

Bogotá D.C., 22 de abril de 2020

Señores

Magistrados y Magistradas

Corte Constitucional

E.S.D.

Referencia: Solicitud de avocar conocimiento de oficio

Asunto: Control de constitucionalidad automático a los Decretos 457 del 22 de marzo de 2020, 531 del 8 de abril y 536 de 11 abril de 2020, emitidos en razón y durante la vigencia del estado de emergencia económica, social y ambiental

Respetados magistrados y magistradas,

A través del presente memorial acudimos a la Corte Constitucional para solicitarle que haciendo uso de sus facultades y en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales avoque conocimiento y realice el control de constitucionalidad a los decretos expedidos por el Gobierno para crear, modificar o ampliar una medida de aislamiento preventivo obligatorio en todo el territorio nacional. En concreto, nos referimos al Decreto 457 del 22 de marzo, al Decreto 531 del 8 de abril y al Decreto 536 de 11 abril de 2020, por contener todos ellos materialmente contenidos con fuerza de ley, por regular directamente asuntos reservados al legislador -como lo es la limitación del derecho fundamental de libertad de circulación (Art. 24 CP) - y estar directa y profundamente relacionadas con la declaratoria del estado de emergencia realizada mediante el Decreto 417 de 2020, a raíz de la pandemia del COVID-19.

El pasado 17 de marzo el Presidente de la República, por medio del decreto mencionado, declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica a raíz de la llegada y propagación del SARS-CoV-2, que produce la enfermedad respiratoria COVID-19¹, en Colombia. Con esa declaratoria se activaron la facultad y el deber de la Corte Constitucional de realizar control de constitucionalidad automático tanto respecto del decreto que declaró el estado de emergencia como de todos aquellos que desarrollen las medidas tomadas por el Gobierno durante el mismo a partir de facultades extraordinarias.

Tras la declaratoria del estado de excepción, la Presidencia ha expedido diversos decretos legislativos con paquetes de medidas pensadas para contener la pandemia y los efectos del

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

aislamiento (como medida de salud pública). Sin embargo, uno de los más importantes, el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, fue adoptado mediante un decreto ordinario. Decreto por medio del cual se ordenó el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas que habitan el territorio colombiano.

Igualmente, el Gobierno emitió un segundo decreto ordinario, el Decreto 531 del 8 de abril de 2020, mediante el cual extendió por dos semanas la medida de aislamiento obligatorio en todo el país y se renovaron otras medidas como la prohibición de transporte doméstico en el territorio nacional y la prohibición de consumo de bebidas embriagantes en espacios públicos y establecimientos de comercio. Finalmente, el 11 de abril se expidió una tercera norma de estas características, el Decreto 536 de 2020, mediante la cual se modificaron los horarios en que se podían realizar algunas de las actividades por las que está permitido circular libremente por el territorio nacional.

Si bien no hay duda de que la medida de aislamiento es la adecuada en términos de salud pública para contribuir a la contención y mitigación de la propagación del SARS-CoV-2, lo cierto es que existen serias dudas sobre su constitucionalidad desde el punto de vista formal. Resulta problemático que las medidas más importantes para superar la crisis de salud pública hubieran sido tomadas por fuera de las facultades extraordinarias que entrega la Constitución al Gobierno durante los estados de excepción, cuando abordan un tema que tiene reserva de ley y, por lo tanto, solo es competencia del ejecutivo en virtud del estado de emergencia. Ello por cuanto la medida de aislamiento limita fuertemente o suspende *de facto* derechos fundamentales centrales en un estado democrático, tales como la libre circulación (art. 24 CP) en conexidad con el derecho al trabajo (art. 25 CP), el derecho a la igualdad (art. 13), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16), las libertades de reunión (art. 37), religión (art. 19), asociación (art. 38 CP), entre otros.

Además, por tratarse formalmente de decretos ordinarios, escapan al sistema de controles establecidos en la Constitución para garantizar el equilibrio de poderes y los principios democráticos durante los estados de excepción. La Corte Constitucional no sería competente para conocer del mismo, pues formalmente no son decretos legislativos. El Consejo de Estado, en virtud del control inmediato de legalidad tampoco, pues en ningún momento se presentan como un desarrollo del estado de excepción. Y los medios de control adecuados para controlarlos, que serían la nulidad por inconstitucionalidad o la nulidad simple, se encuentran suspendidos temporalmente en su trámite por decisión del Consejo Superior de la Judicatura a causa de la anormalidad a nivel nacional que causa el COVID-19².

Teniendo en cuenta lo señalado, el presente memorial tiene como eje central sustentar que, dado que los decretos formalmente ordinarios que crean, modifican o amplían la medida de

² Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo PCSJA20-11532 del 11 de abril de 2020.

aislamiento preventivo obligatorio contienen materialmente medidas de talante estrictamente legislativo y vinculadas inescindiblemente del desarrollo del estado de emergencia, así como que en la actualidad no existe forma de control jurídico a los mismos, es un deber de la Corte Constitucional realizar el control constitucional de estos.

Para ello, el escrito se divide en cuatro partes: en la primera, se sustentarán las razones para sostener que el contenido de los decretos de aislamiento tiene materialmente un carácter legislativo, al menos parcialmente; en la segunda, se explicará cómo mediante la expedición de los decretos de aislamiento por la vía ordinaria se han dejado por fuera del sistema de los pesos y contra pesos establecidos en la Constitución; en la tercera, se profundizará en la obligación de la Corte Constitucional de realizar un control constitucional automático de los decretos de aislamiento y; finalmente, se presentarán las conclusiones y la solicitud de avocar conocimiento.

1. Los decretos que crean, modifican y amplían la medida de aislamiento preventivo obligatorio son materialmente decretos legislativos

Existen serias y bien fundadas dudas sobre si el ejecutivo, haciendo uso de sus facultades ordinarias, puede suspender o limitar derechos fundamentales. La jurisprudencia de la Corte Constitucional señala que las restricciones a los derechos fundamentales están reservadas, en principio, al Congreso de la República, pues solo el órgano eminentemente más representativo y democrático está facultado para tomar tal tipo de medidas³. Este principio se conoce como reserva de ley y en los eventos de restricciones a la libertad de circulación, surge directamente del artículo 24 de la Constitución y de la jurisprudencia constitucional. Así, si bien el ejecutivo cuenta con facultades reglamentarias, éstas son limitadas y no deberían invadir la órbita del legislador ni afectar el núcleo de los derechos fundamentales, pues entraría en directa contradicción con la Constitución⁴.

La Constitución Política y la jurisprudencia constitucional son claras en establecer que los límites a la libertad de circulación deben ser determinados por el legislador. Por un lado, el artículo 24 de la Constitución Política⁵ que establece el derecho de libertad de circulación de todos los colombianos, indica que el mismo solo está limitado por ley. Del mismo modo, la

³ Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-302 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz. En la citada sentencia, la Corte señaló: *“La facultad con que cuenta el Presidente de la República de reglamentar la ley está sujeta a ciertos límites, que no son otros que la Constitución y la ley misma, ya que no puede en este último evento ampliar, restringir o modificar su contenido. Es decir, que las normas reglamentarias deben estar subordinadas a la ley respectiva y tener como finalidad exclusiva la cabal ejecución de ella. No se olvide que cualquier exceso en el uso de la potestad reglamentaria por parte del Ejecutivo se traduce en inconstitucionalidad por extralimitación del ámbito material del reglamento”*.

⁵ **Constitución Política. Artículo 24.** Todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia.

Corte Constitucional⁶ ha establecido que el poder de policía entendido como la facultad de regulación de la libertad con actos de carácter general, abstracto e impersonal también tienen reserva de ley. Lo anterior implica que las limitaciones a la libertad de circulación deben tener un fundamento claro en la legislación nacional, lo que no ocurre en el caso del “*aislamiento preventivo obligatorio*” debido a que se trata de una figura que legalmente⁷ no se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico y que es creación del ejecutivo.

Siendo así, a pesar de que formalmente los decretos de aislamiento son ordinarios, en la práctica se trata de “*decretos legislativos, esto es, con fuerza de ley*”⁸, pues crean una figura que limita y suspende *de facto* múltiples derechos fundamentales, como el de libertad de circulación, facultad con la que solo cuenta el legislador. También debe tenerse en cuenta lo dicho por la Corte en la sentencia C-802 de 2002 al señalar que son decretos legislativos “*los declarativos del estado de conmoción [aplica a estados de excepción en general], con fuerza de ley porque constituyen una auto habilitación para legislar y los decretos de desarrollo de esas facultades excepcionales*”⁹. Agrega la Corte que “*uno y otros forman el régimen jurídico de los estados de excepción [y] es lógico entender que su control de constitucionalidad no podía difuminarse en dos órganos distintos*”,¹⁰ sino únicamente a la juez de excepción por excelencia, la Corte Constitucional.

Resulta obvio entonces que el contenido y los efectos de los decretos de aislamiento preventivo obligatorio escapan a las simples facultades reglamentarias del presidente, pues regulan temas bajo reserva de ley. Y tampoco se trata de un desarrollo normativo surgido a partido de los decretos legislativos expedidos para enfrentar el COVID-19 y todas sus consecuencias, pues en el contenido de los mismos, especialmente las facultades y su motivación, no se vinculan al estado de excepción, sino a la emergencia sanitaria declarada

⁶ “*El poder de Policía se caracteriza por ser de naturaleza normativa y consiste en la facultad legítima de regulación de la libertad con actos de carácter general, impersonal y abstracto, orientados a crear condiciones para la convivencia social. Agregó la Corte que esta facultad permite limitar el ámbito de las libertades públicas en relación con objetivos de salubridad, seguridad y tranquilidad públicas, y que generalmente se encuentra adscrita al Congreso de la República.*” Corte Constitucional. Sentencias C-128 de 2018, C-223 de 2017 y C117 de 2016.

⁷ **El Decreto 780 de 2016** “*Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social*” contempla las figuras de **aislamiento y cuarentena** como medida preventiva en salud para personas con VIH, personas o animales con enfermedades zoonóticas o que hayan estado en riesgo de haber contraído este tipo de enfermedad. Sin embargo, es importante destacar que las medidas del Decreto 780 de 2016 están dirigidas a personas determinadas, cuyo límite temporal es el periodo de incubación de la enfermedad y se hace para evitar la propagación de la enfermedad por parte de la persona afectada.

La medida de “*aislamiento preventivo obligatorio*” a la que hace referencia los decretos cuestionados es diferente por las características, alcance e intensidad. Tan es así, que los decretos de aislamiento no invocan el Decreto 780 de 2016 como fundamento normativo en su parte considerativa, simplemente, porque se trata de una medida diferente.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-156-11. M.P. Mauricio González Cuervo.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-802 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-802 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

por el Ministerio de Salud y Protección social mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, como un tipo de elusión constitucional.

Por otro lado, no puede obviarse que el contenido de los decretos de aislamiento preventivo obligatorio está estrechamente relacionado con la declaratoria del estado de emergencia declarado por causa de la llegada de la pandemia del COVID-19 a Colombia. Después de todo, dichas normas tienen como fin común establecer medidas para contener y reducir la tasa de contagio de virus. Así, por un lado, está el decreto declaratorio del estado de emergencia, facultando al Gobierno con poderes legislativos para atender la calamidad pública en términos de salud pública, epidemiología, abastecimiento y atención a la población más vulnerable económicamente. Y por el otro los decretos de aislamiento, tomando medidas preventivas para evitar el contagio entre ciudadanos y de esta forma controlar los picos de contagio y evitar el colapso del sistema de salud. Resultaría absurdo pensar que son medidas inconexas.

De acuerdo con lo anterior, los decretos de aislamiento son normas que pretenden tener fuerza de ley, al menos parcialmente, pues si no la tuvieran, no podrían establecer la medida de la cuarentena general; de otro lado, están directa y específicamente relacionados con la declaratoria del estado de excepción, y contienen la creación de medidas reservadas al legislador, por la Constitución. Esto, o los convierte materialmente en decretos legislativos y, por ende, competencia de la Corte Constitucional¹¹ en sede de control de constitucionalidad automático, integral, obligatorio, definitivo y participativo¹². O son decretos reglamentarios evidentemente inconstitucionales por regular, al menos parcialmente, materias que tienen reserva de ley.

2. No existen mecanismos de control judicial efectivos respecto de los decretos de aislamiento preventivo obligatorio

Ahora bien, en un Estado social y democrático de derecho como el colombiano (art. 1 CP) todas las actuaciones públicas de las autoridades se encuentran sometidas a la Constitución y la ley¹³. Evidencia de ello es el sistema de controles entre las distintas ramas y órganos de poder públicos establecidos con el fin de que toda actuación estatal sea debidamente supervisada y se eviten arbitrariedades. Estos principios democráticos y la estructura del Estado son parte del núcleo de la Constitución y, como tales, no pueden ser suspendidos durante el estado de excepción.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-802 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-135 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia SU-147 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional. Sentencia C-027 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

Como lo ha señalado la propia Corte Constitucional, los estados de excepción se encuentran reglados por la Constitución, no son una excepción a la misma¹⁴. Y por eso todas las actuaciones que se lleven a cabo durante un estado de excepción deben ser respetuosas de la carta. En correspondencia, todas las medidas adoptadas por el Gobierno para conjurar el actual estado de emergencia deben ser respetuosas de la integralidad de la Constitución y están sujetas a control político y jurídico. No sucede lo mismo con los decretos que emite el ejecutivo en ejercicio de sus funciones ordinarias. El control legal y constitucional de dichos decretos se encuentra en cabeza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no es automático, es decir, los decretos deben ser demandados.

A pesar del gran efecto que tiene el aislamiento obligatorio en los derechos fundamentales y en nuestro Estado de Derecho, en la actualidad, este carece de cualquier tipo de control judicial constitucional o de legalidad. Por un lado, el Presidente decidió no expedirlas a través de decreto legislativo, lo que impide el control automático por parte de la Corte Constitucional. Y por el otro, tampoco se expidió como un decreto de desarrollo de los decretos legislativos, lo que también anula el control inmediato de legalidad por parte del Consejo de Estado establecido en el artículo 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Ahora, el Gobierno Nacional decidió expedir estas medidas por la vía ordinaria, lo que implica que podrían ser controladas a partir del ejercicio del medio de control de nulidad. No obstante, dadas las circunstancias actuales, este no puede ser demandado por cuenta de la medida de suspensión de términos judiciales adoptada por Consejo Superior de la Judicatura. Es decir, el Presidente emitió un acto que contiene la medida central para conjurar la crisis que afecta de manera generalizada a los y las residentes en el país, cuyo contenido está reservado al legislador en tiempos de normalidad y que, además de todo, escapa a todo tipo de control judicial. Algo impensable bajo el paradigma de la Constitución de 1991 y lo que precisamente intentaron evitar los y las constituyentes al regular los estados de excepción.

Ahora bien, recientemente, el Consejo de Estado mediante Auto del 15 de abril de 2020 con ponencia del consejero Dr. William Hernández Gómez, determinó que esta corporación asumiría el control inmediato de legalidad de los actos de carácter general “*que tengan relación directa o indirecta con medidas necesarias para superar el estado de emergencia, aunque también pudieran fundamentarse en las competencias definidas en el ordenamiento en condiciones de normalidad*”. Lo anterior, quiere decir que el Consejo de Estado asumiría el control automático de legalidad de todos los decretos extraordinarios y ordinarios que se hayan dictado en el marco del estado de emergencia, con el propósito de superar la crisis.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-802 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Aunque se trata de una buena medida, lo cierto es que los decretos que crean, modifican y amplían el aislamiento siguen estando sin control constitucional. Ello por cuanto, las competencias del Consejo de Estado, legalmente, están orientados a controlar los decretos reglamentarios extraordinarios y los que, aun invocando facultades ordinarias, materialmente serían decretos reglamentarios extraordinarios. Sin embargo, la competencia de controlar judicialmente, los decretos que materialmente son decretos legislativos deberían ser conservadas por la Corte Constitucional, en cumplimiento de las reglas de competencia determinadas en la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción.

Teniendo en cuenta lo anterior, se llega a la conclusión de que las medidas de aislamiento tomadas mediante decretos ordinarios por el Gobierno no cuentan actualmente con un mecanismo de control constitucional a pesar de dictar medidas que tienen parcialmente reserva de ley y ser emitidos en el marco de un estado de emergencia. Esto desconoce directamente el sistema de controles de excepción de la Constitución Política y pone en grave riesgo el equilibrio de poderes y el principio democrático.

3. La Corte Constitucional tiene el deber de realizar el control constitucional a los decretos legislativos que desarrollen el Estado de Emergencia

La potestad de la Corte Constitucional para hacer el control de constitucionalidad a los decretos legislativos surge como un contrapeso jurídico a la acumulación de poderes en cabeza del ejecutivo en tiempos excepcionales, pues puede expedir normas con fuerza de ley. Precisamente para evitar que la acumulación de poderes en una sola rama del poder público ponga en riesgo los derechos y libertades fundamentales de las personas que habitan el territorio colombiano, el Estado de Derecho y los principios democráticos, la Constitución le asigna a la Corte la función de hacer control constitucional automático a nivel formal y material de los decretos legislativos.

El control judicial a las decisiones que tome el ejecutivo haciendo uso de sus facultades especiales durante los estados de excepción es de tal importancia que la Constitución la establece directamente por lo menos en dos oportunidades. Para empezar, en el párrafo único del artículo 215 de la Constitución se señala que la Corte Constitucional decidirá sobre los decretos legislativos que el Gobierno dicte en uso de las facultades a que se refiere el mencionado artículo. Además, señala expresamente que *“Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento”*. Por lo tanto, en desarrollo de dicha obligación le corresponde *“decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el gobierno”* durante la vigencia de un estado de excepción. Mandato que se repite cuando la carta regula directamente el estado de emergencia”. Por ejemplo, en el numeral 7 del artículo

241 constitucional se señala que corresponde a la Corte Constitucional “*decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución*”.

La misma Corte ha señalado que la Constitución de 1991 estableció dos tipos de controles al estado de emergencia: el control político y el control jurídico. Este último surge directamente del papel de la Corte como guardiana de la supremacía e integridad de la constitución y, por lo tanto, implica un análisis de los decretos con fuerza de ley con la Constitución Política, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Congreso y la Ley 137 de 1994¹⁵.

Después de todo, como lo señala la Corte, en un Estado de Derecho no pueden existir poderes públicos exentos de control, como garantía para la ciudadanía del sometimiento de las autoridades públicas a la Constitución. “*Con razón mayor, si se trata de aquel acto mediante el cual el titular de la rama ejecutivo se habilita temporalmente como Legislador, esto es, se inviste de poder legislativo*”¹⁶. Precisamente por ello, la jurisprudencia constitucional insistió en la facultad automática que tiene la Corte para realizar el control constitucional a los decretos que declaren y extiendan los estados de excepción.

Al respecto, la Corte ha dicho:

“la Constitución estableció para esta clase de decretos un control **automático** de constitucionalidad, compatible con la exigencia de celeridad propia del carácter temporal de los estados de excepción y sujeto en todo caso a términos reducidos y estrictos. No puede aceptarse que el examen de su exequibilidad quede sometido a un control **rogado**, al ejercicio de una acción eventual de un ciudadano y bajo los términos de un proceso ordinario de nulidad. Aún en el caso de los decretos que reglamentan las facultades excepcionales y que corresponden al Consejo de Estado ese control es igualmente automático. En esta materia, bajo ningún supuesto se puede poner en funcionamiento el control de constitucionalidad por intervención ciudadana. Recuérdese que el artículo 214.6 autoriza a la Corte para aprehender de oficio y en forma inmediata el conocimiento de estos decretos si el Gobierno incumple con su deber de enviarlos para su revisión”¹⁷.

Ahora bien, el hecho de que la Constitución faculte directamente a la Corte para conocer de los decretos con fuerza de ley expedidos en un estado de excepción implica que este se debe

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-802 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-567 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-802 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Reiterado en la Auto 250 de 2002 con ponencia del magistrado Jaime Córdoba Triviño

llevar a cabo de forma independiente a la voluntad de órganos controlados¹⁸. Es decir, es un deber del primer orden para la Corte Constitucional “*pronunciarse de manera automática sobre la validez constitucional de los actos dictados para declarar los estados de excepción y para adoptar las medidas que ellos hacen viables*”¹⁹. Después de todo, “[l]a Corte se encuentra ante la obligación ineludible de defender la supremacía e integridad del Texto Superior, y de esa obligación hace parte el deber de excluir del ordenamiento aquellos actos que la desconozcan”²⁰.

4. La Corte Constitucional debe avocar conocimiento de los decretos que establecen es aislamiento preventivo obligatorio

Teniendo en cuenta lo anterior, hacemos un llamado a la Corte Constitucional para que, en cumplimiento de su deber de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, haga uso de sus facultades de control constitucional automático respecto del Decreto 457 de 2020, el Decreto 531 de 2020 y el Decreto 536 de 2020. Como bien lo establece el artículo 228 de la Constitución, en la administración de justicia el derecho sustancial prevalece sobre las formalidades. Los decretos arriba mencionados son materialmente decretos legislativos y no puede evadirse el control automático por parte de la Corte Constitucional por el sólo uso de una fórmula legal o por la invocación artificial de una pretendida competencia. Si sólo se tuvieran en cuenta las facultades que invoca el Presidente en los decretos expedidos en estados de excepción, se estaría librando a su arbitrio el tipo de control al que estarían sometidos los actos que él mismo expida. A este respecto se refirió la Corte Constitucional en sentencia C-400 de 2013²¹.

Este tipo de controles jurídicos se hacen todavía más necesarios teniendo en cuenta que los poderes excepcionales otorgados al Presidente dificultan a su vez el ejercicio del control político. La apertura democrática permite el control de las decisiones públicas a través de un debate abierto y de unos procedimientos reglados, apertura que no es posible cuando se ejercen los poderes expeditos que el artículo 215 otorga al Gobierno. Al contrario de lo que ocurre en el procedimiento democrático en estados de normalidad, en donde primero se discuten las propuestas y luego se toman las decisiones, durante los estados de excepción

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-135 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²¹ “Sin embargo, puede acontecer que el decreto o acto gubernamental no señale las facultades que le sirven como soporte, o sea impreciso, ambiguo o contenga varios fundamentos jurídicos, de modo que dificulte determinar la autoridad judicial a la cual le corresponde adelantar el control de constitucionalidad. En tales circunstancias, por resultar insuficiente el criterio formal, debe acudir al criterio material, según el cual la naturaleza del decreto o acto determina la autoridad competente para asumir el juicio constitucional. De manera que si es una norma con fuerza o contenido material de ley, encuadrada en el artículo 241 superior, conocerá la Corte Constitucional, pero si concierne a una disposición que carece de magnitud legislativa, su examen atañera al Consejo de Estado con fundamento en el artículo 237-2 ib”. Corte Constitucional. Sentencia C-400 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

primero se toman las medidas y luego se evalúan sus posibles virtudes o defectos. La labor de juez constitucional encargado de evitar el abuso de las medidas estatales es, en estos momentos, vital para el mantenimiento del sistema democrático. Allí en donde los controles políticos se ven debilitados, los controles jurídicos son necesariamente más fuertes. Adicionalmente, una revisión por parte de la Corte permitiría un mínimo de participación ciudadana en el estudio de normas que afectan de forma masiva y generalizada los derechos de todas las personas residentes en Colombia.

Dejar pasar por alto este tipo de uso de facultades por parte del Gobierno implicaría un precedente nefasto en materia de limitación o suspensión de derechos fundamentales y vigencia de la Constitución durante los estados de excepción. El COVID-19 presenta desafíos tanto para la ciencia y la medicina como para la democracia, el Estado de Derecho y la vida en sociedad. Comprendemos la necesidad de tomar las medidas de aislamiento preventivo obligatorio para evitar la propagación del COVID-19, pero esto debió hacerse de una manera que garantice la vigencia del sistema de controles a la excepcionalidad diseñado por los y las constituyentes en 1991. Mientras el aislamiento cuida nuestra salud, la Corte Constitucional debe cuidar nuestra democracia y el Estado de Derecho.

No creemos que haya que declarar la inexecutable de las medidas ni que la dirección de los asuntos relacionados con el COVID-19 no deba estar en cabeza del Presidente de la República, aunque podría darse un análisis detallado posterior sobre cada una de ellas. Todo lo contrario, es su obligación hacerlo y para eso el ordenamiento jurídico lo dota de herramientas excepcionalmente fuertes, incluso inaceptables en períodos de normalidad. Sin embargo, las facultades extraordinarias traen consigo un deber mayor en utilizarlas de forma adecuada y respetando la Constitución Política de manera que permita el funcionamiento del sistema de pesos y contrapesos.

Ahora bien, podría sostenerse que estos decretos son mixtos, en el sentido de que tienen contenidos materialmente legislativos, como son la regulación de formas de cuarentena por amenazas epidémicas globales, como contenidos que podrían ser propiamente de una medida ejecutiva, que es la decisión de decretar la cuarentena específica. Un ejemplo aclara esa diferencia: una cosa es regular la posibilidad de decretar un toque de queda, que es medida materialmente legislativa, y otra decretar concretamente el toque de queda, que puede ser medida ejecutiva, en donde quedaría la duda en todo caso de si solo puede hacerse en estados de excepción o también en tiempos de normalidad. Y es claro que estos decretos regulan las cuarentenas y decretan cuarentenas específicas, por lo que tienen ese doble carácter. Esto sugiere que frente a la situación actual, muy compleja constitucionalmente pues ni la Carta ni la legislación existente, previeron una eventualidad de una pandemia global, tal vez el camino que debió tomar el Gobierno fue usar las facultades del estado de emergencia para establecer con un decreto legislativo un marco normativo de las cuarentenas, y luego proceder a decretar las cuarentenas concretas, con otro tipo de decreto. Podría entonces

pensarse que el control de esos decretos estaría repartido entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional y eso puede operar en el futuro, pero esa fragmentación del control judicial frente a estos decretos debilitaría el control y la garantía de derechos, por lo que creemos que la competente es la Corte Constitucional.

A todos estos argumentos, añadimos uno pragmático, que no es menor: dada la incertidumbre normativa, es importante aclarar quién puede declarar las cuarentenas, si sólo el presidente o hay competencias concurrentes del gobierno nacional y las autoridades locales; en qué condiciones pueden hacerlo, con qué tipos de medidas y con cuáles controles políticos y judiciales. Y en este momento la Corte Constitucional puede brindar una guía interpretativa sobre esos temas trascendentales.

Por estas razones, respetuosamente, solicitamos a la Corte Constitucional que en uso de sus facultades y en cumplimiento de su deber constitucional, de forma oficiosa y automática realice el control de constitucionalidad del Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, al Decreto 531 del 8 de abril y al Decreto 536 de 11 abril de 2020.

Cordialmente,

VIVIAN NEWMAN PONT

ESTEBAN HOYOS CEBALLOS

RODRIGO UPRIMNY YEPES

MARYLUZ BARRAGÁN GONZÁLEZ

MAURICIO ALBARRACÍN CABALLERO **JUAN CARLOS OSPINA**

JUAN PABLO PARRA ESCOBAR

JULIÁN GAVIRIA MIRA

ANA CATALINA ARANGO RESTREPO

ALEJANDRO JIMÉNEZ OSPINA

DAVID FERNANDO CRUZ GUTIÉRREZ