

# COVID, excepcionalidad y emergencia.

## Una grieta de riesgo para los derechos y de elusión del control judicial

JUAN CARLOS OSPINA\*

### WORKINGPAPER 01

FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES



Las primeras medidas que adoptó el Gobierno nacional para atender la pandemia por COVID-19, en la cual se limitó totalmente la libertad de circulación, se basaron en facultades administrativas ordinarias relacionadas con el orden público. Esta situación reabrió preguntas constitucionales sobre los límites de dichas facultades, especialmente frente a la limitación o restricción de ciertos derechos y libertades, así como sobre el control judicial al que están sometidas.

Académicos y defensores de derechos humanos solicitamos<sup>1</sup> a la Corte Constitucional avocar conocimiento de oficio y realizar control constitucional a los decretos ordinarios<sup>2</sup> en los que se adoptaron medidas de “aislamiento obligatorio”<sup>3</sup>, por tener contenidos con fuerza de ley. La respuesta de la Corte, consignada en la Sentencia [C-145 de 2020](#), p. 129-130, fue que los decretos nacionales de “aislamiento obligatorio” eran objeto de control por parte del Consejo de Estado a través del control inmediato de legalidad y del medio de control de nulidad. Por esa razón, no adoptó un pronunciamiento de fondo sobre la materia de los decretos ni sobre los límites de las facultades utilizadas.

\* Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: [jc.ospinar1@uniandes.edu.co](mailto:jc.ospinar1@uniandes.edu.co)

1 “Solicitud a la Corte Constitucional”, Dejusticia, <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2020/04/Memorial-Corte-Constitucional.pdf>

2 Para entonces se habían expedido tres decretos (457, 531 y 536). Esto continuó hasta finales del 2020 cuando se dejaron de expedir decretos. Desde entonces se expiden circulares que son suscritas por los ministros de Salud e Interior, ordenando toques de queda, restricción de derechos y libertades, entre otras medidas.

3 Al inicio de la pandemia se utilizaron denominaciones como “aislamiento preventivo u obligatorio” y “cuarentena estricta”. En la actualidad se utiliza, sin eufemismos, la expresión *toque de queda*.

A pesar de esto, el control inmediato de legalidad del Consejo de Estado tampoco llegó. La razón es que los decretos de “aislamiento obligatorio” habían sido diseñados de tal manera que no desarrollaban decretos legislativos del estado de excepción, por lo que carecían del requisito esencial para activar el control judicial inmediato. Se creó entonces un nuevo tipo de instrumento en el ordenamiento jurídico mediante el cual se puede limitar y restringir derechos y libertades fundamentales sin controles judiciales automáticos o inmediatos. Así, con decretos ordinarios se puede hacer lo que extraordinariamente se permite, con límites claros, con leyes estatutarias o decretos legislativos derivados de un estado de excepción.

La grieta en el ordenamiento jurídico ahora visible, mediada por una decisión administrativa del Ministerio de Salud en la que se declara una emergencia sanitaria nacional, conlleva entonces a un control rogado sujeto al medio de control de nulidad<sup>4</sup>. Dicho medio a cargo del Consejo de Estado produce un déficit de control judicial por el paso del tiempo, dado que no se atiende en plazos razonables. Por ejemplo, en dos procesos en los que soy accionante, radicados en septiembre del 2018 y octubre del 2019, se tiene que la admisión del medio de control tomó en promedio diez meses y la decisión sobre la solicitud de la suspensión provisional —que define si cesan los efectos de la norma mientras se decide la demanda— tomó catorce meses en el primer caso y aún no se adopta en el segundo.

El escenario de elusión al control automático o inmediato planteado, frente a los decretos nacionales<sup>5</sup>, se puede graficar así:

<b>Tipos de decretos</b>	Decreto legislativo	Decreto ordinario que desarrolla un decreto legislativo	Decreto ordinario
<b>Tipos de Control</b>	Automático de constitucionalidad	Inmediato de legalidad	Rogado (medio de control de nulidad)
<b>Autoridad judicial</b>	Corte Constitucional	Consejo de Estado	Consejo de Estado

El gráfico permite observar el tránsito de control de los decretos de “aislamiento obligatorio”. De contenidos materiales de ley, dado que contienen regulaciones sobre derechos fundamentales como la libertad de circulación<sup>6</sup>, pasando por restricciones de derechos únicamente admisibles en estados de

- 4 Se trata del medio de control de nulidad simple pues la nulidad por inconstitucionalidad no es viable, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, porque dichos decretos tampoco reglamentan directamente la Constitución.
- 5 El control de normas similares a nivel territorial está a cargo de tribunales y jueces. Sin embargo, este control se enfrenta al mismo proceso de elusión y es tan fraccionado (por distrito judicial o entidad territorial) que no ha sido objeto de análisis.
- 6 Conforme al artículo 24 de la Constitución política, la libertad de circulación solo podrá tener las limitaciones que establezca la ley. Igualmente, conforme con el artículo 152 de la Constitución le corresponde al Congreso, a través de leyes estatutarias, regular los derechos fundamentales.

excepción<sup>7</sup>, con claras limitaciones, hasta llegar a normas ordinarias basadas en facultades de orden público que no tienen límites claros y solo controles rogados.

Así las cosas, dicho gráfico permite ilustrar la existencia de una grieta de elusión del control judicial, visible por la pandemia, que pone en riesgo los derechos y libertades. Además, presenta el centro de la crítica a la decisión de la Corte Constitucional en la Sentencia [C-145 de 2020](#): quedamos sujetos a un riesgo elevado de limitación y restricción de derechos y libertades, sin controles judiciales inmediatos y sin límites a las facultades ordinarias utilizadas.

Un ejemplo de tal riesgo es la reiteración de toques de queda en la mayoría de los municipios y departamentos del país como medida de atención y contención de la pandemia, incluso en lugares con bajos o nulos casos activos de contagio. Si las autoridades pueden ahora con facultades ordinarias lo que no se podía incluso en estados de excepción, estamos en el escenario del engaño por “necesidad”.

Günter Frankenberg<sup>8</sup> plantea, en un texto previo a la pandemia, que la excepción tiene el encanto de una experiencia límite, como las visiones apocalípticas que escapan a lo cotidiano. Por ello, la suspensión de la normalidad que trae la excepción se basa en la promesa de contención de la emergencia y, con la misma justificación, se asume la ilegalidad de las acciones como una necesidad.

Si la excepción es una sustituta de la normalidad y solo en esta es posible justificar medidas de limitación y restricción de derechos, como las que se han adoptado durante este último año, la nueva normalidad le quita la magia y el engaño a la promesa de excepción como justificación para las medidas. El demonio del COVID le quitó el misterio. Ahora se pueden limitar y restringir derechos y libertades sin acudir a la magia de la excepción.

## Referencias

Corte Constitucional, sentencia C-145 de 2020, M. P. José Fernando Reyes Cuartas.

Frankenberg, Günter. *Comparative constitutional studies. Between magic and deceit*. Cheltenham: Edward Elgar, 2018.

“Solicitud a la Corte Constitucional”. Dejusticia <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2020/04/Memorial-Corte-Constitucional.pdf>

7 Conforme con el numeral 2 del artículo 214 de la Constitución política, mediante los decretos legislativos de estado de excepción no pueden “suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales”, por lo que la ley estatutaria de estados de excepción (Ley 137 de 1994) estableció en su artículo 5 que: “Las limitaciones a los derechos no podrán ser tan gravosas que impliquen la negación de la dignidad humana, de la intimidad, de la libertad de asociación, del derecho al trabajo, del derecho a la educación de la libertad de expresión y de los demás derechos humanos y libertades fundamentales que no pueden ser suspendidos en ningún estado de excepción”.

8 Günter Frankenberg, *Comparative constitutional studies. Between magic and deceit* (Cheltenham: Edward Elgar, 2018), 261-291.



Universidad de  
los Andes

Facultad  
de Derecho

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación. Reconocimiento como Universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964. Reconocimiento personería jurídica: Resolución 28 del 23 de febrero de 1949, Minjusticia. Acreditación institucional de alta calidad 10 años: Resolución 582 del 9 de enero del 2015, Mineducación.

COMPARTE ESTE ARTÍCULO



## ARTÍCULOS RELACIONADOS

[Apuntes sobre la necesidad de crear una gramática propia para comprender el Estado de emergencia económica, social y ecológica](#)

**Yenny Andrea Celemín Caicedo**

[Municipios del Litoral Pacífico Colombiano y COVID-19: entre la constitución y el reglamento](#)

**Henrik López Sterup  
Patricia Moncada Roa**