

Bogotá D.C., 20 de abril de 2020

Honorable magistrado

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Corte Constitucional

E.S.D.

Referencia: Intervención ciudadana de investigadores e investigadoras del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia).

Intervinientes: Vivian Newman Pont, Mauricio Albarracín Caballero, Maryluz Barragán González, César Augusto Valderrama Gómez, Rodrigo Uprimny Yepes, Juan Pablo Parra Escobar, Daniel Ospina Celis, Johnattan García Ruiz, Alejandro Jiménez Ospina.

Asunto: Revisión del Decreto 417 de 2020 “por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional”.

Radicado: RE0000232.

El Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) es un centro de investigación socio-jurídica dedicado a la promoción de los derechos humanos en Colombia y el Sur Global, a la garantía del interés público y al fortalecimiento del Estado de Derecho. A lo largo de más de 15 años hemos realizado acciones de investigación, litigio e incidencia en distintos temas, incluyendo asuntos relacionados con la prevención de la arbitrariedad y el fortalecimiento del Estado de Derecho.

Dentro de ese marco de acción, amparados por lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2067 de 1991, los abajo firmantes acudimos a su despacho con el fin de presentar intervención ciudadana en la que defendemos la exequibilidad del Decreto 417 de 2020 que declara un estado de emergencia económica, social y ambiental en todo el territorio colombiano. Asimismo, en la presente intervención se ponen de presente las complejidades que derivan de una crisis sin precedentes y, por lo tanto, la necesidad de que la Corte Constitucional reafirme las obligaciones que tiene el Gobierno Nacional de respeto por el estado social y democrático de derecho (art. 1 CP), en particular la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (art. 2 CP), y la protección y primacía de los derechos fundamentales sin discriminación alguna para todas las personas residentes en Colombia.

En nuestro concepto la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica está plenamente justificada por la pandemia. Sin embargo, es indispensable que esta Corte mantenga el precedente constitucional que establece que solo se debe dar herramientas al Gobierno para reaccionar ante la excepcionalidad sin violar la Constitución. Y que, en todo caso, reconozca que la pandemia impone desafíos grandes para mantener la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho, el principio democrático y el respeto y garantía de los derechos fundamentales de personas que resultan impactadas de forma desproporcionada por la crisis. Estos desafíos se pueden ver desde dos frentes, por un lado, los institucionales, orgánicos o de control al poder y por el otro los de garantía de derechos fundamentales.

En primer lugar, la respuesta a la pandemia amenaza la separación de poderes y la colaboración armónica en el marco de la emergencia, pues ha impedido el ejercicio del control político por parte del Congreso y ha implicado el cierre procesal de acciones judiciales intangibles por parte de órganos como la Corte Suprema de Justicia. Asimismo, la duración de la misma desafía el diseño constitucional del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, pues probablemente dure más de los noventa días que la Constitución prevé como tiempo máximo para ello. Allí solicitamos a la Corte Constitucional que aclare en la parte motiva de su sentencia cómo solucionar esos desafíos, de la siguiente forma: (i) exhortando al Congreso a cumplir su función de control político; (ii) aclarando que ni la Corte Suprema de Justicia ni ningún órgano judicial puede suspender habeas corpus y tutelas y, (iii) explicando que los noventa días que puede durar el estado de emergencia deben ser suficientes para abordar los asuntos estructurales pertinentes.

En segundo lugar, la respuesta pandemia puede derivar en una expansión problemática de los poderes ordinarios que tiene el ejecutivo para limitar derechos fundamentales, situación que debe ser abordada inmediatamente por la Corte Constitucional, especialmente respecto de los decretos de aislamiento obligatorio. Y, además, se hacen necesarios pronunciamientos expresos sobre la vigencia del principio de igualdad material y la prohibición de discriminación, así como de la importancia de la transparencia y el acceso a información pública en el marco de la pandemia. En estos puntos solicitamos a la Corte Constitucional que: (i) Avoque conocimiento sobre los decretos de aislamiento obligatorio y, (ii) prevenga al Gobierno para que ejerza las facultades derivadas del estado de emergencia de forma que garantice la vigencia de los derechos fundamentales de todas las personas que están bajo su autoridad.

La atención de la presente emergencia de salud pública global implica por parte del Estado la ejecución de una serie de acciones que pueden enmarcarse en tres categorías no excluyentes: (1) la contención y mitigación de la propagación del SARS-CoV-2; (2) la atención de la enfermedad respiratoria que produce el SARS-CoV-2, denominada por la Organización Mundial de la Salud

(en adelante OMS) como COVID-19¹; y (3) la atención de los efectos sociales y económicos derivados de las acciones anteriores². La naturaleza de la emergencia hace que cada una de estas acciones, en cada categoría, afecten de diferentes maneras un conjunto de derechos constitucionales, lo cual motiva el presente estudio de constitucionalidad.

Las acciones dirigidas a contener y mitigar la propagación del coronavirus radican principalmente en aquellas medidas que podrían reducir el riesgo de contagio de la comunidad y de cada uno de los individuos. La OMS ha recomendado a sus Estados miembros una serie de áreas de trabajo prioritario que para la categoría de mitigación del contagio incluyen la activación de mecanismos de respuesta a emergencias, la educación y comunicación activa con el público sobre los riesgos identificación, trazabilidad y administración de posibles casos, la vigilancia epidemiológica, las medidas de salud pública (lavado de manos, etiqueta respiratoria y la práctica del distanciamiento social), la capacitación del talento humano en salud en prevención y control de la infección así como la implementación de pruebas de laboratorio para confirmar o descartar casos³. Las acciones dentro de estas áreas de trabajo afectan un importante conjunto de derechos constitucionales relacionados con las restricciones de movilidad de los ciudadanos, especialmente de grupos de especial protección constitucional, con el acceso efectivo al agua para reducir el riesgo de contagio, con el derecho a la información y una atención de salud oportuna cuando se presenten síntomas que puedan indicar un contagio efectivo, así como el acceso a pruebas diagnósticas que permitan confirmar o descartar la presencia del virus para tomar las medidas de aislamiento adecuadas. El análisis constitucional de esta categoría de acciones del Estado requiere de una mirada colectiva de la protección de derechos.

Las acciones dirigidas a la atención de aquellas personas que portan el SARS-CoV-2 y que empiezan a desarrollar la enfermedad COVID-19 también tienen un impacto directo en los derechos constitucionales de los ciudadanos. Dentro de las áreas de trabajo prioritario mencionadas por la OMS, en esta categoría se encuentran principalmente aquellas acciones relacionadas con el manejo clínico del COVID-19 por parte de las instituciones de salud y del talento humano que interviene en la prestación de los servicios. Las acciones del Estado en esta categoría impactan directamente múltiples derechos constitucionales de los pacientes y de los trabajadores de la salud, especialmente aquellos descritos en detalle en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Ley

¹ World Health Organization. “Naming the coronavirus disease (COVID-19) and the virus that causes it”. Disponible en: [https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-\(covid-2019\)-and-the-virus-that-causes-it](https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-(covid-2019)-and-the-virus-that-causes-it)

² Estas categorías fueron adaptadas tomando como referencia del análisis hecho en Quinn, S. C., & Kumar, S. (2014). Health inequalities and infectious disease epidemics: a challenge for global health security. Biosecurity and bioterrorism: biodefense strategy, practice, and science, 12(5), 263–273. <https://doi.org/10.1089/bsp.2014.0032>

³ World Health Organization. “Critical preparedness, readiness and response actions for COVID-19 – 19 March 2020”. Disponible en: <https://www.who.int/publications-detail/critical-preparedness-readiness-and-response-actions-for-COVID-19>

1751 de 2015 -estatutaria de salud- y en instrumentos internacionales de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, entre otros. El análisis de estas acciones, a diferencia de la categoría anterior, requiere una perspectiva más individual.

Y en la tercera categoría mencionada se encuentran todas las acciones del Estado encaminadas a responder a los efectos de aquellas medidas de mitigación del contagio del coronavirus y de la atención en salud de la enfermedad COVID-19. El Estado colombiano ha tomado una serie de acciones relacionadas con múltiples sectores de la economía, así como decisiones en materia educativa, social e institucional. La revisión del impacto de estas acciones en los derechos constitucionales supone para la Corte Constitucional el deber de evaluar el alcance de las decisiones, la garantía de derechos civiles, económicos y sociales, así como la limitación de estos. Esto incluye por ejemplo un análisis sobre el derecho a la salud en todo lo que no está relacionado con la emergencia sanitaria, las garantías del derecho a la educación, a una vivienda, al acceso a los servicios públicos domiciliarios y al acceso y disponibilidad de alimentos, protecciones laborales, la protección contra la violencia de género e intrafamiliar, entre otros, así como un deber del Estado de respetar la dignidad humana y velar por la protección de grupos históricamente discriminados, socialmente vulnerables y personas en debilidad manifiesta.

El estudio de constitucionalidad debe distinguir las acciones del Estado entre las categorías mencionadas, de modo que se identifiquen claramente cuáles son los determinantes constitucionales de la emergencia sanitaria, es decir, cuáles son aquellos derechos y bienes jurídicos que delimitan los deberes y obligaciones del Estado frente a sus ciudadanos. Ello para que toda persona tenga la posibilidad de reducir la posibilidad de contagio de este nuevo virus, de recibir la mejor atención en salud posible para recuperarse del COVID-19, y de mitigar el impacto de las intervenciones estatales y sociales producto de la emergencia sin sufrir un impacto desproporcionado en el goce efectivo de sus derechos constitucionales. Es precisamente en situaciones como estas en las que el Estado colombiano tiene el deber de respetar los derechos humanos y las garantías constitucionales, en especial de aquellos grupos más vulnerables, utilizando acciones motivadas a partir de la mejor evidencia disponible. Identificar estos determinantes constitucionales le permitirá a la Corte Constitucional garantizar la guarda y la integridad de la Constitución, particularmente los derechos fundamentales y los fines del Estado Social de Derecho.

Para explicar esto, en primer lugar, se presentan los antecedentes al control de constitucionalidad del Decreto 417 de 2020 (apartado 1). Allí se enunciará de forma breve la evolución de la crisis derivada de la propagación del COVID-19 en Colombia y el mundo (apartado 1.1) y luego la reacción del Estado colombiano al mismo a través de la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ambiental y la adopción de distintas medidas de tipo económico, social y de

salud pública (apartado 1.2). Seguidamente se lleva a cabo una breve caracterización de los estados de excepción en el régimen constitucional colombiano y la jurisprudencia del tribunal constitucional (apartado 2). Ello con el fin de demostrar la existencia de un paradigma de subordinación del Gobierno a la Constitución incluso en tiempos de excepcionalidad y del control de constitucionalidad como materialización de la misma. Luego se pasa a analizar la constitucionalidad del Decreto 417 de 2020, tanto desde el punto de vista formal como material (apartado 3) y se concluye que es constitucional. Para finalizar con la presentación de las distintas complejidades derivadas de la crisis actual y algunos de los factores que la Corte Constitucional debe tener en cuenta con el fin de garantizar la vigencia del Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales (apartado 4). Posteriormente se resumen las conclusiones del presente texto (apartado 5) y se presenta el petitorio para la Corte Constitucional (apartado 6).

1. ANTECEDENTES

1.1. El COVID-19 en Colombia y el mundo

El 11 de marzo de 2020, el director general de la OMS informó que el brote del coronavirus causante de COVID-19 podía caracterizarse como una pandemia⁴. En su alocución, recordó que el mundo nunca había visto una pandemia generada por un coronavirus y que tampoco había visto una pandemia que pudiera ser controlada⁵. Al día siguiente de aquella declaración había en el mundo 125.260 casos confirmados —de los cuales 80.981 se encontraban en China— y habían muerto 4.613 personas como consecuencia del COVID-19⁶. Según el reporte número 90 de la OMS, para el 19 de abril de 2020 se han reportado 2'241.778 casos confirmados y más de 152.551 fallecidos a nivel mundial⁷. La región de las Américas reportaba 821.860 casos confirmados y 38.258 fallecidos. Para esta misma fecha, Colombia ha reportado 3.792 casos positivos y 179 personas fallecidas por COVID-19.

⁴ World Health Organization. Situation Report – 51. “Coronavirus disease 2019 (COVID-19)”. Disponible en: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200311-sitrep-51-COVID-19.pdf?sfvrsn=1ba62e57_10.

⁵ World Health Organization. “WHO Director-General’s opening remark at the media briefing on COVID-19 – 11 March 2020”. Disponible en: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-COVID-19---11-march-2020>.

⁶ World Health Organization. Situation Report – 52. “Coronavirus disease 2019 (COVID-19)”. Disponible en: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200312-sitrep-52-COVID-19.pdf?sfvrsn=e2bfc9c0_4

⁷ World Health Organization. Situation Report – 70. “Coronavirus disease 2019 (COVID-19)”. Disponible en: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200419-sitrep-70-covid-19.pdf?sfvrsn=551d47fd_4

El brote de COVID-19 ha llegado a más de 185 países; Colombia no es la excepción. El 6 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social confirmó el primer caso en el país⁸. El 11 de marzo, el mismo día que la OMS declaró el brote como una pandemia, en Colombia se registró un total de 9 casos confirmados⁹. Seis días después, al momento de la expedición del Decreto 417 de 2020 que declara un estado de emergencia económica, social y ambiental en todo el territorio, las autoridades sanitarias habían confirmado 75 casos en el país¹⁰. El 21 de marzo de 2020 se reportó la primera muerte por COVID-19 en Colombia¹¹. Finalmente, el 31 de marzo de 2020, el ministro de Salud y Protección Social, Fernando Ruiz Gómez, indicó que el país entraba en la fase de mitigación al superar el 10% de casos sin nexo epidemiológico y un número total de casos confirmados de 906¹².

Las páginas web del Instituto Nacional de Salud¹³ y Coronavirus en Colombia¹⁴ ofrecen información oficial del número de casos actuales en el país distribuido por grupo etario, sexo, municipio y otros factores a través de un bloque web interactivo. Según estos sitios web el crecimiento en el número de casos en el país estaba representado en la gráfica 1 (consultados el 20 de abril de 2020):

⁸ Ministerio de Salud y Protección Social. Boletín de Prensa No. 050 de 2020. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Colombia-confirma-su-primer-caso-de-COVID-19.aspx>

⁹ Ministerio de Salud y Protección Social. Boletín de Prensa No. 057 de 2020. Disponible en: [https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Minsalud-confirma-seis-nuevos-casos-de-coronavirus-\(COVID-19\)-en-Colombia.aspx](https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Minsalud-confirma-seis-nuevos-casos-de-coronavirus-(COVID-19)-en-Colombia.aspx)

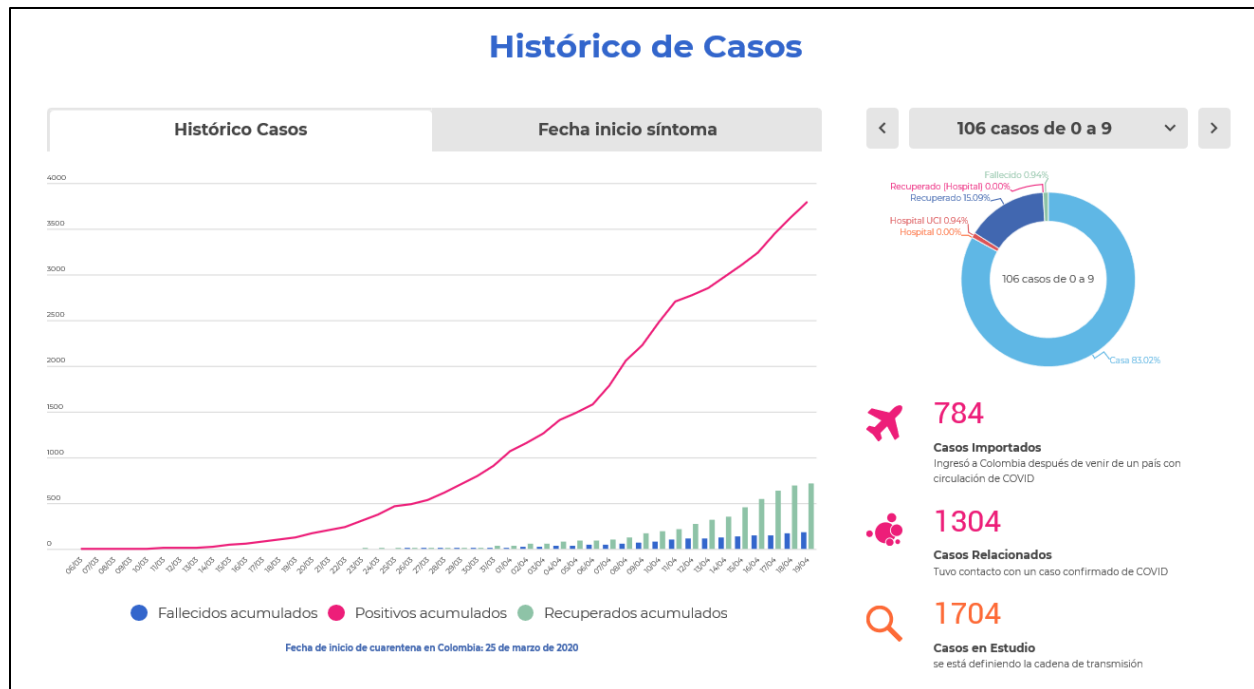
¹⁰ Ministerio de Salud y Protección Social. Boletín de Prensa No. 078 de 2020. Disponible en: [https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Minsalud-confirma-10-nuevos-casos-de-coronavirus-\(COVID-19\)-en-Colombia.aspx](https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Minsalud-confirma-10-nuevos-casos-de-coronavirus-(COVID-19)-en-Colombia.aspx)

¹¹ Ministerio de Salud y Protección Social. Boletín de Prensa No. 086 de 2020. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Colombia-confirma-primera-muerte-por-coronavirus.aspx>

¹² Ministerio de Salud y Protección Social. Boletín de Prensa No. 111 de 2020. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Colombia-entra-en-fase-de-mitigacion-de-la-COVID-19.aspx>

¹³ Instituto Nacional de Salud. Coronavirus (COVID -2019) en Colombia. Disponible en: <https://www.ins.gov.co/Noticias/Paginas/Coronavirus.aspx>

¹⁴ Gobierno de Colombia. Coronavirus Colombia. Disponible en: <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html>



Gráfica 1 – Número de casos de COVID-19
en Colombia
Fuente: Instituto Nacional de Salud
Corte: 20 de abril de 2020

Según las consideraciones del Decreto 417 de 2020, el Instituto Nacional de Salud realizó una proyección inicial sobre el comportamiento del COVID-19 en Colombia¹⁵. Estas apuntan a que casi 4 millones de personas se contagiarán, de las cuales más de 700.000 requerirán atención médica. Si estas proyecciones (cuyo modelo no está disponible al público) se cumplen, el sistema de salud colombiano colapsará. Teniendo en cuenta la gravedad de la situación, el Gobierno ha tomado distintas medidas para enfrentar la crisis. En el siguiente apartado se presenta un recuento de las medidas adoptadas por el Gobierno en el marco de la emergencia sanitaria producida por la expansión del brote de COVID-19.

1.2. La reacción del Estado colombiano al COVID-19

El Gobierno nacional se enfrenta a una crisis sin precedentes y para ello ha decidido utilizar todo el repertorio de facultades que la Constitución y la ley le otorgan para cumplir el fin esencial del Estado: proteger a las personas que habitan el territorio nacional. Este apartado busca entregar a la Corte Constitucional un panorama de las medidas adoptadas, distinguiendo dos estadios: (i) la

¹⁵ Presidencia de la República. Decreto 417 de 2020.

declaratoria del estado de emergencia económica, social y ambiental (apartado 1.2.1); (ii) la adopción de decretos legislativos en desarrollo del estado de emergencia y de decretos ordinarios estrechamente relacionados con la crisis (apartado 1.2.2). En cada una de estas secciones se llevará a cabo un breve resumen de las medidas adoptadas, teniendo en cuenta que las consideraciones sobre su constitucionalidad no hacen parte del presente proceso y, por lo tanto, se reservarán para el momento adecuado, en la sede propicia.

1.2.1. La declaratoria del estado de emergencia económica, social y ambiental

Por medio del Decreto 417 de 2020¹⁶, en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política, el Presidente de la República declaró un estado de emergencia económica, social y ambiental en todo el territorio nacional. Tal declaratoria se basa en dos presupuestos fácticos generales: (i) la situación de salud pública generada por el brote de COVID-19 a nivel mundial y sus posibles impactos en el sistema de salud colombiano; y (ii) las implicaciones económicas que tienen tanto la caída en el precio del petróleo como las medidas de distanciamiento social en la economía del país. En el apartado anterior se caracterizó brevemente el avance del COVID-19 en Colombia y el mundo, contexto que se encuentra también desarrollado en las consideraciones de la declaratoria. Asimismo, el Decreto 417 de 2020 se soporta en gran medida en las proyecciones realizadas por el Instituto Nacional de Salud. Con base en este estudio, el decreto indica que con el fin de sortear adecuadamente la crisis es necesaria una inversión de \$4'961.885'951.600 COP en el sector salud.

El decreto establece que la situación de salud pública producida por el brote de COVID-19 y los efectos económicos negativos evidenciados en las primeras semanas de marzo afectan gravemente el orden económico y social del país. Además, recalca la urgencia de tomar medidas de contención y/o mitigación del brote de COVID-19 con el fin de evitar la pérdida de millares de vidas. En ese sentido, considera que la situación a la que está expuesta la población colombiana es tan grave — en tanto afecta la salud, el empleo, el abastecimiento de bienes básicos y la economía— que es necesario contar con las herramientas necesarias para enfrentar de manera eficaz la situación.

Por último, en las consideraciones del decreto se encuentran algunas de las medidas que será necesario tomar para afrontar la crisis. Estas serán desarrolladas en los siguientes dos apartados; sin embargo, es pertinente mencionar algunas de las que propone el Decreto 417 de 2020. Por ejemplo: (i) creación del Fondo de Mitigación de Emergencias; (ii) disposición de los recursos del Fondo de Ahorro y Estabilización a título de préstamo; (iii) emisión de títulos para obtener liquidez; (iv) realización de actuaciones judiciales y administrativas a través de medios tecnológicos; y (v) autorización a acudir al mecanismo de contratación directa.

¹⁶ Presidencia de la República. Decreto 417 de 2020.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional por un término de 30 días calendario (artículo 1). Y, a raíz de esto, se autoriza al Gobierno nacional a adoptar mediante decretos legislativos las medidas necesarias para conjurar la crisis (artículo 3).

1.2.2. Los decretos legislativos derivados del estado de emergencia económica, social y ambiental y los ordinarios estrechamente relacionados con la crisis

La respuesta del Estado colombiano, por lo menos desde el punto de vista normativo y desde el nivel central/nacional, ha estado distribuida en distintos frentes y se ha llevado a cabo mediante dispositivos jurídicos distintos. Así, por un lado, se encuentra la declaratoria de estado de emergencia¹⁷, por el otro están los decretos legislativos derivados de esta y finalmente están los decretos adoptados en uso de facultades “ordinarias” pero que están destinados a abordar la crisis. El presente apartado plantea el panorama de esta respuesta a partir de una división temática que ignora, por ya haber sido abordado antes a profundidad, el decreto de declaratoria del estado de emergencia, con fecha de corte a 5 de abril de 2020. Aunque vale la pena aclarar que algunas de las medidas que aquí se mencionarán tienen serios y claros problemas de constitucionalidad o conveniencia, que por supuesto no son parte del juicio que debe llevar a cabo la Corte Constitucional en el presente proceso, por lo que serán explicados en la oportunidad pertinente.

Lo que demuestra el conteo y clasificación de las medidas es una predominancia general de acciones para asegurar recursos para abordar la crisis, aloarlos de forma adecuada y permitir a las autoridades darle uso. En este tema se han tomado seis decisiones a través de decretos legislativos. Esto comenzó con la creación del Fondo de Mitigación de Emergencias¹⁸, luego con la autorización a Findeter y Bancoldex para realizar nuevas operaciones financieras para conjurar la crisis o impedir la extensión de sus efectos¹⁹, pasando por las medidas para el fortalecimiento del Grupo Bicentenario S.A.S. y el Fondo Nacional de Garantías²⁰, la autorización a las autoridades territoriales para que realicen movimientos presupuestales²¹ y la adopción de medidas relacionadas con el ciclo de proyectos de inversión pública financiados con recursos del Sistema General de Regalías²², y finalizando con una adición al presupuesto general de la Nación para 2020²³. Así, se puede observar un esfuerzo general por garantizar disponibilidad de recursos para atender la crisis.

¹⁷ Presidencia de la República. Decreto 417 de 2020.

¹⁸ Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Decreto 444 de 2020.

¹⁹ Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Decreto 468 de 2020.

²⁰ Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Decreto 492 de 2020.

²¹ Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Decreto 512 de 2020.

²² Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Decreto 513 de 2020.

²³ Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Decreto 519 de 2020.

De forma paralela a estas medidas aparecen otras que, si bien no propenden por reasignar recursos o crear espacios y modificar competencias para su correcta utilización, sí buscan garantizar que la administración pública opere de forma rápida y eficiente. Allí se ubican dos decretos legislativos. Uno que adopta medidas para permitir la contratación estatal a través de reglas distintas a las del estatuto general de contratación pública²⁴, otro relacionado con la prestación del servicio por parte de las autoridades y la adopción de medidas de protección laboral para quienes trabajan allí²⁵. Al tiempo que aparecen otros relacionados con distintos tipos de ejercicio de autoridad o funciones públicas o cuasi-públicas, concretamente, con administración de justicia en la jurisdicción constitucional²⁶, la suspensión de los procesos de extradición²⁷, la prestación de servicios asignados a comisarías de familia para la prevención de la violencia intrafamiliar²⁸ y aquellas relacionadas con el registro mercantil²⁹.

Seguidas están las medidas estrictamente destinadas a atender asuntos sobre salud, salud pública o administración del sistema general de seguridad social en salud. Aquí se distinguen dos decretos legislativos. El primero adopta medidas tendientes a garantizar la prevención diagnóstico y tratamiento del COVID-19 y la circulación de los insumos necesarios para ello³⁰. Y el segundo flexibiliza las condiciones contractuales para la adquisición de dispositivos médicos y elementos de protección personal para la atención de personas infectadas o presuntamente infectadas con el COVID-19³¹.

Luego aparecen medidas que tienen como objetivo o pretenden mantener la garantía de ciertos derechos fundamentales. Concretamente, los derechos al agua (acceso a acueducto y alcantarillado)³², a la educación por vías no presenciales³³, a la cultura³⁴, a la alimentación y el acceso a productos básicos o de primera necesidad³⁵, al mínimo vital de personas que ejercían, ejercen o han ejercido alguna forma de trabajo formal³⁶, el mínimo vital de hogares en situación de pobreza o carentes de recursos para subsistir durante el aislamiento³⁷, al acceso a servicios

²⁴ Departamento Nacional de Planeación. Decreto 440 de 2020.

²⁵ Ministerio de Justicia y del Derecho. Decreto 491 de 2020.

²⁶ Ministerio de Justicia y del Derecho. Decreto 469 de 2020.

²⁷ Ministerio de Justicia y del Derecho. Decreto 487 de 2020.

²⁸ Ministerio de Justicia y del Derecho. Decreto 460 de 2020.

²⁹ Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Decreto 434 de 2020.

³⁰ Ministerio de Salud y Protección Social. Decreto 476 de 2020.

³¹ Ministerio de Salud y Protección Social. Decreto 499 de 2020.

³² Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio. Decreto 441 de 2020.

³³ Ministerio de Educación Nacional. Decreto 467 de 2020. Ministerio de Educación Nacional. Decreto 470 de 2020.

³⁴ Ministerio de Cultura. Decreto 475 de 2020.

³⁵ Ministerio de Agricultura y Desarrollo Sostenible. Decreto 486 de 2020. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Decreto 507 de 2020.

³⁶ Ministerio del Trabajo. Decreto 488 de 2020.

³⁷ Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Decreto 458 de 2020. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Decreto 518 de 2020.

públicos esenciales como la energía eléctrica y el gas combustible³⁸ y a servicios de telecomunicación de radiodifusión sonora, televisión y postales, que pasaron a entenderse como esenciales³⁹. Todos ellos pensados para paliar o mitigar los impactos del aislamiento, más que del COVID-19 en sí mismo. Y, finalmente, las que tienen que ver con impuestos. Un decreto que establece una exención de IVA a bienes utilizados en la prestación de servicios de salud⁴⁰ y otro que faculta a los alcaldes y gobernadores para reducir tarifas tributarias en sus entidades territoriales respectivas⁴¹.

A todas estas medidas, adoptadas a través de las facultades extraordinarias asumidas en virtud del Decreto 417 de 2020, se suman varias que, a pesar de ser fácilmente las más importantes en medio de la crisis, han sido expedidas en uso de facultades “ordinarias”. Las que merecen una mención explícita son aquellas relacionadas con lo que el Gobierno entiende como orden público. En principio, medidas destinadas a mantener una coordinación adecuada entre el nivel central y las entidades territoriales, marcando de entrada la prevalencia del Presidente en la dirección del orden público⁴². Y luego medidas de restricción directa y estricta de derechos, específica pero no exclusivamente, el derecho a la libre circulación, a través de un aislamiento preventivo obligatorio que inició el 25 de marzo de 2020⁴³.

Así, se puede observar que el Gobierno ha abordado la crisis por lo menos desde seis frentes distintos: (i) la garantía de recursos para afrontar la crisis; (ii) la garantía de la operación eficiente y segura de la administración pública; (iii) la atención adecuada y oportuna de la salud pública en estricto sentido; (iv) la garantía de ciertos derechos fundamentales, amenazados por los efectos de la propagación de la enfermedad o por las medidas adoptadas para mitigarla; (v) la adecuación del sistema tributario a las necesidades de la crisis, especialmente en materia de importación de insumos médicos y reducción de la carga tributaria territorial y, (vi) la garantía del “orden público”, entendido desde un punto de vista de restricción del contacto social para evitar la propagación del virus. Todos ellos abordando de una u otra manera las tres categorías de acciones arriba explicadas: (1) la contención y mitigación de la propagación del SARS-CoV-2; (2) la atención de la enfermedad respiratoria que produce el SARS-CoV-2, denominada por la OMS como COVID-19; y (3) la atención de los efectos sociales y económicos derivados de las acciones anteriores.

2. LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

³⁸ Ministerio de Minas y Energía. Decreto 517 de 2020.

³⁹ Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Decreto 464 de 2020.

⁴⁰ Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Decreto 438 de 2020.

⁴¹ Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Decreto 461 de 2020.

⁴² Ministerio del Interior. Decreto 418 de 2020. Ministerio del Interior. Decreto 420 de 2020.

⁴³ Ministerio del Interior. Decreto 457 de 2020.

El control constitucional a los estados de excepción ha tenido un extenso desarrollo jurisprudencial en Colombia, el cual inició con los desarrollos de la Corte Suprema de Justicia bajo la Constitución de 1886⁴⁴ y continuó con la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el marco del nuevo diseño institucional de 1991. En esta sección, se presenta un breve panorama de la línea jurisprudencial que ha trazado la Corte Constitucional desde 1991 hasta la actualidad frente a la declaratoria de estados de excepción.

En general, lo que demuestra el recuento que aquí se hará es la evolución del paradigma constitucional colombiano hacia un Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1 CP) vigente incluso en tiempos de excepción. Esto a raíz de las características que ha asignado la jurisprudencia, en seguimiento de los cambios constitucionales, a los estados de excepción y el control judicial de los mismos. A saber: (i) La obligación de cumplir estrictamente las formalidades necesarias para declarar el estado de excepción y ejercer las facultades de él derivadas; (ii) la obligación de demostrar la concurrencia de los requisitos materiales consagrados en la Constitución y la ley para declarar el estado de excepción y ejercer las facultades de él derivadas y, (iii) la facultad (y obligación) en cabeza de la Corte Constitucional de revisar, tanto en la forma como en el fondo, tanto la declaratoria del estado de excepción como los decretos emitidos a partir de las facultades que este otorga.

Al comenzar la vigencia de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional tomó y potenció los avances parciales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al mantener desde su primera decisión una posición clara frente a su competencia para hacer control integral de todas las medidas adoptadas en virtud de estados de excepción, involucrando no solo un análisis formal, sino también y sobre todo sustancial. En el examen que realiza la Corte Constitucional sobre estados de excepción se analizan dos aspectos: el presupuesto objetivo de la declaratoria del estado de excepción y un análisis de la fase siguiente a esa declaratoria, esto es, para el ejercicio de las facultades extraordinarias que asume el Presidente⁴⁵.

La discusión sobre el control sustancial adquirió tal profundidad en la Corte Constitucional que se discutían internamente qué hechos debían ser catalogados como “anormales” para poder declarar constitucional un estado de excepción⁴⁶. Y, posteriormente, la limitación constitucional se hizo más fuerte al incorporar dos nuevos requisitos a la hora de evaluar las medidas excepcionales: los criterios de proporcionalidad y racionalidad⁴⁷. Restricción que se endureció en la sentencia C-070

⁴⁴ Específicamente desde 1971, para considerar un periodo posterior al acto legislativo de 1968 que introdujo reformas sustanciales al control de constitucionalidad de los decretos emitidos con desarrollo del artículo 121 constitucional.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-004 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-031 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-033 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

del 2009, en la cual la Corte estipuló que el Ejecutivo tiene el deber de expresar los motivos detallados por los cuales se limita cada uno de los derechos que el estado de excepción afecta⁴⁸.

Además de los desarrollos señalados anteriormente, uno de los más relevantes fue el de la sentencia C-466 de 1995. En este fallo la revisión sustancial de la Corte implicó una valoración más activa sobre el contenido material del decreto y restringió las posibilidades al ejecutivo para decretar futuros estados de excepción al explicar que estos están destinados a abordar asuntos que no constituyen “patologías arraigadas que merecen tratamiento distinto por medio de los mecanismos ordinarios con que cuenta el Estado para sortear problemas funciones y estructurales normales”⁴⁹. Es decir, los estados de excepción sirven para responder a la excepcionalidad, no para reparar daños estructurales o recurrentes.

Otra limitación importante a la discrecionalidad del ejecutivo fue establecida en la sentencia C-802 de 2002⁵⁰. A partir de este momento, la Corte Constitucional pasó a incorporar los tratados internacionales suscritos por Colombia (bloque de constitucionalidad) como elementos jurídicos necesarios para ejercer el control de los estados de excepción, haciéndose dicho control más riguroso. Esto representa un cambio de la postura desarrollada desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual, en la sentencia del 10 de diciembre de 1981, había considerado que no se requería hacer un análisis de los tratados internacionales a la hora de evaluar la constitucionalidad de una norma.

Como se puede observar, la postura de la Corte Constitucional ha sido sistemática en su patrón de restringir las facultades discrecionales del poder ejecutivo en los estados de excepción, en particular al fijar requisitos cada vez más estrictos o exigentes, ampliando el espectro de revisión a controles materiales que incluso pueden ser retroactivos, entre otros. Dos de las restricciones más importantes al ejercicio de la autoridad en tiempos de excepción en la actualidad son los principios de necesidad y proporcionalidad.

Esto lo que demuestra es una tendencia creciente al mantenimiento de sistemas de control y prevención a la arbitrariedad. Actitud que es consecuencia tanto de cambios normativos -la expedición de una nueva constitución esencialmente- como de pronunciamientos de la Corte Constitucional.

Así, la declaratoria de un estado de excepción hoy está marcada por tres factores de control: (i) la obligación de cumplir estrictamente las formalidades necesarias para declarar el estado de

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-070 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y Clara Elena Reales Gutiérrez.

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-466 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-802 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

excepción y ejercer las facultades de él derivadas; (ii) la obligación de demostrar la concurrencia de los requisitos materiales consagrados en la Constitución y la ley para declarar el estado de excepción y ejercer las facultades de él derivadas y, (iii) la facultad (y obligación) en cabeza de la Corte Constitucional de revisar, tanto en la forma como en el fondo, tanto la declaratoria del estado de excepción como los decretos emitidos a partir de las facultades que este otorga.

Esta doctrina enmarca el análisis que se hará a continuación, que ya no estará enfocado en los estados de excepción como género, sino al Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica como especie dentro del mismo. Allí se explicarán las características del control de constitucionalidad a realizar, los requisitos formales y materiales que debe cumplir la declaratoria y se demostrará que en el caso concreto estos concurren.

3. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO 417 DE 2020 A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Los artículos 214 y 241 de la Constitución Política, así como el artículo 55 de Ley 137 de 1994, establecen la facultad de la Corte Constitucional para “decidir definitivamente” sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que declaren un estado de excepción. Al explicar la razón de ser de la necesidad de un contrapeso jurídico a los nuevos poderes del ejecutivo, la Corte se remite a la experiencia colombiana en la materia durante la Constitución de 1886.

En dicha constitución, la declaratoria de los estados de excepción era un acto eminentemente político y, como tal, de completa discrecionalidad del presidente⁵¹. Esto acarreó un uso de los estados de sitio que concentraba excesivamente el poder en el ejecutivo. Para contrarrestar dicha práctica, en la Constitución de 1991 se estableció que los estados de excepción no son una excepción a la propia constitución⁵², sino una herramienta jurídica consagrada en la misma. Como tal, aún durante la vigencia de estos se debe “guardar el principio democrático, de la separación de poderes y de la primacía de los derechos fundamentales”⁵³.

Es precisamente por esto, y dado que durante la vigencia de los estados de excepción el Presidente queda revestido con las facultades propias del poder legislativo, que es necesario un control de constitucionalidad automático a los decretos que lo declaren. Control que, como lo dice la propia Corte, es obligatorio, “jurisdiccional, automático, integral y estricto”⁵⁴.

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia C-156 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C-156 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo.

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-156 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo.

Así, el control: (i) es obligatorio para los decretos mediante los cuales se declaren estados de excepción, los decretos legislativos mediante los cuales se adopten medidas para conjurar la situación extraordinaria y los decretos de prórroga de los estados de excepción; (ii) es automático, pues el Gobierno debe enviar a la Corte Constitucional, al día siguiente de su expedición, los decretos que declaren o den facultades especiales al Gobierno durante el estado de excepción. Además, en caso de incumplimiento por parte del Gobierno, la Corte podrá asumir el conocimiento de estos de forma oficiosa e inmediata; (iii) es integral, pues en todos los casos se debe verificar el cumplimiento de los requisitos formales y materiales establecidos por la Constitución y la jurisprudencia; (iv) es definitivo, ya que una vez la Corte se pronuncie sobre la constitucionalidad, estos no pueden ser objeto de exámenes posteriores vía acción pública de inconstitucionalidad y, (v) es participativo, pues toda persona que sea ciudadana puede intervenir defendiendo o atacando la constitucionalidad de los decretos objeto de control⁵⁵.

A partir de lo señalado, la Corte Constitucional ha desarrollado en su jurisprudencia un juicio para determinar en qué casos los decretos que declaran estados de emergencia social, económica y cultural se apegan a la Constitución. En el apartado siguiente se analizarán dichos requisitos, tanto en abstracto como aplicados al Decreto 417 de 2020 (apartado 3.1) y, posteriormente, se hará una claridad respecto de los efectos de la declaratoria de exequibilidad del referido decreto (apartado 3.2).

3.1. Requisitos de validez de los decretos declaratorios de estados de emergencia económica, social y ecológica

En cuanto a los decretos declaratorios de un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica o debido a la ocurrencia de una calamidad pública, la Corte Constitucional ha establecido que el control de constitucionalidad debe hacerse con total apego al artículo 215 de la Constitución Política. Partiendo de esta premisa, la Corte ha realizado un estudio pormenorizado del referido artículo, lo que le ha permitido decantar una serie de requisitos formales (apartado 3.1.1) y materiales (apartado 3.1.2) que deben cumplir los decretos legislativos objeto de control y que el Decreto 417 de 2020 cumple a cabalidad.

3.1.1. Requisitos formales

La Corte ha explicado que los requisitos formales que deben cumplir los decretos que declaren el estado de emergencia son:

⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-135 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

(i) Llevar la firma del Presidente de la República y todos sus ministros⁵⁶. Como en efecto ocurre con el Decreto 417 de 2020.

(ii) El decreto deberá estar debidamente motivado⁵⁷. Es decir, debe incluir como mínimo: “una descripción pormenorizada de la ocurrencia de los hechos, así como de su gravedad e impacto en el orden económico, social y ecológico, y de la insuficiencia de las facultades gubernamentales ordinarias y la necesidad de las medidas extraordinarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos”⁵⁸.

El Decreto 417 de 2020 incluye, por lo menos desde el punto de vista del requisito formal, motivación amplia y suficiente respecto de: (a) los hechos relacionados con la rápida propagación del coronavirus SARS-CoV-2 en el planeta, así como sobre su llegada y profusión en Colombia y el peligro para la salud pública a nivel nacional que esto implica, teniendo en cuenta su tasa de contagio del virus, la proliferación de otras enfermedades respiratorias agudas y el alto costo de las medidas necesarias para atenderla pandemias y (b) la insuficiencia de las medidas tomadas por el Gobierno nacional, en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social, para reducir la tasa de contagio.

(iii) El decreto deberá señalar el término de duración del estado de emergencia, no mayor a 30 días⁵⁹, así como el ámbito territorial en donde se va a aplicar⁶⁰. En el Decreto 417 de 2020 se precisó la duración del estado de emergencia, señalando que será de 30 días calendario a partir de su entrada en vigencia, con efectos en todo el territorio nacional.

(iv) Se debe convocar al Congreso de la República, si este no se hallara reunido, para que un término de 10 días, contados a partir del vencimiento del término del estado de excepción, se pronuncie sobre la conveniencia y oportunidad de las medidas⁶¹. De forma correcta el Gobierno nacional realizó una convocatoria al Congreso de la República para que realice el análisis de conveniencia y propiedad del análisis conforme con lo establecido en el artículo 215 constitucional y, por lo tanto, se cumple este requisito, pues este había suspendido previamente sus sesiones.

(v) Finalmente, la Corte Constitucional ha establecido un quinto elemento de estudio a partir del artículo 93 de la constitución y del artículo 16 de la Ley Estatutaria de Estados de

⁵⁶ Constitución Política, art. 215.1.

⁵⁷ Constitución Política, art. 215.2.

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia C- 386 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁵⁹ Constitución Política, art. 215.4.

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-135 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia C-135 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Excepción. El Gobierno tiene el deber de informar al Secretario General de la Organización de Estados Americanos y al Secretario General de Naciones Unidas de la declaratoria del estado de excepción y de los motivos que condujeron a ella. Aviso que deberá realizarse al día siguiente de la declaratoria del estado de excepción⁶². Dentro de las pruebas aportadas por presidencia se encuentran constancia de las notificaciones realizadas a las respectivas secretarías de la OEA y la ONU respecto al Decreto 417 de 2020.

3.1.2.Requisitos materiales

En cuanto a los requisitos materiales o fácticos, el artículo 215 constitucional establece que solo se podrá declarar el estado de emergencia cuando “*sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213⁶³ que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública*”. A partir de este mandato, la Corte Constitucional ha establecido el análisis de los requisitos materiales, consistente en revisar el presupuesto fáctico (apartado 3.1.2.1), luego el valorativo (apartado 3.1.2.2) y finalmente el de necesidad (apartado 3.1.2.3).

3.1.2.1.Presupuesto fáctico

El presupuesto fáctico implica que en efecto ocurran los hechos sobrevinientes que perturben o amenacen perturbar el orden económico, social y ecológico, o que constituya grave calamidad pública. Para analizar este requisito la Corte Constitucional ha entendido que es necesario verificar la concurrencia de cuatro elementos: (i) la ocurrencia de los hechos; (ii) la identidad de los hechos, que implica revisar que los hechos ocurridos no dan lugar a la declaratoria de guerra exterior o conmoción interior⁶⁴; (iii) el carácter sobreviniente de los hechos, es decir, que la alteración al orden social, económico y ecológico sea grave e intempestiva⁶⁵ y, finalmente, (iv) que los hechos constituyan una calamidad pública, es decir “*aquella situación catastrófica que se deriva de causas naturales o técnicas, y que produce una alteración grave e intempestiva de las condiciones sociales, económicas y ecológicas de una región o de todo el país*”⁶⁶.

Frente al Decreto 417 de 2020 hay que señalar, en primer lugar, que los hechos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción económica, social y ecológica por parte del Gobierno

⁶² Dicha obligación también está contenida en el artículo 27 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

⁶³ Deben ser hechos distintos de los que constituyen los estados de guerra exterior o conmoción interior.

⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-216 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-216 de 1999. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-366 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

nacional son notorios y de público conocimiento. Para verificarlos en la presente intervención es posible remitirse al apartado de antecedentes.

En segundo lugar, respecto del juicio de identidad de los hechos, resulta evidente que los hechos probados no configuran el estado de excepción por guerra exterior, toda vez que no ha habido agresión o vulneración a la soberanía del Estado colombiano por parte de países extranjeros. Asimismo, tampoco ha generado un hecho grave que atenta contra la seguridad estatal y supera las facultades de las autoridades de policía, por lo que tampoco configura un estado de conmoción interior.

En igual sentido, frente al carácter sobreviniente de los hechos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia, es necesario verificar el carácter “*anormal y excepcional*”⁶⁷ de los mismos. El surgimiento del SARS-CoV-2 y del COVID-19, su declaración como pandemia debido a la elevada tasa de contagio y fácil expansión por el mundo, así como la letalidad de la enfermedad, son hechos graves e intempestivos, únicos en su clase y de gravedad en lo que va corrido de la vida republicana de Colombia.

Frente a este panorama el Gobierno señala que el precario sistema de salud colombiano no está preparado para afrontar la posible crisis que desate la pandemia en Colombia. Especialmente porque el sistema de salud colombiano no cuenta con las edificaciones, equipos y personal para atender a los pacientes. Asimismo, explica que según la Dirección de Epidemiología y Demografía del Ministerio de Salud y Protección Social un 34.2% de la población colombiana se encuentra en alto riesgo de contraer el COVID-19. Una cifra que desborda por mucho las capacidades de control sanitario del Estado. Ese recuento no sólo es preocupante sino cierto.

Lo anterior deja claro que los hechos que dieron lugar a la declaración del estado de emergencia tienen su origen en hechos “*diferentes a los que se producen regular y cotidianamente, esto es, sobrevinientes a las situaciones que normalmente se presentan en el discurrir de la actividad de la sociedad, en sus diferentes manifestaciones y a las cuales debe dar respuesta el Estado mediante la utilización de sus competencias normales*”⁶⁸. Está de sobra demostrado que la proliferación del SARS-CoV-2 y del aumento de casos de COVID-19 y el contexto relacionado con esta son hechos extraordinarios y sin precedentes, que por lo tanto exigen medidas extraordinarias.

Finalmente, en el presupuesto fáctico se debe verificar si los hechos invocados constituyen una calamidad pública. Al respecto, basta con señalar, que con el primer caso documentado del virus a Colombia y los registros mundiales de avance del mismo, la calamidad pública era un riesgo

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-466 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional. C-802 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-216 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

cierto por la posibilidad de expansión descontrolada y los impactos que produce en el sistema de salud el tratamiento de la enfermedad respiratoria que produce, teniendo en cuenta su masividad y las complicaciones que puede generar en ciertos grupos poblacionales.

3.1.2.2.Presupuesto valorativo

El presupuesto valorativo revisa la gravedad de la situación y la explicación de por qué los hechos son graves, inminentes y efectivamente constituyen una perturbación al orden económico, social y ecológico o una grave calamidad pública.

Como ya fue señalado, lo sucedido con la llegada de la pandemia del COVID-19 al país implica una grave calamidad pública. Como lo explica el Ministerio de Salud y Protección Social, se estima que más de ocho millones de personas en el país contraigan el virus, poniendo en inminente riesgo su vida, pues el sistema de salud colombiano no está equipado para atender tal cantidad de personas en un espacio tan reducido de tiempo, como se ha evidenciado que ocurre a partir de la experiencia internacional. Así, al momento de la declaratoria existía un riesgo cierto de grave calamidad pública, materializada en el colapso del sistema de salud y el correspondiente costo dramático en vidas que significaría dejar sin atención a miles de personas afectadas por el COVID-19 a raíz de la insuficiencia de la infraestructura necesaria para atender masivamente enfermedades respiratorias graves. Riesgo cierto que no sólo ya se había evidenciado en distintos países, sino que estaba pronosticado a partir de cálculos epidemiológicos sólidos.

Teniendo en cuenta todo lo señalado, y conforme con la jurisprudencia de la Corte, que señala que el juicio valorativo no consiste en una sustitución del criterio del Gobierno, sino en la verificación objetiva de que la motivación del decreto no incurra en arbitrariedades o un error manifiesto que la vicie⁶⁹, se concluye que en el caso concreto es adecuado y pertinente que se declare el estado de emergencia debido a la gravedad y la inminencia de los hechos.

3.1.2.3.Presupuesto de necesidad o insuficiencia de las medidas ordinarias

El presupuesto de necesidad o de insuficiencia de las medidas ordinarias examina si los hechos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia y sus consecuencias pueden ser conjurados mediante el uso de las atribuciones ordinarias del Gobierno o no⁷⁰. Esto, en palabras de la Corte Constitucional, consiste en “evaluar si las facultades ordinarias conferidas a las autoridades estatales resultan insuficientes para enfrentar la situación imprevisible y extraordinaria”⁷¹. Es decir, se debe verificar que a pesar de que el Gobierno, previo al declarar el

⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-670 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa.

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-216 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁷¹ Corte Constitucional. Sentencia C-386 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

estado de emergencia, tomó las medidas de las que dispone ordinariamente para contener la calamidad pública, esta sigue causando graves estragos o representado un riesgo serio a nivel social, económico y ecológico. Para lograrlo se estableció que el juicio de subsidiariedad en este escenario tiene tres estadios o etapas “(i) verificar la existencia de medidas ordinarias; (ii) establecer si dichas medidas fueron utilizadas por el Estado; (iii) determinar la insuficiencia de estas medidas para superar la crisis”⁷².

Para ello es necesario aplicar el juicio de subsidiariedad. El primer elemento del juicio consiste en verificar la existencia de medidas ordinarias. Tanto la Ley 9 de 1979 como el Decreto 780 de 2016 permiten tomar medidas sanitarias en circunstancias de normalidad. Asimismo, el artículo 69 de la Ley 1753 de 2015 establece la posibilidad de declarar el estado de emergencia sanitario y/o evento catastrófico y, a partir de ahí, tomar las acciones requeridas para superarlo. Pero todo ello pensado en una clave de normalidad, no para una pandemia global altamente contagiosa.

Paralelamente, tanto para la atención de la enfermedad respiratoria que produce el SARS-CoV-2 como para la atención de los efectos sociales y económicos de las medidas, las facultades del ejecutivo nacional se quedan cortas o son inexistentes, como bien se explica en la parte motiva del Decreto 417 de 2020. Así, las modificaciones necesarias al sistema general de seguridad social en salud, la organización del sector financiero o, incluso, al presupuesto general de la Nación, requieren el uso de facultades que en tiempos ordinarios están reservadas al Congreso de la República. No puede el Presidente, de ninguna manera en un estado de normalidad, modificar las normas que rigen estos sistemas o crear las instituciones necesarias para conjurar la crisis, proteger los derechos de las personas que habitan Colombia y minimizar el impacto en la economía nacional.

Constatada la existencia de algunos medios ordinarios para contener crisis epidémicas, corresponde verificar si por lo menos estos fueron usados. El Ministerio de Salud y Protección Social, en los días 10 y 16 de marzo, vía resolución, hizo uso de las facultades ordinarias con las que contaba. Ejemplo de ello son la Resolución 380, mediante la cual se tomaron medidas de contención como el aislamiento de personas llegadas de países donde previamente se hubieran confirmado casos, se ordenó la práctica de pruebas para detectar el SARS-CoV-2, se ordenó tomar medidas de protección para personas menores y de la tercera edad, entre otras. También se emitió la Resolución 385, por medio de la cual se declaró la emergencia sanitaria en todo el país y se tomaron medidas como suspender todo evento con más de 500 personas, ordenar a los gobernadores y alcaldes evaluar la necesidad de realizar eventos con menos de 500 personas, prohibir el desembarque de carga y pasajeros con origen internacional, tomar medidas higiénicas en centros comerciales, conjuntos residenciales y lugares de trabajo, entre otras. Se debe resaltar

⁷² Corte Constitucional. Sentencia C-156 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo.

que de forma adicional algunas autoridades locales ordenaron simulacros de aislamiento para contener la propagación del SARS-CoV-2, como es el caso de Bogotá (uso de facultades que tiene sus propios problemas de constitucionalidad, aunque no son objeto de juicio en el presente proceso).

Ahora, es claro que las facultades que sí fueron usadas no fueron suficientes para superar la crisis. Al respecto, basta con citar nuevamente los reportes del Ministerio de Salud y Protección Social sobre casos confirmados y fallecidos por COVID-19. Para el 01 de abril de 2020, a pesar de las medidas tomadas, la cifra era de 906 contagiados y 16 fallecidos. No existen datos que permitan deducir objetivamente que la crisis o la pandemia se está deteniendo ni información verídica sobre la efectividad de una vacuna contra el SARS-CoV-2. Teniendo en cuenta esto, así como la experiencia en otros países en Norte América, Europa y Asia, es apenas lógico y responsable asumir que la pandemia aún representa un riesgo para la sociedad y para la vida de cada persona que viven en el país. Al tiempo que queda claro que consecuencias distintas pero derivadas del problema de salud pública se avecinan, por lo menos en materia de administración pública, economía, trabajo, entre otras. Por lo que se entiende que el juicio de necesidad y subsidiariedad se cumple a cabalidad y, además, que la declaratoria de Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica mediante el Decreto 417 de 2020 se realizó conforme a la constitución y debe ser declarada exequible por parte de la Corte Constitucional.

3.2. Declarar la exequibilidad del Decreto 417 de 2020 no inhibe a la Corte Constitucional de evaluar la necesidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas mediante decreto legislativo, independiente de que se encuentren mencionadas en la parte motiva del decreto de declaratoria

No obstante lo anterior, en caso de que la Corte declare la exequibilidad del Decreto 417 de 2020, debe quedar claro que esto no implica que los decretos legislativos expedidos posteriormente sean inmediatamente exequibles, incluso si las medidas que consagran fueron mencionadas en la parte motiva del decreto de declaratoria del estado de emergencia. Es un deber y una facultad constitucional de la Corte Constitucional determinar en cada caso si las medidas cumplen con lo establecido en el artículo 215 constitucional, con los principios y reglas generales de la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, el resto de la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos⁷³.

En ese entendido, si bien el control que la Corte hace a los decretos de declaratoria de estado de excepción es integral, la declaratoria de exequibilidad de los mismos no genera una exequibilidad automática de las medidas sugeridas o proyectadas en su parte motiva. Esto eliminaría el efecto

⁷³ Corte Constitucional.C-225 de 2009. M. P. Clara Elena Reales Gutiérrez.

útil del control a los decretos legislativos y convertiría a la Corte en un mero actor notarial frente a los mismos, obligada a verificar únicamente el cumplimiento de requisitos formales. Al tiempo que entregaría una carta blanca al Gobierno para usar las facultades otorgadas en el marco de la excepción en un marco de ausencia de controles, por lo menos desde el punto de vista judicial.

Siendo así, corresponde a la Corte Constitucional revisar cada caso, uno a uno, los decretos que desarrollen el estado de excepción verificando si las medidas allí contenidas son compatibles con el ordenamiento constitucional. Sin importar si fueron incluidos en la parte motiva del Decreto 417 de 2020 o no.

4. COMPLEJIDADES DE LA PANDEMIA: EL COVID-19 Y LA REACCIÓN ESTATAL A ESTE COMO FUENTE DE POSIBLES VULNERACIONES A DERECHOS FUNDAMENTALES

Como se ha explicado a profundidad en esta intervención, la enfermedad COVID-19 y la propagación del coronavirus SARS-CoV-2 que la causa representan desafíos grandes, claros y concretos tanto para el Estado como para la sociedad. Responder de forma eficiente y organizada a una posible crisis de salud pública que amenace la vida y salud de millones de personas requiere del uso de todas las herramientas disponibles en el marco de la Constitución, con inclusión de las facultades extraordinarias otorgadas en el marco de un estado de emergencia social, económica y ecológica. Ahora bien, la respuesta estatal a este problema puede y ha tenido efectos indeseados desde distintos puntos de vista.

Por un lado, la pandemia amenaza el Estado de Derecho, la democracia y la estabilidad institucional, pero no por sus características especiales sino por acciones propias y directas de algunas instituciones y quienes las representan. La falta de capacidad y voluntad de las directivas del Congreso de la República para ejercer su función de control político y la renuncia de la Corte Suprema de Justicia a tramitar acciones de tutela y de hábeas corpus durante casi una semana, pusieron y ponen en riesgo todo el sistema de pesos y contrapesos diseñado para paliar las atribuciones excepcionales que se le entrega al Presidente de la República y a su Gobierno.

Además, la misma epidemia pone en cuestión el diseño del estado de emergencia contenido en el artículo 215 constitucional, específicamente respecto del límite de tiempo que la Constitución impone para su extensión. Allí el desafío está en la adopción, durante la vigencia de las facultades extraordinarias, de medidas estructurales y a mediano y largo plazo para mitigar el efecto del COVID-19 luego de vencidos los noventa días y volver a la normalidad constitucional.

Y, finalmente, pone en discusión las facultades del ejecutivo para ejercer funciones ordinarias que limiten fuertemente derechos fundamentales. Algo que es claro en las decisiones de ordenar el

aislamiento obligatorio en todo el territorio nacional a través de decretos ordinarios teniendo disponibles las facultades extraordinarias derivadas del Decreto 417 de 2020.

Por otro lado, las características de la epidemia y de las medidas que hay que tomar para mitigar su propagación ponen en claro riesgo la vida, salud e integridad de personas y poblaciones que históricamente han cargado con el peso de la discriminación, la invisibilización y la violación sistemática de sus derechos. Así, personas cuyo sustento depende de una vida urbana activa, como quienes comercian en la informalidad, pequeños y medianos negocios, trabajadoras sexuales, entre otras, reciben del aislamiento general efectos desproporcionados sobre su subsistencia. Lo mismo ocurre con la implementación de medidas de policía y el uso de facultades sancionatorias para hacerlas efectivas. Allí aparecen poblaciones que usualmente sufren efectos desproporcionados, como las mujeres trans, quienes habitan la calle, los y las jóvenes, entre otras. Y, además, la falta de acceso a servicios de salud de calidad tiene un impacto más grande en comunidades campesinas y rurales, así como pueblos étnicos, indígenas, afrodescendientes, raizales, palenqueros y rrom. Esto presenta un desafío tanto para el Gobierno como para la Corte Constitucional. Al primero de tomar medidas que garanticen la vigencia de la prohibición de discriminación. Y a la segunda de verificar que las medidas adoptadas y sujetas a su control tengan en cuenta la posibilidad de generar efectos desproporcionados en estas poblaciones y los intenten evitar.

Además, la transparencia y el acceso a información pública son claves tanto en términos de democracia como de efectividad de las medidas de salud pública. A este respecto se hace necesario no solo mantener las garantías constitucionales y estatutarias existentes sino reforzarlas en aspectos relacionados con el COVID-19 y la investigación realizada en el país sobre el mismo.

Este apartado aborda estos desafíos de forma separada, con el fin de dar luces para el análisis de constitucionalidad del Decreto 417 de 2020 y para solicitarle a la Corte Constitucional que sienta parámetros claros respecto de estos cuatro puntos en la parte motiva de su sentencia. El problema del ejercicio de la función de control político asignada al legislador y la función jurisdiccional se aborda primero (apartado 4.1); luego el de la duración de la pandemia y el diseño constitucional del estado de emergencia (apartado 4.2); pasando a la discusión sobre la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales a través de facultades ordinarias (apartado 4.3); posteriormente la reafirmación de la vigencia de la prohibición de discriminación (apartado 4.4); y, finalmente, el de la transparencia y el acceso a información pública (apartado 4.5).

4.1. La separación de poderes, la colaboración armónica y el acceso a la justicia como garantías contra la arbitrariedad

La Corte Constitucional ha sido consciente de los riesgos que implica la excepcionalidad. Por ejemplo, ha explicado que *“uno de los riesgos más frecuentes de establecer la excepcionalidad*

como regla puede ser el de afectar o vulnerar el principio democrático, la forma de Gobierno y los derechos fundamentales de los ciudadanos [y ciudadanas]”⁷⁴. Así, “en los estados de excepción, la anormalidad no desvirtúa la separación de poderes (...) La técnica de organización del poder que la constitución contempla para épocas de anormalidad, consulta fundamentalmente la necesidad de estructurar una respuesta rápida y eficaz frente a la misma con la preservación de un mecanismo particular de separación de funciones”⁷⁵.

El problema es que una eventualidad como la propagación del SARS-CoV-2 y el aumento de casos de COVID-19 presenta desafíos sin precedentes en el ejercicio de las facultades tanto de la rama legislativa como de la judicial, pues las medidas de distanciamiento social y aislamiento impiden la ejecución de sus labores como está acostumbrado de ordinario. Ni el Congreso de la República debe sesionar presencialmente, pues sería una aglomeración inaceptable y riesgosa de personas, ni quienes administran justicia pueden hacerlo de forma presencial, atender a sus usuarias y usuarios o, incluso, cumplir con las debidas formas en ciertos procesos. Es decir, al adoptar las medidas razonablemente necesarias para controlar y conjurar la crisis, el Estado se desafía a mantener su estructura y funcionamiento a pesar de las limitaciones.

Este apartado está destinado a poner de presente a la Corte Constitucional estos desafíos, demostrar su vigencia y existencia y solicitarle un pronunciamiento, por lo menos en la parte motiva de la sentencia, sobre la necesidad de mantener en funcionamiento tanto la rama legislativa como la judicial (con matices en esta última). En la primera sección se explicará lo problemático que es que el Congreso de la República no haya ejercido sus funciones de control político en el marco del estado de emergencia y la necesidad de exhortarlo a sesionar de forma virtual para subsanar esto (apartado 4.1.1). Y en la segunda se demostrará la necesidad de reiterar la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto a la prohibición de suspender el trámite de acciones de tutela y hábeas corpus en estados de excepción (apartado 4.1.2).

4.1.1.El control político del Congreso de la República durante la vigencia del estado de emergencia es condición necesaria para la legitimidad de las medidas adoptadas durante la excepcionalidad

El artículo 215 constitucional delimita de forma clara el papel del Congreso de la República en lo que concierne al estado de emergencia. Así, durante los primeros treinta días (prorrogables) deberá revisar un informe que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron la declaratoria de la emergencia y las medidas adoptadas, posterior a lo cual debe pronunciarse expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de estas. Pasada la primera etapa, durante el año siguiente a

⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-216 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-004 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

la declaratoria de la emergencia el Congreso está facultado para derogar, modificar o adicionar los decretos legislativos expedidos en las materias que ordinariamente son de iniciativa gubernamental; mientras que para las de iniciativa legislativa en estricto sentido podrá hacerlo en cualquier momento.

La intención del constituyente al regular de forma tan precisa el papel del Congreso de la República durante un estado de emergencia es clara: Crear y mantener un control político sobre el ejecutivo, tanto al momento de la declaratoria como durante el desarrollo de esta. El uso indiscriminado y antidemocrático de la excepcionalidad en vigencia de la Constitución de 1886 llevó a que la Asamblea Nacional Constituyente tuviera un especial cuidado en diseñar mecanismos que equilibraran la balanza del poder sin impedir al ejecutivo reaccionar de forma adecuada y oportuna a situaciones excepcionales. Algo que entendió la Corte Constitucional desde sus primeras decisiones al explicar que *“los estados de excepción no pueden desconocer el principio democrático llamado a no decaer ni siquiera en épocas de anormalidad”*⁷⁶.

De manera que, si bien el efectivo control político realizado por el Congreso de la República no hace parte ni de los requisitos formales ni de los requisitos materiales para la declaratoria de un estado de emergencia, es una condición necesaria para la legitimidad *ex post* de la misma. Así, en palabras de la Corte Constitucional, *“los valores esenciales de la democracia y de la participación exigen que, con ocasión de cada estado de excepción, particularmente los de conmoción interior y emergencia, el control político del congreso se ejerza con plenitud y de lugar al más amplio y profundo debate público en torno de los hechos lo suscitaron y de sus soluciones”*⁷⁷.

Por eso es tan grave el aplazamiento de las sesiones del Congreso de la República hasta el 13 de abril de 2020 y las dificultades -internas y externas- a que se ha enfrentado ese órgano para sesionar de forma virtual. Si bien es claro que la naturaleza de la emergencia llama poderosamente a no llevar a cabo reuniones que impliquen grandes aglomeraciones de público, también lo es que el Congreso está llamado, junto a la Corte Constitucional, a salvaguardar la democracia colombiana en tiempos de excepcionalidad. En ese orden de ideas, no sólo debe el Congreso sesionar, sino que debe hacerlo de forma completa. Es decir, debe deliberar y votar sobre los asuntos que le competen, con inclusión de los debates de control político a raíz de la pandemia que sean obligatorios o pertinentes.

El incumplimiento -justificado o no- del Congreso de su deber de control político durante la emergencia no genera la inexequibilidad del Decreto 417 de 2020, pues el Gobierno cumplió su deber de llamar a sesionar. Pero ante la falta de uno de los contrapesos constitucionales, el otro

⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-004 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-004 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

debe actuar con prontitud y dejar clara la necesidad de actuación de ambos. Razón por la cual en esta intervención se solicitará formalmente a la Corte Constitucional que exhorte al Congreso para que en un plazo perentorio de cuarenta y ocho horas sesione de forma presencial o virtual (decisión que debe adoptar el propio Congreso) y ejerza la labor que la Constitución le asigna asegurando la permanencia, transparencia y legalidad de las formas en el ejercicio de dicho control político y ejerciendo todas las funciones asignadas al legislador, entre ellas votar.

Para esto último resulta fundamental que la Corte Constitucional explique en su sentencia que una interpretación conforme del artículo 140 constitucional y del reglamento del Congreso lleva a entender que puede sesionar y votar tanto de forma presencial como virtual. Siendo la decisión sobre qué modalidad utilizar del propio Congreso, sin que tenga la posibilidad de no adoptar ninguna de las dos y renunciar al ejercicio de sus funciones.

El argumento de que el Congreso no puede reunirse ni votar virtualmente por cuanto ni la Constitución ni el reglamento del Congreso prevén expresamente esa reunión es insostenible por dos razones. Primero, porque la Carta establece el funcionamiento del Congreso en los periodos de sesiones ordinarias, que empezaron el 16 de marzo, y durante los estados de excepción. Toda interpretación de la Constitución y del reglamento del Congreso debe estar orientada a permitir ese funcionamiento del Congreso y no a obstaculizarlo. Y segundo, porque es obvio que las sesiones virtuales frente a una pandemia que haga riesgosas las reuniones físicas no están expresamente previstas en la Constitución ni en el reglamento del Congreso, pues ni el Constituyente ni el legislador pensaron en esa hipótesis. Sin embargo, el artículo 140 de la Carta, interpretado teleológicamente y conforme a la realidad histórica, incorpora esa posibilidad al señalar que “*en caso de perturbación del orden público*”, las Cámaras “*podrán reunirse en el sitio que designe el Presidente del Senado*”. Es razonable entender que esa norma hace referencia a toda situación que de hecho haga imposible o riesgoso que las cámaras se reúnan en el capitolio, caso en el cual, el presidente del Senado debe convocarlas a reunirse en otro sitio, que puede ser un “*sitio virtual*”. Ese artículo 140 autoriza entonces reuniones virtuales, convocadas por el presidente del Senado, en caso de imposibilidad de reunión física o que esta sea riesgosa.

Por consiguiente, esas reuniones son constitucionales sin que haya lugar en ese evento a la aplicación del artículo 149, que invalida toda reunión “de miembros del Congreso que, con el propósito de ejercer funciones propias de la rama legislativa del poder público, se efectúe fuera de las condiciones constitucionales”. Precisamente esas reuniones virtuales, convocadas por el presidente del Senado, se harían dentro de las “condiciones constitucionales” previstas por el artículo 140 superior. Y si esas reuniones virtuales son posibles, entonces corresponde al Congreso y a sus mesas directivas interpretar todas las normas constitucionales y reglamentarias, incluidas aquellas sobre votación, para hacer posible ese funcionamiento virtual del Congreso.

4.1.2.El acceso a la justicia como derecho fundamental y mecanismo de control al ejercicio de facultades excepcionales

El segundo contrapeso a los poderes extraordinarios con los que la Constitución inviste al Presidente de la República en un estado de emergencia está en la Corte Constitucional. Esta no es solo la guardiana de la supremacía de la Constitución, sino que tiene funciones claras y precisas de control constitucional tanto sobre el decreto de declaratoria como sobre los decretos legislativos que derivan de la misma⁷⁸. En este aspecto la crisis actual no ha demostrado un peligro consistente. La Corte Constitucional sigue funcionando en lo relevante para el ejercicio de estas funciones; prueba clara de ello el presente proceso.

No obstante, la administración de justicia, entendida como el ejercicio del derecho fundamental a *“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”*⁷⁹ también sirve como control, en un sentido más amplio, a esos poderes excepcionales. Así, gracias a la posibilidad de ejercer acciones judiciales las personas son conscientes de que el ordenamiento jurídico sigue vigente en medio de la excepcionalidad y las protege. Es decir, la democracia y el Estado de Derecho siguen vivos.

Ahora, eso no significa que, en circunstancias excepcionales, como las derivadas de la propagación del SARS-CoV-2 y del aumento de casos de COVID-19, el acceso a la justicia no pueda o deba ser restringido en algunas materias. Todo lo contrario, lo que la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos exigen es el mantenimiento del acceso en ciertas materias o para la protección de ciertos derechos, no para todo asunto en todo tiempo. Un claro ejemplo de ello está en la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del ejercicio del habeas corpus en circunstancias de suspensión de garantías⁸⁰. O la de la propia Corte Constitucional al explicar que *“dada la vigencia de las garantías judiciales en los estados de excepción, ellas, en especial los recursos de amparo y de habeas corpus, también están excluidas de la restricción de su ejercicio”*⁸¹.

Al momento de presentar esta intervención no se encuentra vigente ninguna suspensión de acciones de tutela o habeas corpus, que son las que se encuentran protegidas y no pueden ser restringidas. No obstante, durante el estado de emergencia sí han existido decisiones en ese sentido y la Corte Constitucional debe dejar claro que esto no sólo es inconveniente e inconstitucional sino

⁷⁸ Constitución Política, art. 215.

⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-283 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸⁰ Corte IDH. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8.

⁸¹ Corte Constitucional. Sentencia C-802 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

inhumano. Mantener en vilo la protección de los derechos fundamentales de una persona en el medio de una crisis sólo aumenta los impactos negativos de la propia crisis. El ejemplo más claro de esto es el Acuerdo 1420 de 19 de marzo de 2020 adoptado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, que ordenó “*suspender los términos judiciales de las acciones constitucionales de habeas corpus como de tutela hasta el 3 de abril de 2020, inclusive*”. Pasado el tiempo, la misma Sala Plena decidió revocar esa suspensión a través del Acuerdo 1429 de 26 de marzo de 2020, mediando entre uno y otro acuerdo una decisión del Consejo Superior de la Judicatura que es clara en exceptuar las acciones de tutela y habeas corpus de la suspensión de términos judiciales⁸².

Esto hace necesario que la Corte Constitucional deje claro, como ya lo ha hecho frente a otros decretos de declaratoria de estado de excepción⁸³, que el acceso a la justicia en materia de amparo y habeas corpus no puede ser suspendida, ni siquiera por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria. Y que explore la imposibilidad de restringir el acceso a las demás acciones constitucionales y a los medios de control a la administración consagrados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en tanto el artículo 27 de la CADH impide restringir el acceso a procedimientos judiciales para la garantía de derechos intangibles⁸⁴, algo que no se agota en el amparo -tutela- y habeas corpus en Colombia.

4.2. La duración de la pandemia y su compatibilidad con el diseño constitucional de los estados de emergencia

Finalmente, la pandemia del COVID-19 impone desafíos incluso al diseño mismo de los estados de excepción, tanto por lo dispuesto en el artículo 215 constitucional como por su desarrollo en la Ley Estatutaria de Estados de Excepción. Según estas normas, el estado de emergencia no puede durar más de noventa días en el año calendario, repartidos en períodos de hasta treinta días cada uno. La propagación del SARS-CoV-2 y el aumento en los casos de COVID-19 probablemente durarán mucho más de este tiempo y las medidas adoptadas deben dar cuenta de esto. La pregunta entonces es cómo sortear este desafío respetando los límites temporales que con razón diseñó el constituyente para el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

La respuesta la da la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional. Para la Corte es claro que los estados de excepción no están diseñados para dar respuesta a problemas estructurales, sistemáticos o profundamente enraizados en la institucionalidad y la sociedad. Por el contrario, están para atacar problemas imprevistos y que se salen de la escala de lo que el Estado puede manejar en tiempos de normalidad. Así, por ejemplo, al abordar una declaratoria de estado de

⁸² Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020.

⁸³ Corte Constitucional. Sentencia C-802 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁸⁴ Corte IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, para. 40.

conmoción interior, la Corte explicó que *“los hechos y problemas que por naturaleza demandan soluciones materiales y jurídicas permanentes, deben ser enfrentados a través de los mecanismos de la normalidad. Y sólo cuando éstos se revelen inidóneos para enfrentar hechos sobrevinientes, resulta justificado apelar a las competencias extraordinarias derivadas del estado de excepción”*⁸⁵.

De manera que la respuesta a la aparente paradoja constitucional está en las propias facultades que entrega la Constitución. El Gobierno debe aprovechar los noventa días que le permite la Constitución tanto para mitigar los efectos de la propagación del COVID-19 como para contribuir a la adopción de medidas permanentes y estructurales que aumenten la resiliencia institucional y social a la enfermedad. Pensar de una manera distinta llevaría no solo a desaprovechar las facultades extraordinarias otorgadas sino a eliminar una de las grandes salvaguardas al uso reiterado de la excepcionalidad que ideó el constituyente en 1991, la limitación en el tiempo en el uso de facultades extraordinarias.

4.3. La adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales para la contención y mitigación de la propagación del SARS-CoV-2

Uno de los desafíos fundamentales que presenta la pandemia es el de la atención a la misma con respeto del marco interno e internacional de derechos. El presente apartado aborda una de las problemáticas más evidentes: El uso de facultades ordinarias para restringir derechos fundamentales a través del aislamiento obligatorio a través de decretos ordinarios. Para ello, en primer lugar, se abordará el marco interamericano de suspensión de derechos humanos en estados de excepción (apartado 4.3.1) y en segundo lugar se explicará en detalle el desafío constitucional derivado del aislamiento obligatorio (apartado 4.3.2).

4.3.1. Los límites a la suspensión de derechos humanos incluso en estados de excepción

Además de los límites que de por sí ya traen la Constitución y la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, el Estado colombiano está vinculado por sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos a la hora de ejercer poderes excepcionales. Así, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 4) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) (art. 27) prevén la posibilidad de suspender garantías, con salvaguardas para la protección de las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado. Esto tiene relevancia para la situación actual, pues la debida atención a la pandemia incluye, necesariamente, la limitación de ciertos derechos. El presente apartado tiene como objetivo hacer una reseña corta de lo dispuesto en el *corpus iuris* interamericano al respecto, con el fin de ambientar la discusión

⁸⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-466 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

sobre el correcto desarrollo de las facultades que asumió el Presidente al decretar el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

De acuerdo con el artículo 27 de la CADH, en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia “*que amenace la independencia o seguridad del Estado parte*”, será posible tomar medidas que durante el tiempo y con la forma estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de la propia convención. Ello, siempre y cuando no se suspendan los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3), la vida (art. 4), la integridad personal (art. 5), la prohibición de esclavitud y servidumbre (art. 6), los principios de legalidad y no retroactividad (art. 9), las libertades de conciencia y religión (art. 12), la protección a la familia (art. 17), el derecho al nombre (art. 18), los derechos de los niños (art. 19), el derecho a la nacionalidad (art. 20) y los derechos políticos (art. 23). Y, en todo caso, cumpliendo con la obligación de informar a los demás Estados Parte de la convención, a través del Secretario General de la Organización de Estados Americanos, acerca de las disposiciones cuya aplicación fue suspendida, con las razones de la misma y la fecha en que esta se dará por terminada.

Así, lo que hace el artículo 27 de la CADH es autorizar la suspensión explícita, individualizada y determinada de ciertas obligaciones contenidas en la convención, lo que implica que, de suyo, la simple ocurrencia de la guerra, el peligro público u otra emergencia no disparan la suspensión. Todo lo contrario, la convención mantiene su plena vigencia incluso en esos supuestos excepcionales, lo que hay es una autorización para actuar en el sentido de suspender algunas obligaciones⁸⁶. Y, en caso de que dicha autorización sea materializada, la misma convención establece límites para ello.

El primer límite está en los derechos que no pueden ser suspendidos, ni siquiera en la excepcionalidad, ya mencionados arriba. El segundo límite se relaciona con las garantías judiciales indispensables para la protección de esos derechos, principalmente, el habeas corpus⁸⁷ y el amparo⁸⁸. Y el tercero a las condiciones materiales y temporales en que se puede materializar la suspensión. Es decir, sólo cuando ocurre una guerra, un peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, podrán suspenderse las obligaciones (presupuesto material) y esto sólo podrá ocurrir en el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación (presupuesto temporal). A lo que se suma un criterio de proporcionalidad

⁸⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo & Herrera García, Alfonso. La suspensión de derechos humanos y garantías. Una perspectiva de derecho comparado y desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En: Cien ensayos para el Centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tomo 2, estudios jurídicos, 2017.

⁸⁷ Corte IDH. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8. Corte IDH. Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20.

⁸⁸ Corte IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

claro al afirmar la CADH que las disposiciones suspensivas sólo se podrán adoptar en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación⁸⁹.

Entendiendo de esta manera las limitaciones que impone la CADH a los Estados para actuar en situaciones excepcionales, resulta claro entonces que el espíritu de limitación al poder y la autoridad que trae la Constitución de 1991 es compatible con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado colombiano. Lo que resta ver, para los efectos del control de constitucionalidad de que trata el presente proceso, es cuál es la incidencia de esta facultad de suspender o limitar derechos en la respuesta a la pandemia.

4.3.2. La competencia del ejecutivo para emitir decretos ordinarios que restringen derechos fundamentales

Como fue detallado en el primer apartado de la presente intervención, parte de la respuesta normativa del Estado colombiano a la pandemia, específicamente para mitigar su propagación, pasó por decretar un aislamiento obligatorio para la mayor parte de la población en todo el territorio nacional a través de los decretos 457 de 22 de marzo, 531 de 8 de abril y 536 de 11 de abril. Lo dispuesto en la CADH sobre suspensión de garantías, leído sistemáticamente con lo dispuesto en la Constitución y en la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, lleva a entender que, si bien las órdenes contenidas en los decretos son necesarios y deseables, la forma elegida por el Gobierno para expedirlos es inconstitucional, pues excede las facultades ordinarias con que cuenta el ejecutivo, incluso en una pandemia.

Esta no sólo es una facultad reservada al Congreso cuando se piensa en clave de normalidad y se revisa desde el ámbito de la Constitución, sino que, en la forma de entender la excepcionalidad de la Corte IDH, requiere de medidas excepcionales, adoptadas a la luz del artículo 27 de la CADH. Desde el punto de vista constitucional, la reserva general de ley incluye toda aquella medida que restringe derechos fundamentales, pues sólo el órgano representativo por excelencia puede adoptarlas⁹⁰. De manera que, para invadir la esfera del legislador, el Gobierno tendría que haber hecho uso de las facultades extraordinarias que le otorga el decreto objeto de control en este proceso, el 417 de 2020; algo que no hizo. Mientras tanto, desde el derecho interamericano, la Corte IDH ha sido clara en explicar que “ningún derecho reconocido por la Convención puede ser suspendido a menos que se cumplan las condiciones estrictas señaladas en el artículo 27.1”⁹¹,

⁸⁹ Corte IDH. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, para. 19.

⁹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁹¹ Corte IDH. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, para. 21.

incluyendo los derechos de circulación y residencia (art. 22) y reunión (art. 15), restringidos fuertemente por el aislamiento.

Esto puede derivar de la incertidumbre normativa que rodea la conjunción de la regulación del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica con el resto del derecho constitucional colombiano y el *corpus iuris* interamericano, sumado a lo que dispone tanto el marco regulatorio de la salud pública como el de derecho de policía en Colombia. Así, la pandemia también trae un desafío profundo a la delimitación de las facultades con que cuenta el ejecutivo nacional para conjurarla. En este caso frente al ejercicio de sus funciones sin extralimitarse en sus funciones.

La Corte Constitucional debe solucionar este desafío aclarando que restricciones tan fuertes a derechos como un aislamiento obligatorio nacional y generalizado debe ser expedido a través de una ley de la República o de un derecho legislativo en uso de facultades extraordinarias.

Es necesario reconocer que existen incertidumbres en este tema porque la Constitución no previó mecanismos específicos para enfrentar pandemias, nadie pensó que las sufriríamos. Pero eso no significa que las autoridades no podían actuar frente a esta amenaza pues, como dijo alguna vez el juez estadounidense, Robert Jackson, las constituciones no son pactos suicidas. En ese contexto, es entendible que el Gobierno ordenara aislamientos obligatorios por medidas administrativas, no porque hubieran pretendido eludir los controles judiciales y políticos al decretarlas, sino que actuaron de buena fe para enfrentar COVID-19 en un marco de enorme incertidumbre, incluida la incertidumbre normativa. Pero la incertidumbre constitucional existe y por ello es trascendental aclarar quién puede declarar las cuarentenas, en qué condiciones, con qué tipos de medidas y con cuáles controles políticos y judiciales. Y por ello es necesario que, para dar claridades, la Corte Constitucional debería asumir el control de los decretos de aislamiento obligatorio, lo cual es posible, siguiendo el precedente de la sentencia C-400 de 2013 pues, a pesar de ser formalmente decretos ordinarios, son materialmente normas con contenido de ley, propias de estados de excepción.

4.4. El principio de igualdad material y la prohibición de discriminación en estados de excepción

El uso de la excepcionalidad como regla general en un Estado, específicamente en el colombiano, acarrea muchos riesgos, como ya se ha explicado a profundidad en esta intervención. Una forma de caracterizarlos fue utilizada por la Corte Constitucional en 2002, al explicar que la excepcionalidad puede

“generar espacios de indeterminación o vacíos de derecho que son aprovechados por la excepción misma (la excepción como indeterminación); porque se puede

recurrir al empleo continuo de estos mecanismos extraordinarios, para consolidar el poder y el dominio del ejecutivo sobre las otras ramas del poder (la excepción como técnica de Gobierno), y porque en determinadas ocasiones bajo la dinámica de lo excepcional se puede neutralizar o marginar a seres humanos concretos, generalmente considerados como riesgosos para los sistemas (la excepción como exclusión y discriminación)”⁹².

Este apartado aborda el último de estos riesgos, el del uso de la excepción y las facultades derivadas de esta para discriminar o excluir o el del uso de dichas facultades de maneras que tienen como consecuencia la discriminación y la exclusión. Riesgo que tuvo claro el legislador estatutario al disponer que *“las medidas adoptadas con ocasión de los estados de excepción no pueden entrañar discriminación alguna, fundada en razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica”*⁹³.

Un decreto de declaratoria de un estado de emergencia puede ser por sí mismo discriminatorio. El que está sometido a control en este caso, el Decreto 417 de 2020, no lo es. Pero eso no significa que no sea necesario que la Corte Constitucional reitere al Gobierno Nacional que en el ejercicio de las facultades que se disparan con dicha declaratoria tiene completa y absolutamente prohibido discriminar personas o grupos de personas.

El COVID-19 y las medidas que se deben tomar para reducir y mitigar su impacto dejan en clara desventaja a grupos históricamente discriminados, socialmente vulnerables o en estado de debilidad manifiesta (art. 13 CP). Poblaciones como (i) la que habita la calle; (ii) la que ejerce la prostitución; (iii) la que hace parte de la economía informal; (iv) los pueblos étnicos y campesinos; (v) quienes migran a Colombia en busca de protección o con la promesa de un futuro mejor; (vi) las mujeres; (vii) las LGBTI, cada una con distintos niveles y capas de vulnerabilidad; (viii) las personas con pocos o bajos ingresos, quienes viven del diario; (ix) las pequeñas y medianas empresas; (x) el sector cooperativo y solidario de la economía; (xi) los y las jóvenes; (xii) los niños, niñas y adolescentes, (xiii) los adultos mayores, son algunos ejemplos de quienes se pueden ver afectados de forma diferencial por medidas como el distanciamiento social o el aislamiento obligatorio, por la concesión de beneficios tributarios localizados sin el debido sustento técnico ni transparentemente, por el fortalecimiento de sectores determinados del sistema de salud en detrimento de otros o, simplemente, por el ejercicio desmedido de la autoridad.

⁹² Corte Constitucional. Sentencia C-216 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁹³ Ley 137 de 1994, art. 14.

Así, para evitar que la excepción se convierta en exclusión y discriminación, la Corte Constitucional debe reiterar la vigencia del principio de no discriminación que rige incluso en estados de excepción y que condiciona la validez de los decretos legislativos⁹⁴.

La Corte debe ir sin embargo más lejos y defender la importancia del principio de igualdad material para enfrentar esta pandemia, como lo hizo igualmente el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su declaración frente a la pandemia⁹⁵. Las razones son claras.

Aunque el coronavirus puede infectar a cualquier persona, no es cierto que la pandemia sea igualitaria, pues afecta en forma desproporcionada a las personas pobres y en situación de vulnerabilidad, con lo cual visibiliza y agudiza las desigualdades existentes. Estas personas tienen más dificultad para prevenir el contagio por cuanto les queda más difícil tomar las medidas preventivas. ¿Cómo puede aplicar el aislamiento social y el lavado de manos periódico quien vive en un hogar hacinado y sin servicio de acueducto? Además, estas personas, por sus difíciles condiciones sociales, pueden padecer patologías previas que las ponen en mayor riesgo en caso de ser infectadas. Y, para más veras, el impacto social de las medidas de aislamiento les afecta en forma más grave ya que cualquier reducción de sus ingresos afecta su mínimo vital y su derecho a un nivel de vida adecuado.

La Corte debe entonces insistir en que, en desarrollo del artículo 13 superior, las medidas tomadas para enfrentar COVID-19 no deben reforzar las desigualdades. Por eso, como el Estado debe hacer esfuerzos financieros extraordinarios para combatir la pandemia, es clave recalcar que la obtención de los nuevos recursos tiene que ser equitativa y no puede recaer sobre los sectores más vulnerables. Los nuevos recursos deben entonces ser recolectados tomando en cuenta criterios de progresividad y de justicia distributiva. Quienes más ingresos y patrimonio tienen, deben contribuir mayormente a financiar estos gastos extraordinarios, con medidas como impuestos extraordinarios a los ingresos y patrimonios altos. Igualmente, el Gobierno tiene el deber de tomar medidas especiales a favor de las poblaciones pobres y vulnerables, que sufren especialmente por esta pandemia, como los pobladores de la calle, los trabajadores informales, las poblaciones rurales, las personas privadas de la libertad, o las personas con discapacidades, entre otras. Esas medidas pueden ser de muy diferente carácter: la prohibición de desalojos en este período; la entrega directa y focalizada de bienes necesarios para enfrentar la pandemia -como alimentos o elementos de aseo-; o la puesta en marcha de apoyos temporales monetarios directos; la liberación inmediata de aquellas personas privadas de la libertad que menos riesgos impliquen a la sociedad o que se encuentren en mayor peligro frente a COVID-19, entre muchas otras.

⁹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-466 de 2017. M.P. Carlos Bernal Pulido

⁹⁵ Committee on Economic, Social and Cultural Rights. COVID-19: UN Experts call for international solidarity to alleviate financial burdens of developing countries and the most vulnerable. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/PressNoteCESCRCOVID-9%20.docx>

Sólo de esa manera, además de mitigar el impacto de la pandemia, el Gobierno coadyuvará a hacerlo en un ambiente democrático, pluralista y que respete la fórmula del Estado Social de Derecho. Es decir, sólo así se hace frente a la enfermedad y se cumple la Constitución.

4.5. La transparencia y el acceso a información pública como derechos esenciales para el abordaje democrático de una crisis de salud pública

El ejercicio de las facultades conferidas en medio de un estado de emergencia acarrea un riesgo adicional para la democracia y el ejercicio de los derechos fundamentales: La opacidad en la toma de decisiones y la falta de rendición de cuentas a la ciudadanía por las mismas. Como se explicó anteriormente, el correcto funcionamiento del diseño constitucional del estado de emergencia, de forma similar a los demás estados de excepción, depende del ejercicio adecuado de las funciones que cada órgano del Estado ostenta. Tanto es así, que el artículo 15 de la Ley 137 de 1994 consagra de forma expresa la prohibición de interrupción del normal funcionamiento de las ramas del poder público y los órganos del Estado. Y una de las características esenciales del buen Gobierno, consagrada a manera de conjunto de principios rectores en el artículo 209 de la Constitución, es la transparencia, complementada por el derecho fundamental a acceder a información pública con que cuenta la ciudadanía y que se encuentra consagrado en el artículo 74 constitucional.

Pero este no es requerimiento que solo aplica para el mantenimiento de la democracia y el Estado de Derecho durante la vigencia de un estado de excepción. Las crisis de salud pública, como la derivada de la propagación del SARS-CoV-2, han demostrado no solo la deseabilidad y legitimidad sino la eficiencia de la publicidad y el acceso a información pública como vehículos para mitigar los impactos negativos y potenciar los positivos de las intervenciones gubernamentales. Por ejemplo, la crisis de 2003 derivada de la expansión del SARS demostró que la reticencia de las autoridades a reconocer y comunicar el problema en las primeras etapas de la propagación coadyuvó a la expansión global de la enfermedad. Mientras tanto, el quiebre en la transmisión de la misma enfermedad fue consecuencia de la consciencia pública sobre el problema, la vigilancia comunitaria y la modificación de comportamiento, todos ellos apoyados por un esfuerzo internacional de difusión de información sobre salud pública⁹⁶.

Así las cosas, con el fin no solo de cumplir cabalmente con las funciones que la Constitución y la ley les asignan, sino además la finalidad esencial del Estado, proteger a las personas que habitan su territorio, es necesario garantizar tanto la transparencia -activa y pasiva- como permitir el libre ejercicio del acceso a información pública. Algo especialmente relevante cuando una de las

⁹⁶ O'Malley, P., Rainford, J. & Thompson, A. Transparency during public health emergencies: from rhetoric to reality. Bulletin of the World Health Organization. Vol. 87, num. 8, August 2009, pp. 565-644.

medidas adoptadas a través de un decreto legislativo, el Decreto 491 de 2020, extiende, en lugar de acortar, los términos para dar respuesta a las peticiones presentadas por la ciudadanía ante la administración pública, sin hacer distinción frente a las peticiones relacionadas con la pandemia.

Problema que se extiende con facilidad e irradia otros derechos. Un claro ejemplo es el del derecho a disfrutar de los beneficios de la ciencia y contribuir a su avance, consagrado en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y que tiene su contrapartida en los artículos 70 y 71 de la Constitución. En momentos como el de la expansión de una enfermedad nueva es donde la ciencia toma mayor relevancia. Y para que la ciencia avance es necesario que quienes la hacen, los y las científicas, tengan acceso a información pública transparente, imparcial y de calidad sobre salud pública, capacidad del sistema de salud, efectos macro y microeconómicos de la crisis, entre muchos otros asuntos. De manera que la transparencia y el acceso a información pública también tienen la potencialidad de garantizar la toma de decisiones informadas y basadas en ciencia y hechos. Un límite más a la arbitrariedad en tiempos de crisis de salud pública. Sobre este tema, de forma general, se pronunció el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas en el Comentario General Número 25 sobre ciencia y derechos económicos, sociales y culturales⁹⁷, que además informa fundamentalmente la obligación de adoptar medidas con base en evidencia científica sólida y aceptada por la comunidad científica.

5. CONCLUSIÓN

La presente intervención tiene un hilo argumentativo común: Si bien el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica está justificado por la propagación del COVID-19 en Colombia y el mundo, es necesario mantener la tendencia constitucional colombiana de dar herramientas al Gobierno para reaccionar ante la excepcionalidad, sin sacrificar valores fundamentales como la democracia, el Estado de Derecho o los derechos fundamentales. Así, es claro que el Decreto 417 de 2020 cumple tanto los requisitos formales como materiales para la declaración de una emergencia económica, social y ecológica. Aquí fue analizado cada requisito de forma individual y se concluyó que la Corte Constitucional debe declararlo exequible.

No obstante, también se señalaron distintos tipos de riesgos asociados a la excepcionalidad, tanto en abstracto como a la que se enfrenta Colombia actualmente. La atención de la presente emergencia de salud pública global implica por parte del Estado la ejecución de una serie de acciones que pueden enmarcarse en tres categorías no excluyentes: (1) la contención y mitigación de la propagación del coronavirus SARS-CoV-2; (2) la atención de la enfermedad respiratoria que

⁹⁷ Committee on Economic, Social and Cultural Rights. General Comment No. 25 (2020) on Science and economic, social and cultural rights Art. 15.1.b, 15.2, 15.3 and 15.4. E/C.12/GV/25. 7 April 2020.

produce el virus SARS-CoV-2, denominada por la OMS como COVID-19; y (3) la atención de los efectos sociales y económicos derivados de las acciones anteriores.

Además, la institucionalidad y el diseño del Estado colombiano se enfrentan a desafíos que no son extraños en la historia del país. Es necesario prevenir pérdidas en materia de democracia, Estado de Derecho, separación de poderes y pluralismo al garantizar la vigencia y permanencia del sistema de pesos y contrapesos que diseñó el constituyente en 1991. Al tiempo que se garantiza el libre ejercicio de los derechos fundamentales, se actúa con rapidez para evitar la crisis de salud pública y se mitigan los efectos económicos, sociales y culturales de la pandemia.

En todo esto el papel de la Corte Constitucional es fundamental. Su rol como órgano de control jurisdiccional de los actos expedidos por el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias tiene la potencialidad de atacar cada uno de los riesgos mencionados y evitar su materialización. Por eso en la presente intervención no sólo se solicita la declaratoria de exequibilidad del Decreto 417 de 2020 sino otras decisiones, como la prevención al Gobierno para que ejerza adecuadamente las facultades otorgadas y el exhorto al Congreso para que actúe como control político. Al tiempo que se ponen de presente consideraciones que, si son incluidas en la parte motiva de la sentencia, pueden servir de guía al Gobierno y a la misma Corte en las futuras revisiones de constitucionalidad.

6. PETITORIO

De conformidad con lo expuesto en esta intervención, solicitamos a la Corte Constitucional:

PRIMERO. Declarar exequible el Decreto 417 de 2020 que declara un estado de emergencia económica, social y ambiental en todo el territorio colombiano.

SEGUNDO. Prevenir al Gobierno Nacional para que ejerza las facultades extraordinarias derivadas del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de forma compatible con respeto por el Estado Social y Democrático de derecho (art. 1 CP), de acuerdo con su obligación de dar cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en particular la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (art. 2 CP) y la protección y primacía de los derechos fundamentales sin discriminación alguna de todas las personas residentes en Colombia (Arts. 2 y 5 CP).

TERCERO. Exhortar al Congreso de la República para que en un plazo de cuarenta y ocho horas sesione de forma presencial, virtual o mixta y ejerza la función de control político que le asigna el artículo 215 de la Constitución sin ningún tipo de diferencia o traba para las verificaciones de quórum, mayorías o para hacer las respectivas votaciones.

CUARTO. Avocar conocimiento sobre los decretos 457 de 22 de marzo, 531 de 8 de abril y 536 de 11 de abril, que ordenan un aislamiento obligatorio en todo el territorio nacional, por ser materialmente decretos legislativos expedidos en uso de las facultades extraordinarias derivadas del Decreto 417 de 2020.

7. NOTIFICACIONES

Ponemos a disposición del despacho los siguientes correos electrónicos para notificaciones: notificaciones@dejusticia.org.

Cordialmente,

VIVIAN NEWMAN PONT

MAURICIO ALBARRACIN CABALLERO

MARYLUZ BARRAGÁN GONZÁLEZ CÉSAR AUGUSTO VALDERRAMA GÓMEZ

RODRIGO UPRIMNY YEPES

JUAN PABLO PARRA ESCOBAR

DANIEL OSPINA CELIS

ALEJANDRO JIMENEZ OSPINA

JOHNATTAN GARCÍA RUIZ