



**Honorables magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
Magistrada ponente.
Diana Constanza Fajardo Rivera.**

Referencia: intervención ciudadana proceso RE-235

Jorge Kenneth Burbano Villamarín actuando como ciudadano y **Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre** de Bogotá; **Mary Luz Tobón Tobón**, profesora de la Universidad Libre, **miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre**, respetuosamente presentamos ante la Honorable Corte Constitucional la siguiente intervención con ocasión del control automático de constitucionalidad del Decreto Legislativo 439 del 20 de marzo del 2020 “Por el cual se suspende el desembarque con fines de ingreso o conexión en territorio colombiano, de pasajeros procedentes del exterior, por vía aérea”

Consideraciones del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

En la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 uno de los debates más importantes que se dio fue el que giró en torno a los estados de excepción. Este se caracterizó por un fuerte rechazo frente al uso abusivo de los poderes excepcionales. Fruto de estos debates fue el capítulo VI de la Constitución Política de 1991. Allí encontramos una regulación extensa, llena de requisitos de forma y de fondo y de controles de todo tipo, para prevenir que a la luz de la Constitución de 1991 se excedan las atribuciones del Presidente de la República, y que la “excepción” o la “anormalidad” se convierta en la “regla” o la “normalidad”.

Conforme a lo anterior aplicaremos el juicio de proporcionalidad en sentido estricto conforme a las reglas de la Corte Constitucional. Ello para determinar si el Decreto Legislativo 439 del 20 de marzo de 2020 es constitucional o no. Para responder a este propósito, esta intervención estará dividida en cuatro partes: en la primera se resalta la importancia del control de constitucionalidad de los estados de excepción como una garantía esencial del Estado social y democrático de derecho; en la segunda, se realiza el juicio de constitucionalidad del Decreto Legislativo 439 de 2020 realizando el análisis de los presupuestos formales y materiales de esta norma; en la tercera, se hace un control estricto de constitucionalidad frente a otros mandatos y prohibiciones constitucionales y en la última parte se proponen algunas observaciones finales a la Honorable Corte al momento de que esta realice el control constitucional del referido decreto.

1. Sistema de controles de los estados de excepción en Colombia

El control constitucional frente a los decretos legislativos que emanan de la declaratoria de emergencia es un control automático e integral, que deberá ser realizado por la Corte Constitucional en relación con todos decretos legislativos: el declaratorio de la emergencia y los de desarrollo, que adoptan medidas que limitan derechos fundamentales con la finalidad de recuperar el equilibrio del orden económico, social o ecológico. El Consejo de Estado conocerá del control de constitucionalidad y de legalidad de los demás decretos reglamentarios que toman medidas frente a la crisis.



El control de constitucionalidad tanto del decreto que declare y de aquellos que desarrollen los estados de excepción es integral¹ y su interpretación debe ser restrictiva y estricta. La jurisprudencia constitucional ha establecido reglas puntuales para los estados de excepción por estado de emergencia en el orden económico, social o ecológico, o en casos de grave calamidad pública². En ese sentido, la Corte Constitucional no sólo deberá realizar un control de constitucionalidad meramente formal de los decretos, limitado a confirmar la existencia de una motivación formal del estado de excepción, la firma del presidente y los ministros y la restricción temporal, sino también material, para verificar que las medidas adoptadas no supongan una violación de las normas constitucionales, teniendo particular cuidado con los derechos fundamentales, ya que los estados de excepción de ninguna manera pueden significar su vulneración. Por ello, el control material también supone que la Corte verifique que las materias reguladas en el decreto legislativo tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaración del estado de excepción, pues la falta de conexidad implica exceso en el uso de las excepcionales atribuciones legislativas del Presidente, lo que obliga a declarar inconstitucional del respectivo decreto.

Pero además, el Constituyente de 1991 partió de la idea de que tal como le corresponde a un sistema constitucional democrático, es necesario crear diferentes tipos de controles para evitar la concentración de poder y las posibilidades de abuso del gobernante, por ello se creó el *control político* realizado por parte del Congreso de la República colombiano, y el *control de legalidad* realizada por la jurisdicción contencioso-administrativa, sobre los decretos legislativos realizados por el gobernador o por los alcaldes, con la finalidad de adoptar las medidas necesarias para recuperar el orden o la normalidad.

Cabe resaltar que dichos controles, no resultan excluyentes, sino que son complementarios, en consecuencia, el control de legalidad, pese a ser un control de carácter jurídico, no presenta incompatibilidad alguna con el control que ejerce la Corte Constitucional, porque la competencia para llevar a cabo el control de los mismos, está radicada en *diferentes entidades*, con *distintas jurisdicciones* y sobre *normas* que difieren tanto en su contenido formal como material.

Por lo anterior, los decretos legislativos están sujetos a tres tipos de controles distintos: uno por la Corte Constitucional, otro por el Congreso de la República, y otro de legalidad, realizado por la jurisdicción contencioso-administrativa, sobre los decretos legislativos realizados por el gobernador o por los alcaldes. Estos controles tienen la finalidad de revisar las medidas necesarias que han sido adoptadas por el Gobierno nacional a partir de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica, realizada mediante el Decreto 417 de 2020. En consecuencia, y teniendo en cuenta que el Decreto 439 de 2020 es uno de los decretos de desarrollo que toman medidas para controlar el contagio de la pandemia generada por el COVID-19, en forma respetuosa le solicitamos a la Honorable Corte Constitucional que al realizar el control constitucional de esta norma, en su revisión automática de control constitucional, tenga en cuenta los siguientes argumentos:

2. Juicio de Constitucionalidad del Decreto Legislativo 439 de 2020, “Por el cual se suspende el desembarque con fines de ingreso o conexión en territorio colombiano, de pasajeros procedentes del exterior, por vía aérea”

En las sentencias C-135 de 2009, C-1032 de 2010, C-156 de 2011 y C-216 de 2011, Sentencia C-670 de 2015, la Corte Constitucional de Colombia recogió las características que reviste el estado de emergencia económica, social y ecológica, o de grave calamidad pública (art. 215 C.P.). Ello siguiendo los precedentes constitucionales sentados por la misma Corte Constitucional desde el inicio de sus funciones y en especial de las sentencias C-004 de 1992, C-447 de 1992, C-179 de 1994, C-366 de 1994, C-122 de 1997, C-122 de 1999 y C-216 de 1999. Desde la Sentencia C-004 de 1992, la Corte Constitucional ha precisado que la

¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-802 de 2002: “La competencia de la Corte Constitucional para realizar el control de constitucionalidad formal y material tanto de los decretos legislativos declaratorios de los estados de excepción como de los decretos legislativos de desarrollo”. La sentencia fundadora de esta regla es la C-004 de 1992.

² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-670 de 2015. Consideración jurídica número 2.1.



declaratoria del estado de emergencia, al tenor del artículo 215 C.P., debe cumplir con unos presupuestos estrictamente formales y otros presupuestos materiales que han sido decantados por la jurisprudencia constitucional, en concordancia con la Ley 137/1994. A continuación, aplicaremos esas reglas.

2.1 Examen formal en el juicio de constitucionalidad del Decreto 439 de 2020

Consideramos que el Decreto legislativo 439 del 20 de marzo del 2020, “Por el cual se suspende el desembarque con fines de ingreso o conexión en territorio colombiano, de pasajeros procedentes del exterior, por vía aérea”, es un decreto de desarrollo de la Declaratoria de Emergencia Económica, Social y Ecológica, realizada por el Gobierno nacional mediante el decreto 417 de 2020, cumple con todos los presupuestos formales que exige el artículo 215 de la Constitución Política de 1991, ellos son:

I. *El decreto está firmado tanto por el Presidente de la República como de sus 18 ministros*³;

II. *El decreto está debidamente motivado*, y sus razones de manera especial obedecen a la crisis que emerge en Colombia y en los demás países del mundo globalizado, por la presencia del coronavirus, la cual es una pandemia, generada por la infección del COVID-19, y que ha sido reconocida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) a partir del 11 de marzo de 2020. No cabe duda de que esta pandemia genera un grave riesgo para la vida, la dignidad humana y la integridad de todos los colombianos, esencialmente como afirma el Gobierno en esta norma, dada la velocidad de su propagación, el Estado colombiano debe tomar acciones urgentes y decididas para la identificación, confirmación, aislamiento, monitoreo de los posibles casos y el tratamiento de los casos confirmados, así como la divulgación de las medidas preventivas, todo lo cual debe redundar en la mitigación del contagio.

Además, en este decreto el Gobierno nacional afirma que según el derecho fundamental la libertad de locomoción consagrado en el artículo 24 de la Constitución Política "todo colombiano, con las limitaciones que establezca Ley, tiene derecho a circular libremente el territorio nacional, a entrar y a salir de y a permanecer y residenciarse en Colombia.

Así mismo, como parte de su motivación la norma invoca que “Que el artículo 1 del Código Comercio faculta al Gobierno nacional para prohibir, condicionar o restringir, por razones de público, la utilización los espacios, la navegación sobre determinadas regiones, uso ciertas aeronaves o el de determinadas cosas”. De igual manera, la Ley 12 de 1 "Por la cual se aprueba la Convención Aviación Civil Internacional, firmada en Chicago 7 de diciembre 1944" consagra en su artículo 14 que "Cada Estado contratante conviene en tomar medidas impedir la propagación por medio de navegación del cólera, tifus epidémico, viruela, fiebre amarilla, peste y cualesquiera enfermedades contagiosas que los contratantes designar oportunamente". En ese sentido, El Decreto 439/2020 cumple con la carga de motivación, explicando su relación directa y específica con el estado de emergencia que le dio origen.

III. *El ámbito territorial*, el decreto suspende el desembarque con fines de ingreso o conexión de pasajeros procedentes del exterior por vía aérea, al *territorio colombiano*.

IV. *El ámbito temporal* de aplicación, según el art. 1 del Decreto legislativo 439/2020, será de 30 días calendario contados desde el lunes 23 de marzo del 2020 hasta el jueves 23 de abril del 2020.

V. El decreto fue enviado de la Presidencia de la República a la Corte Constitucional, prueba de ello es que la Corte está revisando esta norma.

³ Información tomada de: <https://id.presidencia.gov.co/Gobierno/mininterior>



VI. La notificación a órganos internacionales competentes: Desconocemos si el Gobierno Nacional ha remitido este Decreto y los demás decretos legislativos a la Secretaria General, pues de conformidad con el artículo 27 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y el 16 de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción⁴, el Gobierno tiene la obligación expresa de comunicar a los organismos internacionales sobre la declaratoria del estado de excepción, y los demás decretos que adoptan medidas para salvaguardar la crisis. En este caso, la Secretaria de las Naciones Unidas realizaría un control de convencionalidad frente a todas estas normas.

Artículo 27. Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. **Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.**

La obligación que tiene el Estado colombiano es mucho mayor con la emisión de este decreto, en la medida en que en su artículo primero suspende el ingreso o conexión al territorio colombiano, de los pasajeros procedentes del exterior, por vía aérea.

VII. *La convocatoria del Congreso para ejercer el control político.* Consideramos que la situación actual hace necesario interpretar este punto, en la medida en que por las circunstancias de la crisis, el Congreso no se ha podido reunir y el Presidente tampoco los puede convocar pues la legislatura no está suspendida. Sin embargo, no se debe olvidar la responsabilidad que debe tener el Congreso en una época de crisis como la actual. En todo caso es la Corte Constitucional, como guardiana de los derechos fundamentales, quien está llamada a ejercer un control constitucional idóneo o efectivo de estas normas.

Por todo lo anterior, desde el punto de vista constitucional, el Decreto 439 de 2020 es formalmente válido toda vez que, como puede corroborarse a partir de su contenido cumple con todos los requisitos formales, consagrados en el artículo 215 de la Constitución Política de Colombia.

⁴ Ley 137 de 1994, Art. 16: “INFORMACIÓN A LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES. De acuerdo con el artículo 27 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y el artículo 4o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al día siguiente de la declaratoria del estado de excepción, el Gobierno enviará al Secretario General de la Organización de Estados Americanos y al Secretario General de las Naciones Unidas, una comunicación en que dé aviso a los Estados Partes de los tratados citados, de la declaratoria del estado de excepción, y de los motivos que condujeron a ella. Los decretos legislativos que limiten el ejercicio de derechos, deberán ser puestos en conocimiento de dichas autoridades. Igual comunicación deberá enviarse cuando sea levantado el estado de excepción”.



2.2 Examen material en el juicio de constitucionalidad del Decreto 439 de 2020

Para la verificación del cumplimiento del examen material, la Corte analizará si el Decreto 439/2020 cumple con los presupuestos materiales establecidos por el artículo 215 de la Constitución colombiana, es decir, si se configuran: 1) el *presupuesto fáctico*, consistente en la ocurrencia de hechos sobrevinientes que perturben o amenacen perturbar el orden económico, social y ecológico, o que constituya grave calamidad pública; 2) el *presupuesto valorativo*, es la explicación por parte del Gobierno de por qué la perturbación o la amenaza de perturbación al orden económico, social, ecológico o la calamidad pública es grave e inminente; y 3) el *presupuesto de necesidad o de insuficiencia de las medidas ordinarias para enfrentar la crisis*, indicando las razones por las cuales la perturbación o amenaza de perturbación grave e inminente del orden económico, social y ecológico, o la grave calamidad pública, no puede ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales⁵.

2.2.1 Presupuesto fáctico

Según la Sentencia C-670/2015 el presupuesto fáctico se desagrega, a la vez, en tres componentes: (i) *el juicio de realidad de los hechos invocados*, (ii) *el juicio de identidad de dichos hechos como constitutivos de un estado de emergencia*, y (iii) *el juicio de sobreviniencia de tales hechos*. Se procederá a continuación a efectuar estos tres juicios de constitucionalidad.

2.2.1.1 Juicio de realidad de los hechos invocados

El juicio de realidad consiste en la determinación de que los hechos que dan lugar al decreto legislativo efectivamente existieron, es decir, que se generaron objetivamente en el mundo de los fenómenos reales. Se trata de un examen eminentemente objetivo; en palabras de la Corte, "la metodología que debe ser empleada es una verificación positiva de los hechos", por lo cual "no se trata entonces de un análisis de valoración de la alteración del orden social, económico y ecológico o de la circunstancia sobreviniente de los mismos, sino una verificación objetiva de la existencia de la amenaza o de la perturbación".

El Decreto 439 de 2020, cumple con el juicio de realidad de los hechos invocados. La OMS le solicitó a los países adoptar medidas prematuras con el objetivo de detener la transmisión y prevenir la propagación del virus y del contagio de forma urgente para la identificación, confinación, aislamiento y monitoreo de los posibles casos y tratamiento de los casos confirmados, y la finalidad de esta norma es tomar medidas para prevenir el contagio del coronavirus. Es conocido por todos, que en un corto plazo de tiempo la pandemia generada por el COVID-19, según la Organización Mundial de la Salud ha generado miles de muertos y de contagios en los distintos países, a la fecha 21 de abril de 2020, 162.956 personas han fallecido por coronavirus y 2'397.217⁶ de personas han sido contagiadas. Es también indudable que para prevenir el contagio del coronavirus el Gobierno Nacional deba tomar medidas como está conducentes a prevenir el contagio de los colombianos, debido al desembarque por vía aérea de los pasajeros procedentes del exterior. En ese sentido, las distintas medidas que ha tomado el Gobierno en este decreto, como son las medidas sanitarias preventivas de aislamiento y la cuarentena de catorce (14) días para los nacionales colombianos que ingresan al país desde el 23 de marzo hasta el 23 de abril, más que necesarias, son pertinentes, y están encaminadas a prevenir la propagación de la epidemia. El juicio de realidad se encuentra, así, superado.

⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-216 de 2011.

⁶ https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200421-sitrep-92-covid-19.pdf?sfvrsn=38e6b06d_6



2.2.1.2 el juicio de identidad de dichos hechos invocados

La jurisprudencia constitucional ha explicado que el juicio de identidad consiste en la constatación de que los hechos invocados como sustento de la declaratoria del estado de emergencia efectivamente corresponden a aquéllos que la Constitución previó como detonantes específicos de esta modalidad de estado de excepción. Dada la forma como está redactado el artículo 215 de la Carta, esta constatación se realiza por vía negativa – esto es, verificando que los hechos invocados no correspondan a aquellos que darían lugar a la declaratoria de un estado de guerra exterior, o de un estado de conmoción interior. En palabras de esta Corte, “corresponde al juez constitucional determinar si los hechos causales de la perturbación no son asimilables a los actos de agresión o guerra externa en que se basa el Estado de Guerra Exterior (C.P., 212), ni consistan en actos lesivos de la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana, que integran la noción de orden público político y fundamentan el Estado de Conmoción Interior (C.P., 213).”⁷

Con respecto al juicio de identidad de los hechos, nosotros opinamos que este decreto en la medida en que es un decreto legislativo de desarrollo de la declaratoria de emergencia causada por el COVID-19, resulta evidente que las medidas que toma el Gobierno Nacional en esta norma son diferentes de las que podría tomar el Gobierno para conjurar una crisis provocada por la alteración al orden público o la seguridad nacional, que permitan declarar el estado de conmoción interior y, mucho menos, el estado de guerra exterior, a la que se refieren los artículos 212 y 213 superiores. Sin duda alguna, la norma cumple a cabalidad con el juicio de identidad.

2.2.1.3. Juicio de sobreviniencia de los hechos invocados

Según la sentencia C-670 de 2015 el requisito de sobreviniencia exige que los hechos invocados tengan un carácter repentino, inesperado, imprevisto, anormal o extraordinario. Sobre el carácter “sobreviniente” de los hechos, la Corte en principio lo ha asimilado a los vocablos novedoso, imprevisible, impredecible e irresistible⁸. Los hechos sobrevinientes que posibilitan la declaración del estado de emergencia no pueden tener cualquier naturaleza, dada la temporal asunción de la función legislativa y la restricción de las libertades y garantías individuales⁹. La aparición del coronavirus es un hecho sobreviniente, novedoso, extraordinario pues solo a partir del mes de enero el mundo entero tiene conocimiento de esta pandemia. Y con este decreto el Gobierno Nacional precisamente adopta medidas como son la suspensión del desembarque de personas extranjeras que llegan al país por vía aérea y el aislamiento preventivo por catorce (14) días para los nacionales colombianos que ingresan al país desde el 23 de marzo hasta el 23 de abril, con el propósito de prevenir el contagio del coronavirus, pues según los datos estadísticos de la OMS el virus del COVID-19 se contagio a partir de la entrada al país de extranjeros, que habían adquirido la enfermedad en Europa o en China, países donde fueron registrados los primeros casos del COVID-19. En consecuencia, este juicio también se encuentra satisfecho por la norma, en la medida en que de ninguna manera la aparición de la pandemia es una situaciones ordinarias, crónicas o estructural, y previsible para el Gobierno nacional, por ello se requieren medidas extraordinarias como las que se toman en esta norma, para prevenir el contagio masivo del COVID-19 en el territorio colombiano, y proteger la salud de las personas. Sobre las zonas de contagio la OMS ha dicho que:

⁷ Sentencia C-156 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁸ Los acontecimientos deben constituir una ocurrencia imprevista, y por ello 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. Ver Sentencias C-004 de 1992, C-122 de 1997, C-122 de 1999, C-135 de 2009 y C-254 de 2009.

⁹ Ver TOBÓN TOBÓN, Mary Luz. (2019), Los estados de excepción: imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Biblioteca de tesis doctorales. Bogotá, Grupo Editorial Ibañez.



Sobre Las “áreas afectadas” se consideran aquellos países, provincias, territorios o ciudades que experimentan la transmisión continua de COVID-19, en contraste con las áreas que informan solo casos importados. A partir del 27 de febrero de 2020, aunque China, particularmente la provincia de Hubei, ha experimentado una transmisión local sostenida y ha informado con mucho el mayor número de casos confirmados desde el comienzo del brote, últimamente la situación en China mostró una disminución significativa de los casos. Al mismo tiempo, un número cada vez mayor de países, además de China, han informado casos, incluso a través de la transmisión local de COVID-19. A medida que evolucione la epidemia, se esperará que muchas áreas puedan detectar casos importados y la transmisión local de COVID-19.

2.2.2 Presupuesto valorativo

Para poder analizar este presupuesto se deberán realizar dos juicios: i) un juicio sobre la gravedad de la afectación y el otro ii) sobre la necesidad de las medidas extraordinarias adoptadas en la declaratoria de emergencia.

2.2.2.1. Juicio de gravedad de la afectación

En el estado de emergencia este presupuesto se refiere a la perturbación o la amenaza de perturbación *en forma grave e inminente* del orden económico, social y ecológico, o de grave calamidad pública. En efecto, la Constitución señala que la emergencia podrá declararse frente a hechos sobrevinientes que perturben o amenacen perturbar “*en forma grave e inminente*” el orden económico, social y ecológico, o que constituya “grave” calamidad pública (art. 215 C.P.)¹⁰. Según la Corte Constitucional, el presupuesto valorativo ya no refiere al supuesto de hecho que motiva la declaratoria, sino que, comprende un juicio de valor sobre el supuesto fáctico. Es decir, se trata de una valoración relacionada con la intensidad de la perturbación y sus consecuencias, que le corresponde al Presidente de la República. De ahí que cualquier perturbación del orden económico no da lugar a la declaratoria del estado de emergencia sino aquella que revista de “gravedad” e “inminencia”, o que constituya “grave” calamidad pública¹¹. De esta forma, el papel de la Corte se debe enfocar ya no sobre los hechos detonantes de la declaratoria de emergencia, *sino sobre sus efectos, impactos y consecuencias en la sociedad colombiana en términos económicos, sociales o ecológicos*.

Con la finalidad de realizar este juicio sobre la gravedad de las medidas adoptadas es necesario tener en cuenta las recomendaciones para el tráfico internacional dadas por la OMS el 29 de febrero de 2020¹², ellas son:

La OMS continúa desaconsejando la aplicación de restricciones de viaje o comercio a países que experimentan brotes de COVID-19.

En general, **la evidencia muestra que restringir el movimiento de personas y bienes durante emergencias de salud pública es ineficaz en la mayoría de las situaciones y puede desviar recursos de otras intervenciones**. Además, las restricciones pueden interrumpir la ayuda y el soporte técnico necesarios, pueden afectar las empresas y pueden tener efectos sociales y económicos negativos en los países afectados. Sin embargo, en ciertas circunstancias, las medidas que restringen el movimiento de personas pueden resultar temporalmente útiles, como en entornos con pocas conexiones internacionales y capacidades de respuesta limitadas.

Las medidas de viaje que interfieren significativamente con el tráfico internacional solo pueden justificarse al comienzo de un brote, ya que pueden permitir que los países ganen

¹⁰ Sobre el alcance de este presupuesto ver sentencia C-135 de 2009. M.P Humberto Sierra.

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

¹² <https://www.who.int/news-room/articles-detail/updated-who-recommendations-for-international-traffic-in-relation-to-covid-19-outbreak>



tiempo, incluso solo unos pocos días, para implementar rápidamente medidas de preparación eficaces. **Dichas restricciones deben basarse en una evaluación cuidadosa del riesgo, ser proporcionales al riesgo para la salud pública, ser de corta duración y reconsiderarse periódicamente a medida que la situación evoluciona.**

Las prohibiciones de viaje a las áreas afectadas o la denegación de entrada a los pasajeros que vienen de las áreas afectadas generalmente no son efectivas para evitar la importación de casos, pero pueden tener un impacto económico y social significativo. Desde la declaración de la OMS de una emergencia de salud pública de importancia internacional en relación con COVID-19, y hasta el 27 de febrero, 38 países han informado a la OMS sobre medidas de salud adicionales que interfieren significativamente con el tráfico internacional en relación con los viajes hacia y desde China u otros países, desde la denegación de entrada de pasajeros, restricciones de visa o cuarentena para los viajeros que regresan. Varios países que negaron la entrada de viajeros o que suspendieron los vuelos hacia y desde China u otros países afectados, ahora están reportando casos de COVID-19.

Conforme a estas recomendaciones es necesario precisar que en el artículo 1 de este Decreto el Gobierno Nacional ha suspendido el desembarque con fines de ingreso o conexión en territorio colombiano, de pasajeros procedentes del exterior, por vía aérea. Al respecto nos preguntamos qué sucede con la libertad de movimiento, la libertad de movimiento, por supuesto, también significa tener la libertad de no moverse, incluso la libertad de autoconfinarse. Para muchos, a menudo los más vulnerables y privados de derechos, esta libertad elemental no se da. Incluso se plantean medidas como el aislamiento inteligente, y son precisamente los más vulnerables quienes tienen que salir a trabajar.

Así, las graves consecuencias de la pandemia de COVID-19 y las medidas de emergencia adoptadas por el Gobierno Nacional, entre ellas la suspensión del ingreso al territorio nacional de los extranjeros han perturbado la vida cotidiana, pues se han suspendido en gran medida los viajes internacionales y se han cerrado muchas fronteras estatales, afectando gravemente la economía del sector turístico y hotelero de las ciudades.

Con respecto a la medida contemplada en el artículo 2 del Decreto 439/2020¹³ sobre las medidas sanitarias preventivas de aislamiento y cuarentena de catorce (14) días, para quienes ingresen al territorio colombiano, es una medida que busca prevenir el contagio del COVID-19 y proteger los derechos a la vida, salud, integridad y dignidad humana de los colombianos. Esta medida encuentra plena correspondencia con las recomendaciones realizadas por la OMS para los viajeros internacionales. Al respecto la OMS advierte que:

Los viajeros que regresan de las áreas afectadas deben autocontrolarse los síntomas durante 14 días y seguir los protocolos nacionales de los países receptores. Algunos países pueden requerir que los viajeros que regresan entren en cuarentena. Si se presentan síntomas, como fiebre, tos o dificultad para respirar, se recomienda a los viajeros que se comuniquen con los proveedores locales de atención médica, preferiblemente por teléfono, y les informen sobre sus síntomas y su historial de viaje.

Finalmente, es necesario tener en cuenta la advertencia que hace la OMS a todos los países con respecto al tráfico internacional, en el sentido de que los países que implementan medidas de salud adicionales que interfieren significativamente con el tráfico internacional deben proporcionar a la OMS, dentro de las 48 horas posteriores a la implementación, la justificación de la salud pública y la información científica relevante para las medidas

¹³ **Artículo 2. Medidas sanitarias preventivas.** Las medidas sanitarias preventivas de aislamiento y cuarentena de catorce (14) días serán de obligatorio cumplimiento para quienes ingresen al territorio colombiano en los términos del presente Decreto.

La cuarentena se llevará a cabo en el lugar de residencia que escoja la persona si es nacional colombiano o residente permanente, o en un hospedaje, sufragado con sus propios recursos, si es extranjero. El lugar escogido para la cuarentena no podrá ser modificado durante los catorce (14) días.



implementadas. La OMS compartirá esta información con otros Estados Partes. Una interferencia significativa generalmente significa la denegación de entrada o salida de viajeros internacionales, equipaje, carga, contenedores, medios de transporte, mercancías y similares, o su demora. En ese sentido, y considerando que este decreto suspende al país el ingreso de los extranjeros el Gobierno nacional tendría la obligación de comunicarle a la OMS la adopción de estas medidas dentro de las 48 horas siguientes a la promulgación de la norma.

Por todo lo anterior, consideramos que la Corte Constitucional deberá verificar que la implementación de las medidas adoptadas con respecto al tráfico internacional, no solo sean proporcionales frente al riesgo que genera el coronavirus para la salud pública, sino que además sean efectivas y se implementen de manera que eviten restricciones innecesarias del tráfico internacional durante el brote de COVID-19, que podrían conllevar a la suspensión de los derechos fundamentales de los extranjeros.

2.2.2.2. Juicio de necesidad de las medidas extraordinarias

El juicio de necesidad –o test de subsidiariedad- de las medidas de emergencia consiste, según lo ha desarrollado la jurisprudencia, en la determinación de si las atribuciones ordinarias con las que cuentan las autoridades estatales resultan insuficientes para hacer frente a las circunstancias detonantes de la crisis, y por ende se hace necesario recurrir a las atribuciones extraordinarias propias de un estado de excepción constitucional. En la Sentencia C-122 de 1997 la Corte Constitucional advirtió que “de conformidad con el *“principio de subsidiariedad”*, el estado de emergencia se encuentra supeditado a la imposibilidad o insuperable insuficiencia de las instituciones de la normalidad para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, descartando que un criterio de eficacia pueda anteponerse al mismo”¹⁴. El deber primordial que pesa sobre los órganos del Estado es el gobernar en el marco de la normalidad institucional, con las herramientas que el ordenamiento jurídico ha puesto a su disposición, cuyo empleo oportuno y eficiente resulta imperativo para enfrentar situaciones críticas y profundas, tanto a nivel preventivo como de solución. De ahí que la declaración del estado de emergencia se circunscriba a situaciones extremas que no puedan ser resueltas con el ejercicio de los medios ordinarios¹⁵.

Si realizamos un análisis global de la pandemia y de la suficiencia de los poderes ordinarios para enfrentarla, es claro que en Colombia el Gobierno no tiene mecanismos jurídicos ordinarios para afrontar este suceso imprevisto. Este decreto al ser un decreto de desarrollo de la declaratoria de emergencia, cumple con las reglas del juicio de necesidad sobre las medidas extraordinarias adoptadas en el mismo. Si el Gobierno no suspende el ingreso de extranjeros al país es muy probable que las cifras de contagio de la población colombiana en lugar de disminuir hayan aumentado. De la misma forma, el aislamiento preventivo por 14 días de los nacionales que ingresan al país es una medida necesaria, para hacer un seguimiento y monitorio del virus, y prevenir la propagación masiva de su contagio. Queda claro que este juicio resulta superado.

3. Estándar estricto de constitucionalidad frente a otros mandatos y prohibiciones constitucionales

¹⁴ “...De la Constitución y de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción surge la regla de la subsidiariedad que aplicada al estado de emergencia prescribe que su utilización se supedita a la imposibilidad o insuperable insuficiencia de las instituciones de la normalidad para resolver los problemas y crisis que afecten o amenacen el sistema económico, social o el ambiente”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-122 del 12 de marzo de 1997.

¹⁵ El pensamiento que inspiró al Constituyente en esta materia fue el de limitar los estados de excepción a las situaciones extremas, que no pudieran ser resueltas satisfactoriamente a través de los medios ordinarios.



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá

Consideramos que la actuación del Presidente de la República sobre la situación es acertada, en tanto que, como nos muestra la experiencia comparada de países como China, Italia y España, los mecanismos más efectivos de contención de la pandemia implican el aislamiento social, y la suspensión del ingreso de extranjeros provenientes de zonas de contagio al país. Ello necesariamente genera una restricción a derechos fundamentales al tiempo que tiene efectos considerables y negativos sobre la economía. Pero esta restricción de derechos, resulta justificada en la medida en que es de la naturaleza del estado de excepción limitar derechos, siempre y cuando utilizando el principio de proporcionalidad las medidas que se adoptan no sean irrazonables o poco proporcionales para enfrentar la pandemia, y mitigar o reducir los efectos que tienen este tipo de mecanismos de contención del virus sobre la economía del país.

4. Observaciones Ciudadanas

La situación generada por el COVID-19 y por las medidas que adopta el Gobierno nacional merecen atención por parte de la ciudadanía, pues la misma OMS ha expresado en sus recomendaciones que en general “la evidencia muestra que restringir el movimiento de personas y bienes durante emergencias de salud pública es ineficaz en la mayoría de las situaciones y puede desviar recursos de otras intervenciones”. Además, estas restricciones sin duda alguna han tenido un impacto económico y social significativo, sobretudo, en el sector turístico y hotelero del país, que han visto disminuir sus ingresos de forma dramática. Por ello, estas medidas, deben basarse en una evaluación cuidadosa del riesgo, realizando un test de proporcionalidad para determinar si las mismas son adecuadas, conducentes y necesarias, y si deben reconsiderarse periódicamente a medida que la situación evoluciona.

Esta medida es temporal pues rige durante treinta días, o sea hasta el 23 de abril de 2020, desconocemos si el Presidente la va a prorrogar o no, y si decide prorrogarla deberá atender al mismo propósito, pero además demostrar que ha sido una medida eficaz. En todo caso, sería un grave error subestimar el peligro evidente de infección, de pérdida de vidas, de colapso de los servicios de salud y de la economía. No obstante, es necesario subrayar que esta fase de incertidumbre conlleva también el riesgo de normalizar políticas "excepcionales" que restringen las libertades y los derechos en nombre de la crisis y la seguridad pública, y no sólo a corto plazo.

La libertad de movimiento, por supuesto, también significa tener la libertad de no moverse. Y, a veces, incluso tener la libertad de autoconfinarse. Para muchos, a menudo los más vulnerables y privados de derechos, esta libertad elemental no se da. Esto significa que incluso durante una pandemia, tenemos que ser solidarios con aquellos que se toman esta libertad de movimiento, que ya no pueden permanecer en campos inhumanos dentro de Europa o en sus fronteras externas, en Libia o en Venezuela, y que tratan de escapar para encontrar la seguridad, seguridad frente a la guerra y la persecución, seguridad frente a la pobreza y el hambre, seguridad frente a la pandemia.

En este período en el que las fronteras se multiplican, la lucha en torno a la libertad de circulación elemental seguirá siendo a la vez una apuesta crucial y una herramienta en la lucha contra la injusticia mundial, incluso, o particularmente, durante una crisis sanitaria mundial, donde los derechos de la población migrante cada vez resultan menos protegidos.

La filósofa Hannah Arendt escribió una vez que, "de todas las libertades específicas que pueden venir a la mente cuando escuchamos la palabra "libertad", la libertad de movimiento es históricamente la más antigua y también la más elemental". Sin embargo, en tiempos de una pandemia, los movimientos humanos se convierten cada vez más en un problema. Se dice que la libertad elemental de movimiento se ve restringida por el bien común, en particular para los ancianos y otras personas en grupos de alto riesgo. El (auto)confinamiento parece ser la clave: deben evitarse los movimientos "inesenciales" y el contacto con otros.



En este panorama general, las actuales restricciones a la circulación son problemáticas para las personas que no tienen un hogar y para las que la auto-cuarentena difícilmente es una opción, para las personas con discapacidad que permanecen sin atención, y para las personas, en su mayoría mujeres, cuyo hogar no es un refugio seguro sino el lugar de la inseguridad y el abuso doméstico.

Las restricciones también son particularmente problemáticas para las personas cuya libertad elemental de movimiento se había restringido mucho antes del brote de COVID-19, pero que necesitan desplazarse para encontrar seguridad. En ese sentido, los migrantes encarnan de la manera más dura las contradicciones y tensiones que rodean la libertad de movimiento y su negación hoy en día. No es sorprendente que en el clima actual, tiendan a convertirse en uno de los primeros objetivos de las medidas más restrictivas. Sin duda alguna, las poblaciones migrantes que se desplazaron, o que todavía tratan de desplazarse, a través de las fronteras sin autorización para escapar del peligro son objeto de medidas de confinamiento y disuasión que se legitiman con referencias a menudo espurias a la seguridad pública y la salud mundial¹⁶.

Junto con el virus, una política de miedo se extiende por todo el mundo y provoca medidas cada vez más restrictivas. Además de las consecuencias perjudiciales de la restricción de la libertad de circulación que ya experimentan los más vulnerables, la preocupación es que muchas de esas medidas seguirán socavando los derechos y las libertades incluso mucho después de que se haya detenido la pandemia¹⁷. Al respecto, como señala, Naomi Klein, "una doctrina de choque pandémico" puede permitir la promulgación de "todas las ideas más peligrosas que existen, desde la privatización de la seguridad social hasta el cierre de las fronteras o el enjaulamiento de más migrantes", estamos de acuerdo con ella en que "el final de esta historia aún no se ha escrito".

En ese sentido, es necesario realizar un llamado a la Corte Constitucional, para que ejerza un juicio efectivo de control frente a estas medidas, pues el cierre de fronteras más que un alivio, podría causar graves violaciones a los derechos humanos. Si bien el cierre de fronteras y la suspensión del ingreso al país de los extranjeros pueden prevenir el contagio del COVID-19, también lo es que extranjeros tienen los mismos derechos fundamentales y libertades civiles que los nacionales, aunque no hayan entrado al país, pues todos los países han ratificado los tratados internacionales de derechos humanos y en esa medida han adquirido responsabilidad ante el incumplimiento de tales tratados.

5. Petición

Con base en lo expuesto anteriormente, solicitamos a la Honorable Corte Constitucional declarar **exequible** el Decreto legislativo 439 de 2020.

De los señores Magistrados, atentamente,

Jorge Kenneth Burbano Villamarín

Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Calle 8 No. 5-80, Segundo Piso - Cel. 3153465150 - Correo: jkbv@hotmail.com

¹⁶ <https://www.opendemocracy.net/es/qu%C3%A9-pasa-con-la-libertad-de-movimiento-durante-el-covid-19/>

¹⁷ <https://www.opendemocracy.net/es/qu%C3%A9-pasa-con-la-libertad-de-movimiento-durante-el-covid-19/>



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá

Mary Luz Tobón

Mary Luz Tobón Tobón

Ph.D en Derecho Constitucional

Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Correo: maryltobon@gmail.com