

El estado de excepción de facto en Colombia

Por: Manuel Góngora Mera

Incluso contando las siete décadas de estado de sitio del siglo XX, las restricciones actuales a las libertades y derechos constitucionales son realmente singulares en la historia de Colombia, tanto por el alcance de las medidas como por su extensión temporal. Como constitucionalista e internacionalista, contemplo con preocupación las arbitrariedades y tendencias autoritarias que se han producido en las últimas semanas, sobre todo en los niveles subnacionales. Siguiendo el libreto clásico del caudillo populista, y aún con las mejores intenciones, varios alcaldes se han enfrascado en un círculo vicioso de medidas de zanahoria y garrote del cual les será muy difícil escapar. En ese marco han demostrado ser muy creativos combinando medidas restrictivas a las libertades de sus electores, incluyendo distintos “picos-” y toques de queda por varios días en el curso de una cuarentena de más de 50 días. Hoy parece que algunos han perdido el sentido de lo que es razonable y proporcional a la luz de la Constitución. Y esto es lo que me motiva a escribir este texto: alertar sobre los límites constitucionales de estas medidas, tanto en la forma como en el fondo.

Advierto que no quiero que mis críticas se malinterpreten y sean citadas por la extrema izquierda o la extrema derecha. No estoy sugiriendo que la pandemia no existe o que no hay razones para invocar un estado de emergencia sanitaria. El virus no es una gripita originaria de vampiros chinos; no hay una conspiración de Bill Gates para implantar microchips; y no creo que se pueda abrir abruptamente la economía y volver a la normalidad, como sugiere la secta trumpista. Hay que adoptar medidas restrictivas de libertades, pero mi punto es que tienen que ser razonables y proporcionales. Mi análisis está dirigido hacia la preservación del Estado de Derecho y la operación efectiva de frenos y contrapesos. Lo que quiero resaltar es que se deben evitar dos cosas: 1) la extrema concentración de poder en el ejecutivo, y 2) que medidas que pueden ser inicialmente idóneas y razonables se vuelvan arbitrarias por su extensión temporal o por su forma concreta de implementación.

Mi crítica central a la forma en que se están restringiendo las libertades en Colombia es que por mandato constitucional esto debería hacerse a través de normas con fuerza de ley. A esto se le llama principio de reserva legal: el legislador detenta en forma exclusiva y excluyente la competencia para limitar derechos y libertades públicas. La Corte Constitucional ha explicado en diversas sentencias (SU-257/1997, C-110/2000, C-511/2013) que las autoridades administrativas tienen un margen de actuación para ejercer un poder de policía subsidiario y fijar normas de conducta en el ámbito local para conjurar situaciones excepcionales, pero no pueden afectar el núcleo esencial de los derechos y tienen que contar con habilitación legislativa previa. A mediados de marzo el Ministerio de Salud

decretó emergencia sanitaria y el Presidente el estado de emergencia económica, generando la percepción pública de que las restricciones se estaban tomando bajo el ejercicio de facultades excepcionales del ejecutivo. Sin embargo, revisando la larga lista de decretos que se han expedido en el marco de la pandemia, concluyo que en realidad la mayoría de estas restricciones fueron aplicadas en el ejercicio de facultades ordinarias del Presidente como suprema autoridad administrativa y jefe de gobierno. Para ello se invocaron ante todo las facultades de policía (arts. 202-205 del ampliamente cuestionado Código Nacional de Policía) para controlar el orden público y epidemias.



En consecuencia, paralelamente al estado de emergencia proclamado, el gobierno está operando bajo un estado de excepción material o de facto. Sin el urgente control político de un Congreso que apenas se está empezando a reinstalar después de varios meses de inactividad. Y eludiendo el estricto control de constitucionalidad que opera sobre los decretos con fuerza de ley durante la emergencia, bajo una lógica de hechos consumados. Cuando la Corte Constitucional termine de revisar las decenas de decretos expedidos bajo los dos estados de emergencia proclamados, que son de control automático y prioritario, ya no podrá detener la aplicación de los decretos ordinarios que restringieron libertades y derechos durante el aislamiento preventivo obligatorio. Por el momento estos decretos están bajo control del Consejo de Estado, con lo cual medidas con contenido material de restricción de derechos fundamentales están temporalmente por fuera de la órbita del juez constitucional. Este punto ciego también opera para las instituciones del sistema interamericano de derechos humanos, ya que el Estado solo tiene el deber de reportar medidas extraordinarias.

Decretos con fuerza de ley bajo estado de emergencia económica (art. 215)	Decretos sin fuerza de ley por facultades ordinarias (art. 189,4) como suprema autoridad administrativa y jefe de gobierno	Resoluciones de MinSalud bajo emergencia sanitaria (Ley 1751/2015 Estatutaria en Salud y art. 69 Ley 1753/2015)
<ul style="list-style-type: none"> • Suspensión de ingreso a Colombia • Giros para el sistema de salud • Creación de fondo para atención de la emergencia • Prohibición del corte de servicios esenciales y reconexión de agua • Impuesto solidario • Disminución cotización pensiones • Medidas laborales • Subsidio por informalidad • Giros adicionales a beneficiarios de Familias + Jóvenes en Acción • Alivios financieros a deudores • Excarcelación de presos 	<ul style="list-style-type: none"> • Reglas de aislamiento y confinamiento extendidas continuamente hasta 30.05 • Cierre de fronteras • Otras restricciones de libertades de circulación, tránsito, reunión y manifestación, desarrolladas por gobernadores y alcaldes → uso de facultades de policía (arts. 202-205 Ley 1801/2016) para controlar orden público y epidemias 	<p>Facultades relativas a la contención del virus en emergencia sanitaria del 12.03-30.05.2020:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Suspensión eventos +500 pns • Cierre de bares y discotecas • Aislamiento personas mayores • Compra de insumos recursos PIC • Recursos para atención de mujeres víctimas de violencia • Líneas de crédito EPS • Protocolos de bioseguridad
Control de Corte Constitucional	Control del Consejo de Estado	Control del Consejo de Estado

Tabla: Clasificación de decretos y resoluciones expedidos en el marco de la pandemia

Para entender en detalle estas gráficas y tablas que clasifican las distintas medidas implementadas y las tres estrategias simultáneas aplicadas por el gobierno, sugiero que se consulte mi presentación del 14 de mayo en el evento organizado por la Universidad del Norte sobre el tema, disponible en este link: <https://www.youtube.com/watch?v=p-VnJ4pmLyl>

En cuanto a mis críticas de fondo, quiero empezar aclarando que reconozco el genuino esfuerzo que han realizado las autoridades nacionales, departamentales y municipales para contribuir a la contención de la pandemia y proteger vidas, así como las dificultades de tomar decisiones frente a un virus del que aún tenemos información científica muy precaria. También reconozco que el ejecutivo nacional hasta ahora no parece estar abusando del inmenso poder horizontal y vertical que ha concentrado durante las últimas semanas, aunque esta situación puede cambiar según los vaivenes de la opinión pública, que ya pide la militarización de barrios y otras medidas abiertamente incompatibles con estándares interamericanos y constitucionales. Con todo, mi tarea como académico no es la de servir en el comité de aplausos de los gobernantes. Los constitucionalistas tenemos la obligación de pronunciarnos en nombre de la preservación del Estado de Derecho cuando lo vemos en riesgo.

La Corte Constitucional ha sido clara en diversas sentencias al establecer que el poder de policía es una competencia jurídica asignada y no una potestad política discrecional. Decretos con fuerza de ley del Presidente en ejercicio del poder de policía de urgencia pueden restringir derechos temporalmente, pero no pueden ser tan minuciosos que hagan

imposible el ejercicio de las libertades. Esto es lo que está pasando con las decisiones de las autoridades administrativas a las que les corresponde implementar órdenes presidenciales a escala departamental y municipal. Voy a concentrarme en este tipo de medidas, que están un poco por fuera del foco de atención de los constitucionalistas, a pesar de que son precisamente en estos niveles en los que se observan más medidas arbitrarias y vulneradoras del principio de proporcionalidad. Viviendo en Barranquilla, he hecho seguimiento a las medidas de la alcaldía, pero mi reflexión se puede aplicar a muchos otros municipios.

Decreto	Idoneidad	Necesidad	Ponderación
373/16.03 Restricción de aglomeraciones, eventos y actividades comerciales	X	X	X
386/17.03 Prohibición de actividades en parques y plazas (distanciamiento social)	X	X	X
397/24.03 Cuarentena, con permisos razonables para circular	X	Orden presidencial	X
410/01.04 Pico y cédula, con salida día de por medio hasta el 13.04	X	NO	X
415/09.04 Pico y cédula, con salida 2 veces por semana hasta el 27.04	X	NO	X
427/25.04 Pico y cédula, con salida 2 veces por semana hasta el 11.05	X	NO	X
646/06.05 Pico y cédula, con salida cada dos semanas hasta el 25.05 + toque de queda	X	NO	NO

Tabla: Decretos restrictivos de la libertad de locomoción de la alcaldía de Barranquilla

Voy a ejemplificar mi punto con el Decreto 646/06.05, que estableció un “pico y cédula” con salida una vez cada dos semanas hasta el 25.05 y toque de queda por el fin de semana. Este decreto es claramente inconstitucional. La medida se justificó alegando que la indisciplina social estaba generando una subida acelerada de la curva de contagio. Los reportes de [movilidad de Google](#) muestran en cambio que el Atlántico ha sido uno de los departamentos del país que más ha cumplido con las restricciones. Por otro lado, agravar abruptamente las restricciones del pico y cédula en curso y mantener encerradas a las personas después de más un mes de cuarentena por dos semanas adicionales sin excepciones razonables de salida, es una medida abiertamente desproporcionada y contraproducente porque atenta contra núcleo esencial de la libertad de movimiento, el derecho a la salud física y mental y la dignidad humana.

Las supuestas excepciones de salida, como por ejemplo la hora para actividad física entre las 5-7 am. o la media hora para algunos menores de 18 años cada tres días tienen unas condiciones tan minuciosas que hacen impracticable el ejercicio del derecho. Y hay que enmarcarlas en el contexto actual de trastornos generalizados de sueño y amenazas del ICBF contra los padres que incumplan normas confusas y poco transparentes sobre los horarios autorizados. De este modo, el poder simbólico del derecho cumple efectivamente



+con su función de disimular el estado de excepción de facto que opera paralelamente al estado de emergencia proclamado.

La libertad de locomoción no es absoluta e incluso se puede limitar en estados de excepción a la luz del derecho internacional. Pero estas limitaciones no pueden conllevar a la supresión o el desvanecimiento del derecho fundamental, como reiteradamente lo ha señalado la Corte Constitucional. El Decreto 646 no restringía la libertad de locomoción; la hacía impracticable a través de limitaciones minuciosas que impedían su ejercicio en su sustrato mínimo e inviolable. El propio alcalde tuvo que dar marcha atrás el pasado martes, evitando acciones de tutela o responsabilidad administrativa. Pero la tentación autoritaria está ahí.

Estamos ante una crisis sanitaria imprevista y sobrevenida de alcance global. La reacción inicial de nuestras autoridades fue adecuada porque ante la incertidumbre el peor escenario era no tomar ninguna medida, como nos enseñan las doloras experiencias de Italia, España y Estados Unidos. Pero también tenemos que aceptar la realidad: estamos lidiando con un virus endémico. Lo más probable es que llegó para quedarse y que tendremos que aprender a convivir con él, como lo hacemos con miles de amenazas, desde la varicela hasta el VIH. La contención del coronavirus no puede ser el mecanismo a través del cual nos volvamos a habituar a modelos autoritarios de gobierno o a la excepcionalidad permanente; nuestra propia historia es lección suficiente. Si se van a limitar los derechos, que se haga como ordena la Constitución: en ejercicio pleno de las facultades legislativas del Congreso, a quien le corresponde elaborar un paquete de medidas de corto y largo plazo para lidiar con una crisis que nos tendrá ocupados incluso después de que hayan tratamientos y vacunas. Y que entre tanto los alcaldes y gobernadores se abstengan de actuar discrecionalmente como péndulos entre la arbitrariedad y la magnanimidad; que verifiquen que sus medidas sean razonables, proporcionales y orientadas por la evidencia científica y no por la fluctuante e ingrata opinión pública, que hoy los aclama por medidas autoritarias que en el futuro serán la razón misma de su desprecio.