Derecho a requerimiento que fue remitido por la Procuraduría Delegada para la Defensa del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad.

⁴⁵ Ibidem.

Los rezagos de infraestructura tecnológica en varias zonas del país, y sus efectos negativos en la calidad del servicio de justicia, no son atribuibles al trabajo de los operadores de justicia que, muchas veces no tienen incluso conexión a internet, escáner o posibilidad de informar en medios digitales el estado de sus procesos. La consulta de la información de los procesos judiciales en el país, por medio de internet, no está implementado en la totalidad de los despachos judiciales. Solo el 65% de los despachos puede informar por esos medios el estado de cada uno de sus procesos. Con los recursos disponibles, la Rama Judicial logró enfrentar parcialmente los retos de la pandemia. Según el Consejo Superior de la Judicatura, mientras en 2019 se habían realizado 23.000 audiencias virtuales, en el período entre marzo y agosto de 2020 se realizaron 300 mil audiencias por medio de las TIC, incluyendo las audiencias judiciales y las reuniones laborales de los funcionarios de los despachos.⁴⁷

Paralelo a lo anterior, como circunstancia que sí se deriva directamente del uso de las tecnologías o de la falta de diseño adecuado para su uso, durante la pandemia se han visto obstáculos para la administración de justicia de calidad en ciertos tipos de actos procesales. Por ejemplo, con respecto a la práctica de pruebas testimoniales, se encontraron problemas para evitar que las respuestas de los testigos sean controladas de manera indebida, con indicaciones sobre qué se debe responder a las preguntas del interrogatorio. Así mismo, la intermediación de la prueba sufrió una limitación porque el juez no conoce la práctica de la prueba de la misma forma a como lo hacía de manera presencial, donde se evitaba la manipulación o el uso de libretos para determinar los testimonios. La espontaneidad del testimonio sufrió con el uso de las TIC en las audiencias.

En conclusión, los esfuerzos de la Rama Judicial y de todos los actores de los procesos judiciales han sido significativos. Sin embargo, la falta de infraestructura digital, alfabetización digital, y de apoyo a las personas que no tienen herramientas suficientes para acceder a la justicia virtual, significaron una restricción al derecho de acceso a la administración de justicia. La regla general de justicia virtual durante la pandemia ha desplazado a quienes no pueden acceder a este tipo de justicia, por sus altos costos o conocimientos exigidos. Son esas personas quienes se han visto, de alguna manera, afectados en su derecho de acceso a la administración de justicia. La falta de atención presencial para ellos ha sido, sin duda, un obstáculo en la garantía de sus derechos.

3.4. Derechos fundamentales de acceso a la información pública y de protección de datos personales

Tras exponer de manera general el marco normativo que regula el derecho fundamental de acceso a la información pública y el derecho fundamental a la protección de datos personales (3.4.1), se presentan las principales normas emitidas por las autoridades competentes con relación a esos derechos, dentro del marco de las declaratorias de emergencia sanitaria y de emergencia económica y social (3.4.2). Por último, se sintetizan las restricciones que sufrieron esos derechos por las normas expedidas para gestionar la pandemia del covid-19 (3.4.3).

3.4.1. Marco normativo de los derechos fundamentales de acceso a la información pública y de protección de datos personales

Los artículos 20 y 74 de la Constitución protegen el derecho fundamental de acceso a la información pública. Según el artículo 20 toda persona tiene derecho a recibir información veraz e imparcial. Por su parte, el artículo 74 señala que todas las personas tienen el derecho de acceder a la información y los documentos públicos, salvo en los casos establecidos por la Ley.

El Congreso de la República, por medio de la Ley 1712 de 2014, desarrolló la protección del derecho fundamental de acceso a la información pública y la transparencia. En esta Ley se desarrolla ese derecho fundamental y se hace una distinción entre la transparencia pasiva y la transparencia activa. La transparencia

⁴⁷ Ibidem.

pasiva se puede comprender, según el artículo 4 de la Ley, como la posibilidad que tiene toda persona de solicitar información sobre la existencia y acceder a la información pública en posesión o bajo control de los sujetos obligados señalados en el artículo 5 de la norma. Entre esos sujetos obligados están todas las entidades públicas, de todas las ramas del poder público y en todos los órdenes y niveles, incluyendo a los organismos de control. Por su parte, la transparencia activa hace referencia a la obligación que tienen los sujetos obligados de la Ley a publicar y facilitar el acceso a la información pública en los términos más amplios posibles y a través de los medios y procedimientos establecidos en la Ley. Esa obligación implica publicar y divulgar documentos y archivos que plasman la actividad estatal y de interés público, de forma rutinaria y proactiva, actualizada, accesible y comprensible, atendiendo a límites razonables del talento humano y recursos físicos y financieros. Para lo anterior, el artículo 2 de la norma presume que toda información que tiene en su poder un sujeto obligado es de naturaleza pública y no podrá ser reservada, ni se podrá limitar su acceso, sino solo por disposición constitucional o legal.

Esta protección está reforzada por las normas de derechos internacional que garantizan este derecho. Entre otras, el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 16 de 1972) y el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Ley 970 de 2005).

La importancia de este derecho es resaltada por la Corte Constitucional en la sentencia C-274 de 2013 que analizó el proyecto de ley estatutaria que terminaría en la Ley 1712 de 2014:

“(...) el acceso a la información pública garantiza la participación democrática y el ejercicio de los derechos políticos (...). Este derecho entonces constituye una garantía que materializa el principio de democracia participativa sobre el cual se estructura el Estado colombiano, que a su turno fortalece el ejercicio de la ciudadanía (...). En segundo lugar, el acceso a la información pública cumple una función instrumental para el ejercicio de otros derechos constitucionales, ya que permite conocer las condiciones necesarias para su realización. (...) Igualmente, en lo relativo al derecho a la información, esta Corporación resaltó que ‘el derecho a la información no es solamente el derecho a informar, sino también el derecho a estar informado (...)’. Esa relación instrumental del derecho a acceder a la información pública también existe para alcanzar fines constitucionalmente legítimos, como lo son asegurar que las autoridades y agencias estatales expliquen públicamente las decisiones adoptadas y el uso que le han dado a poder que han delegado en ellos los ciudadanos, así como el destino que le dado a los recursos públicos (...). Finalmente, el derecho a acceder a la información pública garantiza la transparencia de la gestión pública, y por lo tanto, se constituye en un mecanismo de control ciudadano de la actividad estatal”⁴⁸.

Por otro lado, el derecho de protección de datos personales está garantizado en el artículo 15 constitucional que señala que toda persona tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. Así mismo, que en la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La protección de este derecho fundamental fue desarrollada en la Ley 1581 de 2012 que consagra los principios que se deben respetar en el tratamiento de datos personales, como el de seguridad, veracidad o calidad de la información, libertad, finalidad, circulación y acceso restringido, entre otros.

Este derecho también tiene protección internacional, como en la Resolución 45/95 de 1990 adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas sobre los principios mínimos que deben garantizarse en el tratamiento de datos personales en los ficheros computarizados. Y también la Observación General 16 sobre el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), realizada por el Comité de Derechos Humanos, que fija pautas de interpretación sobre la protección de datos personales.

⁴⁸ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-274 de 2013. MP María Victoria Calle. Considerando 3.1.2.

Este derecho, igual que el de acceso a la información pública, tiene la categoría de fundamental y es independiente a otros derechos, sin embargo, también se trata de un derecho que permite la garantía de otros, según el contexto de aplicación. En sí mismo tiene protección, pero su garantía, a la vez, puede proteger derechos como a la libertad, igualdad o no discriminación, intimidad, trabajo, etc. Según la Corte Constitucional, en sentencia C-748 de 2011 que analizó el proyecto de ley estatutaria que terminó en la Ley 1581 de 2012:

“Para la Corte, el tratamiento de datos, si bien es imprescindible para el normal desarrollo de múltiples ámbitos de la vida social, puede lesionar derechos fundamentales. En consecuencia, tanto en la jurisprudencia como en el ámbito internacional se han fijado una serie de principios para la administración de datos personales, que como mandatos de optimización, tiendan a facilitar la labor de ponderación entre las prerrogativas constitucionales en tensión. (...) Además de las obligaciones derivadas de los principios rectores del proceso de administración de bases de datos personales, existen otros que tienen su origen directo en normas constitucionales, específicamente: (i) la prohibición de discriminación por las informaciones recaudadas en las bases de datos, (ii) el principio de interpretación integral de los derechos constitucionales y (iii) la obligación de indemnizar los perjuicios causados por las posibles fallas en el proceso de administración de datos.”⁴⁹ (énfasis original)

3.4.2. Normas emitidas en virtud de la emergencia sanitaria y de la emergencia social y económica que restringieron el derecho fundamental de acceso a la información pública y el derecho fundamental de protección de datos personales

El monitoreo de las normas emitidas durante los períodos de las emergencias sanitarias y las emergencias económica, social y/o ecológica declaradas por el Gobierno Nacional, permitió identificar las siguientes normas que profirió el Presidente de la República, en ejercicio de facultades legislativas y también de facultades ordinarias de reglamentación, que restringen de manera directa o indirecta el derecho fundamental al acceso a la información pública y el derecho fundamental de protección de datos personales:

Tabla 12. Norma que restringió el derecho fundamental de acceso a la información pública

NORMA	RESTRICCIÓN
Decreto Legislativo 491	Ampliación de términos para atender las peticiones de los ciudadanos. Suspensión de términos de las actuaciones administrativas o jurisdiccionales en sede administrativa

La principal norma emitida por el presidente de la República, en el marco de la pandemia, que restringió el derecho fundamental de acceso a la información pública fue el Decreto Legislativo 491 de 2020. Esta norma, en su artículo 5, amplió los términos para dar respuesta a las peticiones ciudadanas. Las implicaciones de esta ampliación se analizarán más adelante.

⁴⁹ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-748 de 2011. MP Jorge Ignacio Pretelt. Considerando 2.6.3 y 2.6.6.1

Tabla 13. Norma que restringió el derecho fundamental de protección de datos personales

NORMA	RESTRICCIÓN
<p>Decreto 1078 de 2015 (modificado por Decreto 614 de 2020)</p>	<p>Establece función de Coronapp, como la única aplicación del Gobierno Nacional para obtener información oficial de la pandemia y reportar un autodiagnóstico de salud</p>
<p>Protocolos de bioseguridad del Ministerio de Salud y la Protección Social</p> <p>Normas que implementaron aplicaciones en las entidades territoriales, para el monitoreo de la pandemia</p>	<p>Normas que recomiendan la descarga de Coronapp para el ingreso a un establecimiento público, y aquellas que ordenan el registro obligatorio de información del cliente o usuario y su estado de salud (p. ej. Resolución 1285 de 2020 sobre protocolos para hoteles y distintos tipos de alojamiento o la Resolución 1569 de 2020 sobre protocolos para restaurantes y bares)</p>

La aplicación Coronapp implementada por el Gobierno Nacional, en el marco de la pandemia, restringió el derecho fundamental de protección de datos personales. Esta aplicación, al igual que las creadas a nivel territorial, generó dudas en la ciudadanía sobre el tratamiento de datos personales y sobre la obligatoriedad de su instalación en los teléfonos celulares, a pesar de que en las normas aparece como una recomendación.

Por otro lado, los protocolos de bioseguridad emitidos por el Ministerio de Salud y de Protección Social, en algunos casos, exigen el registro de información de los clientes de algunos establecimientos (p. ej. hoteles, restaurantes, etc.) y de su estado de salud.

Estas normas que buscan facilitar los rastreos epidemiológicos pueden convertirse en una carta blanca para que algunos responsables del tratamiento de datos personales hagan el tratamiento sin el debido respeto de los principios consagrados en la Constitución y en la Ley 1581 de 2012.

3.4.3. Restricciones al derecho fundamental al acceso a la información pública y al derecho fundamental de protección de datos personales derivadas de las normas emitidas para enfrentar la pandemia

La primera restricción que existió al derecho fundamental de acceso a la información pública fue la ampliación de los plazos para responder peticiones por parte de las entidades estatales, que fue ordenada en el Decreto Legislativo 491 de 2020 en su artículo 5. Se amplió el plazo de 15 días a 30 días para peticiones, 10 a 20 días para solicitud de documentos y de 30 a 35 días para consultas, según la tipología de peticiones del artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 (CpaCa). Esta ampliación de plazos fue validada por la Corte Constitucional, en la sentencia C-242 de 2020, que señaló sobre este punto:

“6.128. Igualmente, esta Corte estima que la referida medida es necesaria, puesto que para las autoridades del Estado es imposible materialmente realizar durante la emergencia sanitaria sus actuaciones con la misma celeridad con la que las desarrollaban en las condiciones ordinarias, debido a las restricciones a la presencialidad implementadas por razones de salud pública.

6.129. En efecto, la implementación de directrices como el aislamiento preventivo obligatorio, el distanciamiento social, la prohibición de aglomeraciones, las restricciones para ejecutar ciertas actividades que lleven consigo el contacto personal, entre otras, impiden que las autoridades puedan hacer uso de la infraestructura física que tienen dispuesta para atender a los usuarios de forma presencial, y que se vean obligadas a utilizar instrumentos y herramientas tecnológicas para cumplir sus funciones, lo cual requiere de un lapso razonable de adaptación, mientras fortalecen su capacidad de respuesta a las demandas de la ciudadanía.

6.131. Específicamente, por un lado, se pretende satisfacer un fin constitucional, como lo es el buen funcionamiento de la administración, el cual se ha visto afectado por las consecuencias derivadas de la pandemia, otorgándoles a las autoridades un término mayor para resolver ciertas peticiones, a fin de que al mismo tiempo puedan gestionar otros asuntos en medio de las dificultades que implica la imposibilidad de desarrollarlos de forma presencial con las herramientas e infraestructura ordinaria.⁵⁰ (Énfasis añadido)

En esta sentencia la Corte consideró necesario y proporcional la ampliación de los plazos de respuesta porque los funcionarios del estado encontraron dificultades para desarrollar sus tareas de manera presencial y con las herramientas ordinarias, por motivo de las restricciones impuestas por el aislamiento. En la decisión se afirma, igual a lo señalado en el párrafo del artículo 5 del Decreto Legislativo 491 de 2020, que la ampliación del plazo no aplica para peticiones relacionadas con otros derechos fundamentales.

La ampliación de plazos de respuesta de las peticiones, empero, no fue tomada para los plazos que se imponen a los ciudadanos, quienes como señaló la Corte en su sentencia también encontraron dificultades para realizar sus labores diarias en las mismas condiciones previas al aislamiento obligatorio. Los plazos para presentar recursos, por ejemplo, siguieron siendo los mismos, a pesar de que los ciudadanos también enfrentaron las mismas barreras o dificultades que los sujetos obligados a responder peticiones.

Por otro lado, la condición del párrafo del artículo 5 del Decreto Legislativo 491 de 2020, que fue avalada por la Corte y que señala que esa ampliación no aplica para peticiones relacionadas con otros derechos fundamentales, no tuvo un mecanismo de verificación o de control que pudiera de manera efectiva evitar que el sujeto obligado impusiera la ampliación del plazo para todas las peticiones que ha recibido durante la emergencia sanitaria.

Es necesario resaltar que esta medida no es temporal y que sigue siendo aplicada porque está atada al plazo de la emergencia sanitaria, que sigue estando vigente hasta febrero de 2021 en virtud de la Resolución 2230 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y que probablemente puede seguir expandiéndose porque no ninguna norma la restringe, como sí sucede con los tiempos de las declaratorias de emergencia económica, social y/o ecológica.

Con relación al derecho fundamental de protección de datos personales, las limitaciones que surgieron en el marco de la pandemia tuvieron como origen las aplicaciones y formularios virtuales implementados por el Gobierno Nacional y por varias autoridades locales y regionales para tratar los datos personales de los ciudadanos y así poder hacer frente a la situación de emergencia. A nivel nacional se implementó Coronapp y en varias ciudades y departamentos se implementaron aplicaciones o formularios con finalidades similares (p. ej. ValleCorona, Covid-19 Boyacá, emergencia.bucaramanga.gov.co, Medellín Me Cuida, Bogotá Cuidadora). En general, estas aplicaciones tienen como objeto recolectar y tratar información de los ciudadanos sobre síntomas y contactos, para realizar vigilancia epidemiológica, y sobre los establecimientos o actividades económicas que se estaban abriendo luego de la flexibilización de las medidas de aislamiento. Estas formas de tratamiento de datos no solo se implementaron en el sector público, sino también en el sector privado como cumplimiento a las medidas del Ministerio de Salud y Protección Social que, en varios protocolos de bioseguridad, exige el registro de la información de los clientes, sus síntomas o condiciones de salud y la promoción de la descarga de Coronapp.

La Ley 1581 de 2012 establece en el artículo 10 los casos en los cuales no es necesaria la autorización para el tratamiento de datos personales. En su literal a) señala que no es necesaria esa autorización cuando la información se requiere por parte de una entidad administrativa en ejercicio de su función pública. Por su parte, en el literal c) establece que no es necesaria esa autorización en casos de urgencia médica o sanitaria. Estas normas, empero, no son un permiso absoluto para cualquier tipo de tratamiento de datos personales o para recolectar cualquier tipo de dato en el marco de la emergencia. La Ley 1581 de 2012 establece unos principios que imponen criterios de razonabilidad y proporcionalidad en el tratamiento de los datos personales a los responsables y encargados de ese tratamiento.

⁵⁰ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-242 de 2020. MP Luis Guillermo Guerrero y Cristina Pardo.

Si bien existen esas disposiciones, la implementación de aplicaciones, formularios, y distintos medios de recolección y tratamiento de datos personales en la pandemia, generaron gran preocupación en los titulares quienes no tienen certeza de un tratamiento constitucional y legal de su información. Con respecto a las aplicaciones de las entidades públicas, surgieron dudas acerca del tipo de injerencia que esas aplicaciones tendrían en los dispositivos de los ciudadanos, es decir qué tipo de información estaban recolectando con precisión. Igualmente, sobre la recolección de datos en los establecimientos de comercio, los ciudadanos han tenido interrogantes sobre el uso que se le da a su información, por ejemplo si esa información puede ser usada para cualquier propósito, por ejemplo de mercadeo.

Por otro lado, las preocupaciones surgieron sobre la obligatoriedad de entregar los datos personales. Si bien las aplicaciones de origen estatal no son obligatorias, varias normas las imponen como recomendaciones que se constituyen en barreras que encuentra el ciudadano para recibir un bien o servicio. Por ejemplo, en los protocolos de algunas actividades comerciales se exige que los establecimientos de comercio recolecten cierta información, pero qué sucede si el ciudadano no la quiere entregar en virtud de su autonomía y en ejercicio del principio de libertad. O si quiere solo suministrar una información (sobre su salud) y no otro tipo de datos (como sus datos de contacto). De igual forma, qué sucede si un empleado no quiere reportar sus síntomas en las aplicaciones o formularios de las autoridades, luego de recibir la instrucción de su empleador. A pesar de que las normas hablan de recomendaciones, en muchos escenarios e interacciones los datos se están exigiendo casi de manera obligatoria, afectando así la libertad y autodeterminación tecnológica del titular de la información.

La Procuraduría Delegada para la Defensa del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad, en ejercicio de su función de vigilancia preventiva, inició 9 procesos preventivos para requerir información a los responsables y encargados del tratamiento de datos personales con relación a las aplicaciones implementadas por el sector público en el marco de la pandemia y que hacen recolección y tratamiento de ese tipo de datos. En desarrollo de esos procesos se lograron modificaciones sobre algunas de las aplicaciones y formularios, en especial con respecto al tratamiento de datos personales de menores de edad.

3.5. Derecho fundamental a la educación

Tras describir de forma general el marco normativo que regula el derecho fundamental a la educación (3.5.1) y presentar las principales normas emitidas por las autoridades competentes con relación a ese derecho, dentro del marco de las declaratorias de emergencia sanitaria y de emergencia económica y social (3.5.2), se sintetizan las restricciones que ha sufrido ese derecho fundamental por las normas para gestionar la pandemia del covid-19 (3.5.3).

3.5.1. Marco normativo de los derechos fundamentales a la educación

El derecho fundamental a la educación está consagrado en el artículo 67 de la Constitución. Esa norma establece que, además de ser un derecho, es un servicio público que tiene una función social: acceder al conocimiento, la ciencia, la técnica y los demás bienes y valores de la cultura. Así mismo, ordena que la educación esté orientada al respeto a los derechos humanos, la paz y a la democracia, la práctica del trabajo y la recreación, el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.

Según la norma constitucional, la educación es una obligación en cabeza del Estado, la sociedad y la familia. Sin embargo, su regulación, inspección, vigilancia y control está en cabeza del Estado. La Nación y las entidades territoriales tienen participación en la dirección, financiación y administración del servicio de educación que provee el Estado. Por otro lado, el artículo 68 constitucional permite a los particulares prestar este servicio público conforme al marco legal y con participación de la comunidad educativa.

La Corte Constitucional, en Sentencia T – 743 de 2013, reiteró la trascendencia de este derecho fundamental:

“El artículo 67 de la Constitución reconoce en la educación una doble condición de derecho y de servicio público que busca garantizar el acceso de los ciudadanos al conocimiento, a la ciencia y a los demás bienes y valores culturales. La relevancia de esa función social explica que la norma superior le haya asignado a la familia, a la sociedad y al Estado una corresponsabilidad en la materialización de esas aspiraciones y que haya comprometido a este último con tareas concretas que abarcan, desde la regulación y el ejercicio del control y vigilancia del servicio educativo, hasta la garantía de su calidad, de su adecuado cubrimiento y la formación moral, física e intelectual de los estudiantes. En cuanto a servicio público, la educación exige del Estado unas actuaciones concretas, relacionadas con la garantía de su prestación eficiente y continua a todos los habitantes del territorio nacional, en cumplimiento de los principios de universalidad, solidaridad y redistribución de los recursos en la población económicamente vulnerable. En su dimensión de derecho, la educación tiene el carácter de fundamental, en atención al papel que cumple en la promoción del desarrollo humano y la erradicación de la pobreza y debido a su incidencia en la concreción de otras garantías fundamentales, como la dignidad humana, la igualdad de oportunidades, el mínimo vital, la libertad de escoger profesión u oficio y la participación política”⁵¹ (énfasis añadido)

3.5.2. Normas emitidas en virtud de la emergencia sanitaria y de la emergencia social y económica que restringieron el derecho fundamental a la educación

Durante los períodos de las emergencias sanitarias y las emergencias económica, social y/o ecológica declaradas por el Gobierno Nacional, se encontraron las siguientes normas que profirió el presidente de la República, emitidas en ejercicio de facultades legislativas y también de facultades ordinarias de reglamentación, que restringen de manera directa o indirecta el derecho fundamental a la educación.

Tabla 14. Normas que restringieron el derecho fundamental a la educación

NORMA	RESTRICCIÓN
Decreto 457 de 2020 (y las demás que obligaron el aislamiento obligatorio)	Ordenar el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 25 de marzo de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 13 de abril de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19. No se permitió la asistencia a los juzgados del país.
Decreto Legislativo 532	Se suspende examen de Estado del 15 de marzo de 2020
Decreto Legislativo 660	Se le otorga la potestad al Ministerio de Educación de modificar las semanas de trabajo académico a solicitud de la autoridad competente en educación

⁵¹ Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. Sentencia T-743 de 2013. MP Luis Ernesto Vargas. Considerando 3.1.

Tabla 15. Normas que restringieron el derecho fundamental a la educación emitidas por otras autoridades

NORMA	PROPÓSITO
Resolución 3963 Min Educación	Por la cual se suspenden los términos legales dentro de las investigaciones administrativas adelantadas por el Ministerio de Educación Nacional en contra de las Instituciones de Educación Superior por motivos de salubridad pública.
Resolución 4193 Min Educación	Por medio de la cual se suspenden los términos de trámites administrativos del ministerio de educación nacional
Resolución 4751 Min Educación	Por medio de la cual se suspenden términos administrativos en los trámites de convalidación de títulos de educación superior otorgados en el exterior
Directiva 02 Min Educación	Recomendación de adopción de medidas transitorias para garantizar la continuidad de las sesiones previstas en los cuerpos colegiados.
Directiva 03 Min Educación	Orientaciones para el manejo de la emergencia por COVID-19 por parte de los establecimientos educativos privados.
Directiva 04 Min Educación	Uso de tecnologías en el desarrollo de programas académicos presenciales.
Directiva 05 Min Educación	Orientaciones para la implementación de estrategias pedagógicas de trabajo académico en casa y la implementación de una modalidad de complemento alimentario para consumo en casa.
Directiva 06 Min Educación	Uso de tecnologías en el desarrollo de programas de educación para el trabajo y el desarrollo humano.
Directiva 07 Min Educación	Orientaciones para manejo de la emergencia por COVID-19 en la prestación privada del servicio de educación inicial.
Directiva 08 Min Educación	Alcance de las medidas tomadas para la atención de la emergencia del COVID 19 en Educación Superior y Educación para el trabajo y el Desarrollo Humano.
Directiva 09 Min Educación	Orientaciones para Garantizar la continuidad de las jornadas de trabajo académico en casa entre el 20 de abril y el 31 de mayo de 2020, y el uso de los recursos de calidad matrícula y de calidad gratuidad
Directiva 10 Min Educación	Orientaciones adicionales a colegios privados a propósito de la prestación del servicio educativo durante la emergencia sanitaria por el COVID - 19
Directiva 11 Min Educación	Orientaciones para la prestación del servicio educativo en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19.
Directiva 12 Min Educación	Orientaciones adicionales a establecimientos educativos no oficiales para la prestación del servicio educativo en los niveles de educación inicial, preescolar, básica y media, en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19.

Directiva 13 Min Educación	Recomendaciones generales para el desarrollo de actividades académicas de laboratorios prácticos y de investigación en las instituciones de educación superior e instituciones de educación para el trabajo y desarrollo humano, en atención a las disposiciones del decreto no. 749 de 28 de mayo de 2020 y para el retorno progresivo a la presencialidad
Directiva 14 Min Educación	Modificación del numeral 4 de la Directiva 05 del 25 de marzo de 2020, relacionado con la prioridad en la prestación del servicio educativo.
Directiva 016 Min Educación	Orientaciones para la implementación del plan de alternancia educativa que contemple la implementación del protocolo adoptado en la Resolución 1721 del 24 de septiembre de 2020.
Circular Conjunta 11 - Min. Salud	Recomendaciones para prevención, manejo y control de la infección respiratoria aguda por el nuevo coronavirus en el entorno educativo.
Circular 12 Min Educación	Orientaciones para radicación de procesos de registro calificado y trámites asociados
Circular 19 Min Educación	Orientaciones con la ocasión a la declaratoria de emergencia sanitaria provocada por el Coronavirus.
Circular 020 Min Educación	Ajustes al Calendario Académico de Educación Preescolar, Básica y media. Medidas adicionales y complementarias para el manejo, control y prevención del Coronavirus.
Circular 021 Min Educación	Orientaciones para el desarrollo de procesos de planeación pedagógica y trabajo académico en casa como medida para la prevención de la propagación del COVID-19, así como para el manejo del personal docente, directivo docente y administrativo del sector educación.
Resolución 000210 ICFES	Por la cual se modifica el cronograma del examen de Estado Saber T y T (Estudiantes Técnicos y Tecnólogos) Primer Semestre de 2020 contenido la Resolución No. 888 de 2019
Resolución 000220 ICFES	Por la cual se suspenden las fechas de inscripción ordinaria y extraordinaria del examen de Estado ICFES Saber 11 calendario A
Resolución 0006 UAE - PAE	Por la cual se modifican transitoriamente Los lineamientos técnicos – administrativos, los estándares y las condiciones mínimas de programa de alimentación escolar-PAE en el marco del estado de emergencia, económica, social y ecológica, derivado de la pandemia del COVID-19.
Resolución 0007 UAE - PAE	Por la cual se modifica la Resolución 0006 de 2020 que expide transitoriamente los lineamientos técnicos - administrativos, los estándares y las condiciones mínimas del Programa de Alimentación Escolar – PAE, en el marco del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica, derivado de la pandemia del COVID-19.

Estas normas generaron restricciones al derecho fundamental a la educación, en el marco de las medidas de aislamiento, porque implementaron una educación remota que no se adecuó en debida forma a la situación de muchos estudiantes que no tenían acceso a la infraestructura y tecnologías suficientes para esta nueva forma de enseñanza.

Se implementaron reformas a la prestación del servicio de educación que se adecuaron a la imposibilidad de que los niños, niñas y adolescentes asistieran de manera presencial a las clases y a las actividades académicas. Así mismo, se modificaron las fechas de los exámenes obligatorios de Estado que miden y diagnostican la calidad de los procesos educativos.

3.5.2. Restricciones al derecho fundamental a la educación derivadas de la pandemia del covid-19 y de las normas emitidas para enfrentarla

Al igual que sucedió con el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, durante el período de aislamiento obligatorio, basar todo el servicio público de educación en la tecnología significó relegar a quienes tienen limitaciones de acceso, no cuentan con infraestructura suficiente o con buena señal, o no tienen las herramientas tecnológicas para recibir el servicio. El Ministerio de Educación, para coordinar la prestación del servicio con las medidas de aislamiento, emitió normas para implementar una educación remota que, en muchos casos, puede ser funcional a las necesidades de los estudiantes. Sin embargo, en muchos casos esa educación también afronta circunstancias que afectan la calidad de la prestación del servicio. Si un estudiante no tiene conexión a internet, o no tiene computador para asistir a las clases virtuales, ha encontrado barreras en la prestación del servicio. Lo anterior no se deriva propiamente de las actuaciones de los profesores o de los establecimientos educativos, sino de las capacidades de infraestructura y tecnología que tiene el país.

Si bien el Ministerio de Educación realizó acciones para evitar cualquier desmejora en la calidad del servicio, como proyectos de conectividad en zonas rurales y de programas de televisión educativos⁵², es evidente que la calidad de la educación de los menores se vio restringida o limitada por las medidas de aislamiento que les impidieron asistir de manera presencial a clases. Lo anterior fue más evidente en zonas rurales o apartadas del país con problemas de conectividad que no encontraron alivio en las medidas tomadas por el Ministerio. Según cifras del Ministerio de Educación, el 6.39% (2.812) sedes educativas no cuentan con dotación tecnológica.⁵³ De igual forma, según mediciones de ese Ministerio, el 9% en promedio de los estudiantes de instituciones privadas tuvieron inconvenientes para atender las clases virtuales, mientras que el 13% de los estudiantes de instituciones públicas tuvieron ese tipo de inconvenientes.⁵⁴

Las restricciones a este derecho fundamental se observan también en el número de acciones de tutela presentada por la presunta vulneración del derecho. Según información del Ministerio, entre marzo y noviembre de 2020 se recibieron 1317 acciones de tutela en contra de o en donde son vinculadas instituciones públicas de educación, secretarías de educación o el Ministerio de Educación, por la presunta violación de este derecho.⁵⁵

4. Principales hallazgos y conclusiones del Informe

Situaciones extraordinarias como las generadas por la pandemia del covid-19 requieren respuestas igualmente excepcionales, en el marco de mecanismos legales ágiles, eficaces y flexibles que faciliten una gestión oportuna y adecuada de las crisis. Los estados de excepción y emergencia consagrados en la Constitución y la ley colombianas, concebidos para gobernar en estos contextos imprevisibles, no son sin embargo carta blanca para la restricción o suspensión de derechos fundamentales sin que medie una clara motivación y bajo estrictos parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.

⁵² Ministerio de Educación Nacional. Debate de Control Político. Documento presentado a la Cámara de Representantes. P. 13

⁵³ *Ibidem*. p. 23.

⁵⁴ Respuesta del Ministerio de Educación a requerimiento 11.370 enviado por la Procuraduría Delegada para la Defensa del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad.

⁵⁵ *Ibidem*.

La urgencia generada por la crisis del covid-19 llevó al Estado colombiano a volcarse de lleno en las respuestas. En esa reacción, sin embargo, se desdibujaron las líneas entre lo ordinario y lo excepcional, entre la expedición normativa en el marco de los estados de emergencia y excepción, y las facultades ordinarias de reglamentación. Los riesgos de no contar con fronteras claras son enormes. Se ponen en tela de juicio los principios fundamentales del estado liberal y social de derecho: la división de poderes, el sistema de pesos y contrapesos, y los límites a las ramas del poder público.

Al menos dos grandes riesgos concretos se identificaron en el monitoreo que desarrolló la Procuraduría a la normatividad expedida a propósito de la emergencia derivada de la crisis del covid-19 -y que se plasman en este Informe. En primer lugar, la falta de claridad sobre los controles judiciales y la ausencia de un control legislativo material frente a los poderes excepcionales de la rama ejecutiva. En segundo lugar, la apariencia de legitimidad de las medidas restrictivas de derechos por mera conexidad con el origen de la emergencia, sin que haya claridad para los ciudadanos sobre un análisis profundo de proporcionalidad que justifique dichas medidas como las menos intrusivas frente a otras alternativas.

Adicionalmente, se constata que el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con vacíos que es urgente resolver, en lo que se refiere al alcance y el control de los estados de emergencia económica, social y ecológica, así como de la emergencia sanitaria. La posibilidad de restringir drásticamente derechos fundamentales a través de medidas de confinamiento o aislamiento estricto y obligatorio, mediante el poder reglamentario ordinario, es otro vacío normativo que requiere ser subsanado cuanto antes.

La pandemia del covid-19 por sí misma afectó los derechos de la población colombiana, en su vida, salud física y mental. Paralelamente a esa afectación, las medidas tomadas para enfrentar los efectos negativos de la pandemia también generaron, de forma directa o indirecta, restricciones a los derechos de la ciudadanía. En este Informe se registraron las restricciones sobre los derechos fundamentales a la salud, libre circulación, acceso a la administración de justicia, acceso a la información pública y protección de datos personales, y educación. Algunas de esas limitaciones respondieron a decisiones de política para gestionar la crisis y buscar la optimización del sistema de salud; otras se derivaron de las medidas de aislamiento obligatorio que impidieron la movilidad de las personas y el ejercicio presencial de estos derechos.

En primer lugar, los recursos del sistema de salud, por definición escasos en un sistema que busca garantizar la universalidad, fueron redirigidos de manera drástica a la infraestructura para enfrentar los contagios del covid-19. El cambio abrupto del riesgo epidemiológico del país, por la pandemia, provocó esta redirección de recursos también de forma acelerada. Lo anterior, de alguna manera implicó desatención en otros riesgos epidemiológicos ya existentes en el país, es decir la atención de otras patologías. La flexibilización y priorización de los trámites de aprobación de registros de medicamentos y tecnologías para combatir el covid-19, se autorizaron a las EPS e IPS para que prestaran nuevos servicios sin evaluación previa; se creó un procedimiento expedito para la evaluación y aprobación de usos no incluidos en el registro sanitario de medicamentos para el tratamiento del covid-19; y se autorizó y promovió el uso de las TIC para que se prestara el servicio de salud por telemedicina. Estas medidas, si bien buscaron enfrentar de manera ágil la pandemia, tuvieron un impacto tanto en la calidad de la prestación del servicio -porque se flexibilizaron los controles ordinarios de inspección, vigilancia y control-, como en el acceso mismo al servicio -por las exigencias de conectividad, alfabetización digital e infraestructura tecnológica que tiene la telemedicina como presupuesto básico y que en muchas zonas y sectores del país no están garantizadas.

El aislamiento obligatorio que impidió la movilidad de las personas y restringió en gran medida la atención presencial a los usuarios del sistema de salud también implicó una restricción de este derecho fundamental. El confinamiento de las personas por sí mismo generó efectos negativos en la salud mental de los ciudadanos, quienes vieron suspendidas actividades cotidianas de socialización, entretenimiento y ejercicio físico.

Los niveles de estrés, ansiedad, violencia psicológica intrafamiliar, depresión, etc., aumentaron durante el aislamiento obligatorio. La falta de atención presencial al paciente implicó una restricción a los servicios de salud oral no urgentes, a los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo, a las cirugías ambulatorias no urgentes, y otras atenciones y procedimientos que exigen la presencia del paciente. Esta situación impactó de manera negativa la calidad del servicio de salud.

Según observó la Procuraduría, el aumento significativo de quejas y reclamos red los ciudadanos frente a las deficiencias en la prestación del servicio de salud, durante el aislamiento obligatorio en comparación con el mismo período de 2019, confirma el impacto de las restricciones en el derecho a la salud.

En segundo lugar, se afectó el derecho fundamental a la libre circulación al restringirse la salida e ingreso de personas al país, la movilidad dentro del territorio nacional y la libre circulación e interacción social dentro de las ciudades o los entornos más cercanos. Esta última restricción fue la que más afectó a la ciudadanía ya que impactó en la convivencia y normalidad social existentes antes de la pandemia. El impacto fue tan drástico que varios entornos de la vida social cambiaron como el laboral, familiar, educativo, de entretenimiento, etc. Así mismo, esas restricciones significaron un aumento del disciplinamiento social representado en un amplio número de multas y contravenciones de convivencia y de tránsito.

Si bien, como se señaló en el capítulo 1, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado no analizaron las restricciones de movilidad porque no fueron medidas tomadas formalmente en ejercicio de competencias de emergencia, sí existieron pronunciamientos judiciales sobre la falta de proporcionalidad o razonabilidad de algunas restricciones. Como ejemplo, es necesario resaltar el pronunciamiento de un Juez Administrativo, y su confirmación el Tribunal Administrativo de segunda instancia, sobre la restricción de movilidad a personas mayores de 70 años, en el caso denominado en los medios de comunicación “la rebelión de las canas”. En esos pronunciamientos judiciales, vía acción de tutela, se hicieron críticas a la lesividad de estas medidas en las libertades ciudadanas de los accionantes.

En tercer lugar, el derecho de acceso a la administración de justicia también se vio afectado en este período. En efecto, la congestión judicial, un mal que afecta el sistema de justicia desde hace años, se profundizó por la ralentización de los procesos judiciales derivada de la imposibilidad de hacer audiencias presenciales. Adicionalmente, el servicio de justicia por medios digitales encontró las mismas barreras de la telemedicina en varias partes del país: la falta de conectividad, alfabetización digital e infraestructura tecnológica. Varios despachos del país no cuentan con acceso a internet o infraestructura suficiente, ni con conexión a los sistemas de reporte de información de procesos judiciales implementados por el Consejo Superior de la Judicatura. Por último, esas barreras y la falta de atención presencial implicaron una restricción de acceso a la justicia para las personas con conflictos que no pudieron presentar sus demandas por medios digitales ni presenciales, durante el período de aislamiento obligatorio.

Como lo constató la Procuraduría, la disminución del número de ingresos al sistema de administración de justicia en los meses de aislamiento obligatorio, en comparación con los meses anteriores a la pandemia, y de ingresos a la Fiscalía General de la Nación, en contraste con las cifras de 2019, evidencian esta limitación en el acceso a la justicia.

De otra parte, las actuaciones procesales se vieron seriamente afectadas por la imposibilidad de contar con una planeación y previsión suficientes debido a la implementación expedita de la justicia por medios digitales. Por ejemplo, se encontraron inconvenientes en la práctica de testimonios y en la calidad de recepción de las pruebas por parte de los jueces y la garantía de su inmediación por medios virtuales.

Pero el derecho fundamental de acceso a la justicia no solo se vio restringido en el ámbito judicial heterocompositivo, sino también en la conciliación como método autocompositivo de resolución de conflictos. La disminución de solicitudes de conciliación durante el aislamiento obligatorio, según cifras conocidas por la Procuraduría, fue mayor al 40%, en comparación con el mismo período de 2019.

En cuarto lugar, los derechos de acceso a la información pública y de protección de datos personales también fueron restringidos durante la pandemia del covid-19. El derecho fundamental de acceso a la información pública tuvo como restricción fundamental la ampliación del plazo para la respuesta a las peticiones, señalada en el Decreto Legislativo 491 de 2020. La Corte Constitución determinó en la sentencia C-242 de 2020 que esta ampliación fue razonable y proporcional, porque los funcionarios públicos encontraron dificultades para desarrollar sus tareas en los tiempos ordinarios previos a la pandemia. Sin embargo, como también lo señaló la Corte, esa misma dificultad impactó también a los ciudadanos, y sin embargo no fueron beneficiarios de esa ampliación de plazos, por ejemplo para la presentación de recursos o de solicitudes con términos establecidos en la Ley. La ampliación del plazo de respuesta a las peticiones, según el Decreto mencionado, no aplica para aquellas relacionadas con otros derechos fundamentales, como el de acceso a la información pública, pero la norma no previó mecanismos certeros de verificación y sanción de esta excepción.

Por su parte, el derecho fundamental de protección de datos personales tuvo también restricciones importantes ya que el aumento del uso de las TIC significó, por esencia, un aumento de recolección y tratamiento de datos personales. Desde el sector público se implementaron formularios y aplicaciones tecnológicas para recolectar y tratar datos que permitieran diseñar y poner en práctica políticas para enfrentar la pandemia del covid-19. La Procuraduría Delegada para la Defensa del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad inició varios procesos preventivos para verificar el cumplimiento del régimen de datos personales en ese tratamiento y logró que se hicieran correctivos, sobre todo con relación con el tratamiento de datos de menores de edad.

La instalación o uso de muchas de las aplicaciones tecnológicas y formularios no son formalmente obligatorias, sino solo recomendadas; pero en la interacción entre las autoridades y los ciudadanos se están tornando obligatorias de facto, porque son condición para lograr acceder a un permiso, licencia, beneficio, etc. Esto pone en riesgo la garantía de los principios de libertad y finalidad que protege la Ley 1581 de 2012, pues el ciudadano debe tener la libertad para entregar sus datos personales, sobre todo cuando muchos de los datos solicitados no tienen relación directa con la finalidad que se busca con la aplicación tecnológica o formulario digital.

En este mismo sentido, con la exigencia del Ministerio de Salud y Protección Social en varios protocolos de bioseguridad, en el sector privado se aumentó la recolección de datos de los clientes de distintos establecimientos comerciales. Esta información, sin embargo, es recolectada y tratada por las empresas comerciales quienes podrían, en desconocimiento de la Ley 1581 de 2012, hacer tratamientos indebidos de la información o usarla para fines distintos a los de salud pública. Este punto ha generado preocupación en la ciudadanía que no quiere que se usen sus datos personales para finalidades distintas a las recolectadas, a pesar de que ya esté marcado en el formulario la autorización para todas las finalidades de tratamiento de la política de datos personales de la compañía comercial.

En quinto lugar, el derecho fundamental a la educación también fue restringido, de manera especial por la restricción de movimiento impuesta por el aislamiento obligatorio. También en este caso los rezagos tecnológicos afectaron el acceso y calidad de la educación en tiempo de pandemia. A pesar de los esfuerzos del Ministerio de Educación, lo cierto es que la falta de conectividad, alfabetización digital e infraestructura tecnológica en colegios y universidades, como también en los hogares de los estudiantes, afectaron gravemente las posibilidades de acceso y la calidad de la educación. Estas dificultades fueron mucho más evidentes en las zonas rurales del país y en los colegios y universidades oficiales, según cifras del mismo Ministerio.

Principales recomendaciones

De los hallazgos y conclusiones de este informe la Procuraduría deriva una serie de conclusiones y hace un llamado a las instancias legislativa y gubernamental para que se hagan los ajustes necesarios, desde sus competencias, de tal manera que la institucionalidad y el país cuenten con herramientas claras y suficientes en coyunturas futuras similares a la enfrentada por el Estado en esta pandemia. El enfoque fundamental de las propuestas parte de la necesidad de aproximar la gestión las emergencias desde un enfoque de garantía y mínima restricción de derechos fundamentales, superando visiones meramente instrumentales del manejo de las crisis.

Es necesario robustecer los marcos normativos sobre los controles a los estados de emergencia, en particular en relación con la emergencia económica, social y cultural y la emergencia sanitaria. Se requiere mayor claridad sobre los controles judiciales y políticos de las medidas que se tomen en el marco de dichas declaratorias de emergencia, de tal manera que se garanticen los contrapesos y los límites al poder. Si bien el Estado debe tener herramientas para actuar de manera rápida y eficiente ante una emergencia, esta posibilidad no puede implicar restricciones innecesarias, excesivas, o desproporcionadas, de los derechos fundamentales.

Debe consagrarse un mecanismo automático de control judicial de constitucionalidad de todas las medidas que restrinjan derechos fundamentales para la gestión de la emergencia, independientemente de la forma legal o administrativa escogida por el ejecutivo para ordenarlas. La formalidad en la toma de decisiones no puede obstruir el control constitucional de actos que materialmente se derivan de la emergencia y que requieren por tanto de una revisión judicial de adecuación y proporcionalidad. Así, las restricciones que se impongan a través de reglamentaciones en ejercicio de funciones ordinarias, pero durante las emergencias, deben contar también con revisiones de oficio que garanticen ese control cruzado de los poderes públicos.

Es necesario robustecer los marcos normativos sobre los criterios de restricción de derechos en los estados de emergencia, en particular en relación con la emergencia económica, social y cultural y la emergencia sanitaria. Se requiere de disposiciones normativas que no se limiten a exigir un análisis de conveniencia, conexidad y razonabilidad de las medidas en marcos excepcionales, sino que impongan un análisis en lógica de garantía de derechos y límites a su restricción. Que establezcan de manera precisa qué derechos (o núcleos esenciales de derechos), garantías y libertades, pueden limitarse a través de las medidas y políticas de gestión de crisis y emergencias, así como los criterios restrictivos que deben aplicarse en la evaluación de las restricciones.

Es fundamental que los controles cruzados de las distintas ramas del poder público superen los aspectos formales de las normas emitidas durante la situación de emergencia. Esto significa que más allá de un análisis abstracto de las disposiciones normativas emitidas y de su conexidad con las necesidades de gestión de la crisis, se requiere una revisión que permita prever de qué manera los ciudadanos verán restringidos sus derechos, en la práctica, por las medidas, garantizando que en su puesta en marcha sean proporcionales y afecten en la menor medida posible los derechos de los ciudadanos.

Es urgente fortalecer los controles a la implementación o puesta en práctica de las políticas de gestión de crisis en contextos locales tan diversos como los existentes en el país. Las autoridades locales deben tener, no sólo la facultad, sino fundamentalmente el deber, de adaptar las disposiciones generales, legislativas y reglamentarias, a las especificidades locales para hacer frente a las emergencias garantizando la menor restricción de derechos frente a las necesidades particulares del contexto.



EL ESTADO DE LOS DERECHOS EN ESTADO DE EMERGENCIA

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
ENERO, 2021