



Revista Administración & Ciudadanía, EGAP

Vol. 15\_núm. 2\_2020 | pp. 511-528

Santiago de Compostela, 2020

<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4606>

© Hernán Alejandro Olano García

ISSN-L: 1887-0279 | ISSN: 1887-5270

Recibido: 18/10/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Legalidade e precedentes jurisprudenciais nacionais e interamericanos sobre coronavirus tipo COVID-19 en Colombia



## Legalidad y precedentes jurisprudenciales nacionales e interamericanos sobre coronavirus tipo COVID-19 en Colombia

## Legality and national and inter-American jurisprudential precedents on COVID-19 type coronavirus in Colombia

### HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA

Director del Grupo de Investigación en *Historia de las Instituciones y DDHH "Diego de Torres y Moyachoque, Cacique de Turmequé"*

Colegio Jurídico y de Ciencias Sociales

Institución Universitaria Colegios de Colombia - UNICOC

Investigador sénior ante Minciencias

<https://orcid.org/0000-0001-7662-4504>

[hernanolano@gmail.com](mailto:hernanolano@gmail.com)

[www.hernanolano.org.co](http://www.hernanolano.org.co)

**Resumo:** Ante a aparición en Colombia o 6 de marzo de 2020 do primeiro caso de enfermidade polo COVID-19 (coronavirus), as autoridades comezaron a desenvolver protocolos de continxencia de acordo coas tres fases desta pandemia, prevención, contención e mitigación, seguindo as recomendacións da Organización Mundial da Saúde (OMS), así como a remisión a normas legais e xurisprudenciais para o manexo da pandemia en Colombia.

**Palabras clave:** Pandemia, COVID-19, coronavirus, legalidade, sistema interamericano, Colombia.

**Resumen:** Ante la aparición en Colombia el 6 de marzo de 2020 del primer caso de enfermedad por el COVID-19 (coronavirus), las autoridades comenzaron a desarrollar protocolos de contingencia de acuerdo con las tres fases de esta pandemia, prevención, contención y mitigación, siguiendo las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS), así como la remisión a normas legales y jurisprudenciales para el manejo de la pandemia en Colombia.

**Palabras clave:** Pandemia, COVID-19, coronavirus, legalidad, sistema interamericano, Colombia.

**Abstract:** Given the appearance in Colombia on March 6, 2020 of the first case of COVID-19 disease (coronavirus), the authorities begin to develop contingency protocols in accordance with the three phases of this pandemic, prevention, containment and mitigation, following the recommendations of the World Health Organization (WHO), as well as the referral to legal and jurisprudential norms for the management of the pandemic in Colombia.

**Key words:** Pandemic, COVID-19, coronavirus, legality, inter-american system, Colombia.

**SUMARIO:** 1 Desarrollo. 2 Medidas económicas. 3 Precedente jurisprudencial. 4 La pandemia en el sistema interamericano. 5 Bibliografía.

## 1 DESARROLLO

Las implicaciones jurídicas del coronavirus llevaron, primero, a que el Ministerio de Salud y Protección Social dictara la Resolución 0380 del 10 de marzo, tomando en consideración el artículo 49 de la Constitución; los artículos 5 y 10 de la Ley 1751 de 2015 que regula el derecho fundamental a la salud; la Ley 9 de 1979 o Código Sanitario, que dicta medidas sanitarias, así como las disposiciones necesarias para asegurar la adecuada situación de higiene y seguridad en todas las actividades para asegurar su cumplimiento a través de las autoridades de salud; seguidos del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016 del Sector Salud y Protección Social, así como la Sentencia de 6 de abril de 2000, radicación número 5397 de la sección primera del Consejo de Estado, acerca de la posibilidad de adoptar medidas preventivas, sancionatorias y de seguridad cuando se presentan situaciones de vulnerabilidad con la transmisión de enfermedades.

En esa primera Resolución 0380 del 10 de marzo, se hizo un claro llamado a no desobedecer las recomendaciones del ministro de Salud y Protección Social, el cual, para el efecto, actúa en Colombia como autoridad de policía, dentro de lo que concierne a la policía administrativa, estableciendo como medida correctiva la aplicación del artículo 368 del Código Penal, que establece: “quien viole la medida sanitaria adoptada por la autoridad competente para impedir la introducción o propagación de una epidemia, incurrirá en prisión de cuatro a ocho años”, tipo penal que ha causado revuelo en este país, sumado a los comparendos a quienes no han observado la reclusión, así como ante la primera medida policiva que se estableció en Colombia, la obligatoria autorreclusión, a su costo y pecunio, durante 14 días, de toda persona que arribase a Colombia, proveniente de países como la República Popular China, Italia, Francia y España.

Por otro lado, en Bogotá, la alcaldesa, como primera autoridad de Policía del Distrito, pudiendo dictar los reglamentos, impartir las órdenes, adoptar las medidas y utilizar los medios de policía necesarios para mantener el orden público, así como para garantizar la seguridad, salubridad y tranquilidad ciudadanas, reguló inicialmente la alerta amarilla por el coronavirus, al tenor del Código Nacional de Policía y Convivencia, Ley 1801 de 2016 y del Acuerdo 079 de 2003 – Código de Policía de Bogotá, donde se le asignan deberes en el artículo 5, así como la observancia, según el título III, de comportamientos

que favorecen la salud pública de las personas, así como el título IV sobre la protección de la población vulnerable.

A nivel nacional, el presidente de la República, Iván Duque Márquez, lo primero que hizo fue anunciar medidas económicas para los sectores afectados por la pandemia del coronavirus, pero luego vendrían otras medidas más graves que, al tenor de la Constitución Política de Colombia, son alteraciones del orden que el Constituyente de 1991 encontró que debían ser conjuradas por medio del estado de emergencia (art. 215 superior), que regula tres tipos de estados de excepción: (i) guerra exterior; (ii) conmoción interior y (iii) emergencia en su orden: la económica, la social, la ecológica y la grave calamidad pública, en la cual se ajusta la pandemia y, al declararse dicho estado, las facultades del presidente serán excepcionales por un plazo calendario no superior a 90 días durante el año, no obstante que la situación indica que el virus permanecerá en el ambiente incluso por años.

Como es sabido, en Colombia, la autoridad competente para declarar y expedir los decretos de desarrollo del estado de emergencia económica, social y ecológica, o de grave calamidad pública, es el presidente de la República, con la firma de todos los ministros. En cuanto al ámbito temporal, el artículo 215 de la Constitución señala que la declaración del estado de emergencia es por periodos de hasta 30 días, en cada caso, que sumados no podrán exceder de 90 días en el año calendario. Y, respecto al ámbito territorial, la Corte ha utilizado de manera analógica la regla sobre su aplicación en todo el territorio o parte de él, pero en la pandemia las medidas incluso trascienden casi al ámbito internacional, puesto que se han cerrado fronteras terrestres, marítimas, fluviales y aéreas, para que con el encierro no se pueda meter el virus.

Así, los presupuestos para la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica, o de grave calamidad pública, establecidos en el artículo 215 constitucional, en concordancia con la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, que adelante citaré, son los siguientes: (i) El presupuesto fáctico alude a hechos sobrevinientes distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución, que alteren el orden económico, social y ecológico, o que constituyan grave calamidad pública. Además, deben ser de carácter extraordinario. (ii) El presupuesto valorativo 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. (iii) El juicio sobre la suficiencia de los medios ordinarios de que dispone el Estado para conjurar la perturbación o amenaza del orden económico, social y ecológico, o de grave calamidad pública.

Además de las normas constitucionales sobre los estados de excepción, Colombia tiene una Ley Estatutaria, la 137 de 1994, que regula dichas medidas, buscando la prevalencia de los tratados internacionales, los derechos intangibles, garantizando la prohibición de suspender los derechos (arts. 1 al 22); normas particulares para el estado de guerra exterior (arts. 22 al 33); disposiciones acerca del estado de conmoción interior (arts. 34 a 45); las propiamente aplicables en el estado de emergencia económica, social y

ecológica (arts. 46 a 50), así como el régimen procedimental y de aplicación del control constitucional por parte de la Corte Constitucional (arts. 51 a 58).

Como lo que se quiso normativamente es contrarrestar con el estado de excepción hechos que no haya sido posible prever y que el presidente no los pueda controlar en sus funciones ordinarias, las normas deben ser de inmediata y directa aplicación para calmar la emergencia, y no se puede aprovechar la ocasión para tramitar proyectos de ley de índole distinta ante el Congreso, o afectar los derechos fundamentales de la ciudadanía, tanto los constitucionales como los que integran el bloque de constitucionalidad y en lo que corresponde al principio de intangibilidad de los derechos.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-252 de 2010, ha expresado sobre ese particular y en un caso que analizó una declaratoria de emergencia según la cual:

«El principio de intangibilidad de derechos también se extiende a otros distintos a los consagrados en los artículos 27 de la Convención y 4.º del Pacto Internacional, lo cual se origina por tres vías:

- La primera, cuando el contenido de los derechos expresamente excluidos de restricción excepcional involucra no uno, sino un conjunto de prerrogativas que guardan relación entre sí, todas estas quedan cobijadas por la salvaguarda.

- La segunda, dada la prohibición que tienen los Estados de proferir medidas de excepción incompatibles con otras normas internacionales, se amplía también el número de derechos excluidos, a menos que en los instrumentos suscritos existan previsiones sobre su suspensión en los mismos términos de los artículos 27 de la Convención y 4.º del Pacto.

- Y la tercera, dada la vigencia de las garantías judiciales en los estados de excepción, ellas, en especial los recursos de amparo y de *habeas corpus*, también están excluidas de la restricción de su ejercicio. En torno a este punto, si bien la Convención Americana, al enumerar en el artículo 27 los derechos intangibles durante los estados de excepción, no hizo referencia expresa a los artículos 7.6 y 25.1, su ejercicio tampoco puede restringirse por tratarse de garantías judiciales indispensables para la efectiva protección de los derechos. Por último, es igualmente importante anotar cómo aquellas normas que tienen el carácter de imperativas en el derecho internacional, pese a no figurar entre los derechos y las garantías intangibles, tampoco pueden ser inobservadas en uso de las facultades derivadas del estado de excepción. Así ocurre con el respeto de la dignidad humana; la prohibición de la tortura, los tratos crueles y degradantes, el secuestro y la toma de rehenes y el respeto de las normas del derecho internacional humanitario».

El efecto principal de la declaratoria del estado de emergencia en Colombia consiste en que el presidente de la República pueda dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Cada decreto legislativo presidencial pasa por la revisión automática de exequibilidad (ajuste o no a la Constitución Política) a la Corte Constitucional, donde se recibe igualmente, de forma obligatoria concepto del procurador general de la nación y se otorga un plazo para las intervenciones de los ciudadanos, para que así lo establecido por el jefe del Estado en

sus normas no atente contra la Carta Política, sean oportunas con la situación y no se vulneren los derechos.

Y es que de la Carta Política de 1991 se infiere la competencia de la Corte Constitucional para realizar el control de constitucionalidad, tanto formal como material, tanto de los decretos legislativos declaratorios de los estados de excepción como de los decretos legislativos de desarrollo. Tal competencia es corroborada además por las deliberaciones a que hubo lugar en la Asamblea Nacional Constituyente; por el modelo del derecho constitucional de excepción por el que optó el Constituyente de 1991; por la regulación que aquel hizo de la naturaleza, límites y sistema de control del estado de conmoción interior; por la naturaleza jurídica del decreto declaratorio de tal estado de excepción y por la concepción actual de la jurisdicción constitucional y de su función.

En este tipo de decretos, se pueden decretar nuevos tributos o modificar los actuales, solo de forma transitoria, para ayudar en el saneamiento económico, aliviar las cargas de las pequeñas, medianas y grandes empresas, así como de las deudas de los colombianos. En estos últimos casos, las medidas dejan de regir al término de la siguiente vigencia fiscal (que en Colombia coincide con el calendario gregoriano), salvo que el Congreso de la República (Senado de la República y Cámara de representantes en conjunto), durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente a esas disposiciones si lo considera justo y necesario para el país.

La declaratoria de emergencia se dio, puesto que el presidente de la República consideró que las autoridades estatales no contaban con las atribuciones suficientes para hacer frente a las circunstancias imprevistas y detonantes de la crisis económica y social generada por la pandemia del nuevo coronavirus COVID-19.

No es de poca monta el coronavirus tipo COVID-19 y deben observarse obligatoriamente las disposiciones de los decretos legislativos, casi 80 en un mes, junto con las disposiciones del Reglamento Sanitario Internacional, así como las de la Organización Mundial de la Salud, que hacen parte de nuestro *soft law* e integran con tal categoría nuestro bloque de constitucionalidad.

Las primeras medidas del Gobierno nacional fueron, lógicamente, las restrictivas, o de cuarentena, luego que la alcaldesa de Bogotá y otros alcaldes y gobernadores sugirieran una reclusión pedagógica voluntaria del 19 al 23 de marzo; sin embargo, el jefe del Estado, en esa condición superior, anunció el 17 de marzo la declaratoria del estado de emergencia económica y social, mediante el Decreto 417, por el término de 30 días calendario y una cuarentena, inicialmente de las cero horas (00:00 a.m.) del 25 de marzo (el 24 fue un día de transición entre la jornada pedagógica local y la cuarentena nacional) hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 13 de abril; luego, con ese rango, del 13 de abril al 27 de abril y, ante la gravedad de las circunstancias, del día 27 de abril hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 11 de mayo, manifestando el presidente las medidas de “distanciamiento social”, por las que reuniones de más de veinte personas, una vez termine la cuarentena, no podrán celebrarse en el país, por lo menos hasta que termine el año

2020, incluidos partidos de fútbol, espectáculos artísticos, manifestaciones populares o el ejercicio de la libertad de cultos.

## 2 MEDIDAS ECONÓMICAS

El presidente de la República de Colombia, abogado Iván Duque Márquez, anunció a diario, con un programa institucional de televisión, las medidas económicas, sanitarias y sociales para enfrentar la pandemia del coronavirus (COVID-19) en el país, que resumimos en algunas como las siguientes:

- Adopción de medidas extraordinarias que permitan descapitalizar entidades financieras con participación accionaria estatal.

- Adoptar las acciones necesarias para garantizar el permanente funcionamiento del sistema de abastecimiento y seguridad alimentaria en todo el territorio nacional.

- Adopción de líneas especiales de crédito por parte de la Comisión Nacional de Crédito Agropecuario para los productores agropecuarios afectados por las causas que originaron la declaratoria de emergencia económica; podrán cubrir los costos y gastos financieros asociados a las operaciones de crédito agropecuario.

- Adopción de medidas laborales encaminadas a promover la conservación del empleo y brindar alternativas a trabajadores y empleadores dentro de la emergencia económica, aplicables a “empleadores y trabajadores, pensionados connacionales fuera del país, Administradoras de Riesgos Laborales (ARL) de orden privado, Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías de carácter privado que administren cesantías y Cajas de Compensación Familiar”.

- Ampliación de los plazos para prorrogar las concesiones portuarias, y los puertos privados pueden habilitarse para recibir carga que tenga como propósito “garantizar el abastecimiento de bienes de primera necesidad a las poblaciones que se encuentren dentro del área de la zona portuaria correspondiente, independientemente del tipo de carga autorizada”.

- Análisis de todas las medidas tributarias a las que haya lugar.

- Autorizaciones logísticas: “Durante el estado de emergencia económica, social y ecológica, las empresas que prestan servicios de comercio electrónico, envíos y los operadores logísticos deberán dar prioridad al envío de productos y servicios solicitados en línea que sean de alimentación, de bebidas, de productos y bienes de primera necesidad, de productos farmacéuticos y médicos, ópticas, de productos ortopédicos, de productos de aseo e higiene, de alimentos y medicinas para mascotas, y de terminales que permitan el acceso a las telecomunicaciones (teléfonos, computadores, tabletas, televisores)”.

- Buscar los mecanismos legales para facilitar y agilizar los procesos de reorganización e insolvencia empresarial.

- Creación de patrimonio autónomo para atender efectos generados por la pandemia.

- Declaratoria como servicios públicos esenciales los de telecomunicaciones, incluidos los servicios de radiodifusión sonora, los de televisión y los servicios postales. Por tanto,

no se suspenderá su prestación durante el estado de emergencia. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones y postales no podrán suspender las labores de instalación, mantenimiento y adecuación de las redes requeridas para la operación del servicio.

- Disponer de los recursos que se encuentren a cargo de la nación y de las entidades territoriales.

- El Gobierno nacional ofrecerá garantías, a través del Fondo Nacional de Garantías, para que las pequeñas y medianas empresas tengan facilidad de acceso a distintas líneas de créditos con el sistema financiero.

- Expedir normas de orden legal que flexibilicen la obligación de atención personalizada al usuario y que permitan incluso la suspensión de términos legales en las actuaciones administrativas y jurisdiccionales.

- Facultades a los gobernadores y alcaldes para que reorienten las rentas de destinación específica de sus entidades territoriales con el fin de llevar a cabo las acciones necesarias para hacer frente a las causas que motivaron la declaratoria del estado de emergencia, sin necesidad de autorización previa de asambleas o concejos. Igualmente, podrán adicionar, modificar o hacer traslados y operaciones presupuestales con ese fin. También se les faculta para reducir las tarifas de los impuestos territoriales. Estas facultades solo se otorgan para el término de duración de la emergencia sanitaria.

- Flexibilización del régimen laboral en cuanto a los requisitos de los trabajadores a contratar.

- Fortalecimiento del Fondo Nacional de Garantías (FNG).

- Garantizar el servicio de transporte de carga en el territorio nacional, que sea estrictamente necesario para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria.

- Habilitar actuaciones judiciales y administrativas mediante la utilización de medios tecnológicos.

- Implementar medidas de importación y comercialización de combustibles con el fin de no afectar el abastecimiento.

- Liberalidad para disponer de las cesantías por retiro del empleo, aun trabajando: “El trabajador que haya presentado una disminución de su ingreso mensual, certificada por su empleador, podrá retirar cada mes de su cuenta de cesantías el monto que le permita compensar dicha reducción, con el fin de mantener su ingreso constante. Esta disposición se aplica únicamente para retiros de los fondos administrados por Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías de carácter privado”.

- Modificar disposiciones normativas del Sistema General de Regalías.

- Permitir que el Gobierno nacional acuda al procedimiento de contratación directa siguiendo los principios de transparencia y legalidad para que las entidades competentes de los sectores de salud, prosperidad social, educación, defensa y todos aquellos sectores que requieran para prestar atención a la población afectada adquieran el suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro.

- Programa de devolución del IVA para la población más vulnerable del país.

- Proveer los recursos para el sistema de salud, de manera que pueda atender los requerimientos en materia hospitalaria, tras la emergencia provocada por el coronavirus (COVID-19). Con estos recursos y la simplificación de trámites, se acelerará la implementación del programa de Punto Final del Acuerdo de Paz.

- Reconexión del servicio de acueducto a cerca de un millón de personas (200.000 familias) que lo tienen suspendido por falta de pago.

- Reducción y optimización del capital de las entidades financieras con participación accionaria estatal.

- Se podrá solicitar un alivio consistente en un aplazamiento del pago de las cuotas de créditos hipotecarios, de consumo, tarjeta de crédito, crédito de vehículo y comerciales.

- Simplificar el proceso administrativo sancionatorio contenido en la Ley 9 de 1979 y en la Ley 1437 de 2011, garantizando el debido proceso y el derecho a la defensa.

- Suspensión del cobro de peajes a vehículos que transiten por el territorio nacional, con los cuales se realicen las actividades de que trata el Decreto 457 de 22 de marzo de 2020, tales como servicios de salud, transporte de bienes de salud, de primera necesidad y de consumo ordinario de la población; transporte aéreo en los casos autorizados, puertos de carga, entre otros.

- Suspensión de contraprestaciones aeroportuarias, de arrendamientos de espacios en aeropuertos, de cobros por infraestructura aeroportuaria; igualmente, se dispone que, “en los eventos en que las aerolíneas reciban solicitudes de retracto, desistimiento y otras circunstancias relacionadas con la solicitud de reembolso, podrán realizar, durante el periodo que dure la emergencia y hasta por un año más, reembolsos a los usuarios en servicios prestados por la misma aerolínea”.

- Y un largo etcétera.

### 3 PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Mientras la Corte Constitucional de Colombia se pronuncia acerca de los decretos expedidos en desarrollo del estado de emergencia por la pandemia, debemos retrotraernos a los precedentes más próximos, ya con una década de antigüedad, con el anterior estado de emergencia por situaciones de salud, que llevó a ese cuerpo constitucional a expresarse en la Sentencia C-252 de 2010, en la cual se estableció que, en casos como este, deben valorarse los hechos sobrevinientes y extraordinarios (presupuesto fáctico), porque cuando la situación reviste gravedad resulta inminente (presupuesto valorativo) reconocer el ejercicio de las funciones del Gobierno, que habitualmente, en situaciones de normalidad, dispone de medios ordinarios para enfrentar la problemática que se expone en una declaratoria que busque proteger el derecho a la salud (juicio de suficiencia).

La Corte, en ese citado fallo, definió el “orden público”, fundamento de las medidas que se han tomado, que no se desprenden de un hecho interno, sino que corresponden a una afectación mundial; por tanto, vale la pena mencionar que “orden público”, para el alto Tribunal Constitucional colombiano, “se trata de un suceso del mundo fenomenológico,

de un punto de partida empírico que parte de la ocurrencia de hechos concretos, perceptibles y, en consecuencia, verificables, que objetivamente generan una alteración de las condiciones de seguridad y tranquilidad requeridas para el ejercicio de los derechos”. Nada más claro que esa definición para ajustarla a la pandemia del COVID-19 y verificar que las normas expedidas no tienen un sesgo político, sino que tienen que ver con ese citado “orden público”, para procurar la vida e integridad de las personas.

Además, en el citado fallo, la Corte sostiene que “los estados de excepción no excepcionan la Constitución y no son ni pueden ser un Estado *de facto*. Si bien la Carta Política le confiere al presidente de la República poderes extraordinarios, estos no revisten un grado absoluto, al encontrarse limitados por diversos tipos de controles que buscan impedir los excesos y a la vez garantizar los principios fundamentales que soportan el Estado de derecho”.

Así mismo, merece la pena mencionar el desarrollo del denominado “principio democrático”, que rige las normas expedidas en el estado de excepción:

«La Corte ha denotado la importancia que reviste el principio democrático al señalar que constituye un valor fundante y fin esencial, el principio de mayor trascendencia institucional, la directriz que rige el ordenamiento en su conjunto y la columna vertebral de la Constitución por cuanto garantiza y asegura que los individuos y ciudadanos puedan participar de manera permanente en los procesos decisorios y de poder político y social que repercutirán de manera significativa en el rumbo de la vida institucional, el desarrollo personal y la propia comunidad».

En consecuencia, el principio democrático es universal y expansivo, que explica esa Corporación así:

«Es universal, en la medida que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social. Y es expansivo por cuanto su dinámica, lejos de ignorar el conflicto social, lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción».

La Corte analizó y sirven como criterios para el análisis que, con ocasión de la norma de declaratoria de la pandemia como amenaza y sus decretos complementarios, establecen los requisitos formales que deben cumplir los decretos legislativos que se expidan en virtud del estado de emergencia:

«i) la firma por el presidente de la República y todos sus ministros; ii) los motivos que condujeron a su expedición; y iii) la indicación del ámbito temporal y territorial de la declaratoria. Para el caso de los decretos de desarrollo se examina, además, si se dictaron dentro del límite temporal previsto.

### *Estado de emergencia – Requisitos materiales*

La declaratoria del estado de emergencia debe fundamentarse sustancialmente en los presupuestos establecidos por el artículo 215 de la Constitución, esto es: i) la ocurrencia de hechos sobrevinientes que perturben o amenacen perturbar el orden económico, social y ecológico, o que constituyan grave calamidad pública; ii) la explicación de por qué la perturbación o la amenaza de perturbación al orden económico, social y ecológico es grave e inminente, o los hechos constituyen una grave calamidad pública; y iii) la indicación de las razones por las cuales la perturbación o amenaza de perturbación grave e inminente de orden económico, social y ecológico, o que constituya grave calamidad pública, no puede ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales.

### *Estados de excepción – Prohibición de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales*

Dentro de los controles al ejercicio de las facultades extraordinarias que ejerza el Ejecutivo, el artículo 5.º de la Ley estatutaria de los estados de excepción establece la prohibición de suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales, lo cual encuentra correspondencia con el artículo 214-2 de la Constitución, al señalar que no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales (arts. 212 y 213 C.P.). Los derechos humanos y las libertades fundamentales cuya suspensión se prohíbe en los estados de excepción comprenden los establecidos en la Constitución Política y los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad (art. 93 superior). Si bien los derechos humanos y las libertades fundamentales no pueden ser suspendidos bajo los estados de excepción, algunos de ellos pueden ser restringidos en la medida en que satisfagan los requerimientos esenciales previstos en la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la Ley estatutaria de los estados de excepción – LEEE».

Por tanto, entre las reglas que delimitan la restricción de los derechos y libertades pueden señalarse, de acuerdo con la jurisprudencia citada:

«i) la limitación debe ser necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción (art. 6, LEEE); ii) no se podrá afectar el núcleo esencial y se debe establecer garantías y controles para su ejercicio (arts. 6 y 7, LEEE); iii) debe justificarse expresamente la restricción de los derechos a efectos de demostrar la relación de conexidad con las causas de la perturbación y los motivos por los cuales se hace necesaria (art. 8, LEEE); y iv) la restricción de los derechos y libertades solo se hará en el grado estrictamente necesario para buscar el retorno a la normalidad (art. 13, LEEE)».

Quedan claras las normas a seguir, pues, según nuestra Carta Política, no se permite desmejorar, mediante los decretos legislativos dictados con fundamento en el estado de emergencia económica, social y ecológica, los derechos fundamentales, ni los sociales que el Estatuto confiere a los asociados.

## 4 LA PANDEMIA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con el apoyo de sus Relatorías Especiales sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales y sobre Libertad de Expresión, en ejercicio de su mandato, adoptó la Resolución 01/2020, de 10 de abril de 2020, denominada “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, con estándares y recomendaciones bajo la convicción de que las medidas adoptadas por los Estados en la atención y contención de la pandemia deben tener como centro el pleno respeto de los derechos humanos.

En ejercicio de las funciones que le son conferidas por el artículo 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en aplicación del artículo 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 18.b de su Estatuto, la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos formuló 85 recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros, en relación con generalidades; estados de excepción, restricciones a las libertades fundamentales y Estado de derecho; grupos en especial situación de vulnerabilidad; personas mayores; personas privadas de libertad; mujeres; pueblos indígenas; personas migrantes, solicitantes de asilo, personas refugiadas, apátridas, víctimas de trata de personas y personas desplazadas internas; niños, niñas y adolescentes; personas LGBTI; personas afrodescendientes; personas con discapacidad; derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y cooperación internacional e intercambio de buenas prácticas, por cuanto la pandemia tiene efectos diferenciados en los grupos que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad.

Las medidas de restricción de derechos humanos que se adoptaron para enfrentar la pandemia tenían que cumplir con ciertos requisitos, como ser temporales, estrictamente necesarias y proporcionales.

En relación con los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, que es lo que nos reúne, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció en los numerales 4 al 19 de la citada Resolución 01/2020 lo siguiente:

«4. Garantizar que las medidas adoptadas para enfrentar las pandemias y sus consecuencias incorporen de manera prioritaria el contenido del derecho humano a la salud y sus determinantes básicos y sociales, los cuales se relacionan con el contenido de otros derechos humanos, como la vida e integridad personal y de otros DESCAs, tales como acceso a agua potable, acceso a alimentación nutritiva, acceso a medios de limpieza, vivienda adecuada, cooperación comunitaria, soporte en salud mental, e integración de servicios públicos de salud, así como respuestas para la prevención y atención de las violencias, asegurando efectiva protección social, incluyendo, entre otros, el otorgamiento de subsidios, rentas básicas u otras medidas de apoyo económico.

5. Proteger los derechos humanos, y particularmente los DESCAs, de las personas trabajadoras en mayor situación de riesgo por la pandemia y sus consecuencias. Es importante tomar medidas que velen por asegurar ingresos económicos y medios de subsistencia de todas las personas trabajadoras, de manera que tengan igualdad de

condiciones para cumplir las medidas de contención y protección durante la pandemia, así como condiciones de acceso a la alimentación y otros derechos esenciales. Las personas que hayan de proseguir realizando sus actividades laborales deben ser protegidas de los riesgos de contagio del virus y, en general, se debe dar adecuada protección a los trabajos, salarios, la libertad sindical y negociación colectiva, pensiones y demás derechos sociales interrelacionados con el ámbito laboral y sindical.

6. Asegurar el diseño de un plan de actuación que guíe los procedimientos adecuados para la prevención, detección, tratamiento, control y seguimiento de la pandemia con base en la mejor evidencia científica y el derecho humano a la salud. Estos procedimientos deben ser transparentes, independientes, participativos, claros e inclusivos.

7. Instrumentar espacios oportunos de participación social para la evaluación de los impactos y resultados de las medidas adoptadas, que permitan gestionar los ajustes necesarios desde un enfoque de derechos humanos. Asimismo, establecer espacios de diálogo nacionales con participación de personas expertas independientes, las instituciones nacionales de derechos humanos y el sector privado.

8. Velar por una distribución y acceso equitativos a las instalaciones, bienes y servicios de salud sin discriminación alguna, sean públicos o privados, asegurando la atención de las personas con COVID-19 y los grupos desproporcionalmente afectados por la pandemia, así como personas con enfermedades preexistentes que las hacen especialmente vulnerables al virus. La escasez de recursos no justifica actos de discriminación directos, indirectos, múltiples o interseccionales.

9. Asegurar el acceso a medicamentos y tecnologías sanitarias necesarias para enfrentar los contextos de pandemia, particularmente poniendo atención al uso de estrategias como la aplicación de cláusulas de flexibilidad o excepción en esquemas de propiedad intelectual, que eviten restricciones a medicamentos genéricos, precios excesivos de medicamentos y vacunas, abuso de uso de patentes o protección exclusiva a los datos de prueba.

10. Asegurar la disponibilidad y provisión oportuna de cantidades suficientes de material de bioseguridad, insumos y suplementos médicos esenciales de uso del personal de salud, fortalecer su capacitación técnica y profesional para el manejo de pandemias y crisis infecciosas, garantizar la protección de sus derechos, así como la disposición de recursos específicos mínimos destinados a enfrentar este tipo de situaciones de emergencia sanitaria.

11. Mejorar la disponibilidad, accesibilidad y calidad de los servicios de salud mental sin discriminación ante los efectos de los contextos de pandemia y sus consecuencias, lo que incluye la distribución equitativa de tales servicios y bienes en la comunidad, particularmente de las poblaciones que se ven más expuestas o en mayor riesgo a verse afectadas, tales como personas profesionales de salud, personas mayores o personas con condiciones médicas que requieren atención específica de su salud mental.

12. Garantizar el consentimiento previo e informado de todas las personas en su tratamiento de salud en el contexto de las pandemias, así como la privacidad y protección

de sus datos personales, asegurando un trato digno y humanizado a las personas portadoras o en tratamiento por COVID-19. Está prohibido someter a las personas a pruebas médicas o científicas experimentales sin su libre consentimiento.

13. Disponer y movilizar el máximo de los recursos disponibles, incluyendo acciones de búsqueda permanente de dichos recursos a nivel nacional y multilateral, para hacer efectivo el derecho a la salud y otros DESCAs con objeto de prevenir y mitigar los efectos de la pandemia sobre los derechos humanos, incluso tomando medidas de política fiscal que permitan una redistribución equitativa, incluyendo el diseño de planes y compromisos concretos para aumentar sustantivamente el presupuesto público para garantizar el derecho a la salud.

14. Asegurar que, en los casos excepcionales en que fuera inevitable adoptar medidas que limiten algún DESCa, los Estados deben velar por que tales medidas estén plena y estrictamente justificadas, sean necesarias y proporcionales, teniendo en cuenta todos los derechos en juego y la correcta utilización de los máximos recursos disponibles.

15. Integrar medidas de mitigación y atención enfocadas específicamente en la protección y garantía de los DESCAs dados los graves impactos directos e indirectos que contextos de pandemia y crisis sanitarias infecciosas les pueden generar. Las medidas económicas, políticas o de cualquier índole que sean adoptadas no deben acentuar las desigualdades existentes en la sociedad.

16. Asegurar la existencia de mecanismos de rendición de cuentas y acceso a la justicia ante posibles violaciones de los derechos humanos, incluidos los DESCAs, en el contexto de las pandemias y sus consecuencias, incluyendo abusos por parte de actores privados y actos de corrupción o captura del Estado en perjuicio de los derechos humanos.

17. Asegurar que las instituciones multilaterales de financiamiento e inversión en las que los Estados hacen parte implementen garantías específicas para proteger los derechos humanos en sus procesos de evaluación de riesgo y sistemas de operación relativos a proyectos de inversión o préstamos monetarios que se den en el contexto de respuesta a la pandemia y sus consecuencias sobre los derechos humanos, en particular de los DESCAs.

18. Suspender o aliviar la deuda externa y las sanciones económicas internacionales que pueden amenazar, debilitar o impedir las respuestas de los Estados para proteger los derechos humanos frente a contextos de pandemia y sus consecuencias. Ello a fin de facilitar la adquisición oportuna de insumos y equipo médico esencial y permitir el gasto público de emergencia prioritario en otros DESCAs, sin poner en mayor riesgo todos los derechos humanos y los esfuerzos avanzados por otros Estados en esta coyuntura, dada la naturaleza transnacional de la pandemia.

19. Exigir y vigilar que las empresas respeten los derechos humanos, adopten procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos y rindan cuentas ante posibles abusos e impactos negativos sobre los derechos humanos, particularmente por los efectos que los contextos de pandemia y crisis sanitarias infecciosas suelen generar sobre los DESCAs de las poblaciones y grupos en mayor situación de vulnerabilidad

y, en general, sobre las personas que trabajan, las personas con condiciones médicas sensibles y las comunidades locales. Las empresas tienen un rol clave que desempeñar en estos contextos y su conducta debe guiarse por los principios y reglas de derechos humanos aplicables».

Vale la pena indicar que estas medidas recomendadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, si bien no son obligantes, hacen parte de nuestro *soft law*, entendido como tal *soft law* el término acuñado por Lord McNair y conocido como “derecho suave”, por el que yo entiendo y defino el numeroso conjunto de instrumentos, resoluciones o recomendaciones, códigos de conducta, declaraciones, catálogos o lineamientos no obligatorios o no vinculantes de diferentes organismos internacionales.

En otro nivel del Sistema Interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como órgano de protección de los derechos humanos, consciente de los problemas y desafíos extraordinarios que los Estados americanos, la sociedad en su conjunto, y cada persona y familia están afrontando como consecuencia de la pandemia global causada por el coronavirus COVID-19, emitió una declaración el 9 de abril de 2020, con el fin de instar a que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos realizaron para abordar y contener la pandemia del coronavirus, en el marco del Estado de derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de ese tribunal.

El diálogo jurisprudencial de la CIDH con los jueces de los Estados parte resalta la importancia que para las obligaciones internacionales de los Estados posee el control de convencionalidad. Incluso las constituciones nacionales son susceptibles del control de convencionalidad, pues al referirse la CIDH a las “leyes internas” se aplicarían también esas decisiones sobre la propia Norma de Normas, como lo indicó en la Opinión Consultiva O.C.-4/84 de 11 de enero de 1984.

Algo importante para tener en cuenta es que en Colombia se ha hablado de un estado de cosas inconstitucional y, de esa forma, la Corte ha mencionado los siguientes parámetros como determinantes de la procedencia de un estado de cosas inconstitucional:

- 1) La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas.

- 2) La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar estos derechos.

- 3) La adopción de prácticas inconstitucionales, como la exigencia de incorporar la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado.

- 4) La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.

- 5) La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, para la adopción mancomunada de un conjunto de medidas

multisectoriales que [...] exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante.

6) Si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

La presidenta de la Corte Interamericana, la jueza Elizabeth Odio Benito, ha señalado que esta declaración tiene por objeto que “los Estados tengan presente y no olviden sus obligaciones internacionales y la jurisprudencia de la Corte para asegurar la efectiva vigencia y protección de los derechos humanos en la respuesta y contención ante la pandemia”.

En particular, la Corte Interamericana consideró en esa declaración que:

«- Los problemas y desafíos extraordinarios que ocasiona la presente pandemia deben ser abordados a través del diálogo y la cooperación internacional y regional conjunta, solidaria y transparente entre todos los Estados. El multilateralismo es esencial para coordinar los esfuerzos regionales para contener la pandemia.

- Los organismos multilaterales, cualquiera que sea su naturaleza, deben ayudar y cooperar de manera conjunta con los Estados, bajo un enfoque de derechos humanos, para buscar soluciones a los problemas y desafíos presentes y futuros que está ocasionando y ocasionará la presente pandemia.

- Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos.

- Debe cuidarse que el uso de la fuerza para implementar las medidas de contención por parte de los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley se ajuste a los principios de absoluta necesidad, proporcionalidad y precaución de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

- Dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, las personas LGBTI, las mujeres embarazadas o en período de post parto, las comunidades indígenas, las personas afrodescendientes, las personas que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, las personas en situación de pobreza, y el personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia.

- En estos momentos, especial énfasis adquiere garantizar de manera oportuna y apropiada los derechos a la vida y a la salud de todas las personas bajo la jurisdicción

del Estado sin discriminación alguna, incluyendo a los adultos mayores, las personas migrantes, refugiadas y apátridas, y los miembros de las comunidades indígenas.

- El derecho a la salud debe garantizarse respetando la dignidad humana y observando los principios fundamentales de la bioética, de conformidad con los estándares interamericanos en cuanto a su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, adecuados a las circunstancias generadas por esta pandemia. Por lo señalado, las trabajadoras y trabajadores de la salud deberán ser proveídos de los insumos, equipos, materiales e instrumentos que protejan su integridad, vida y salud, y que les permitan desempeñar su labor en términos razonables de seguridad y calidad.

- Ante las medidas de aislamiento social que pueden redundar en el aumento exponencial de la violencia contra las mujeres y niñas en sus hogares, es preciso recalcar el deber estatal de debida diligencia estricta respecto al derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, por lo que deben adoptarse todas las acciones necesarias para prevenir casos de violencia de género y sexual; disponer de mecanismos seguros de denuncia directa e inmediata, y reforzar la atención para las víctimas.

- Dado el alto impacto que el COVID-19 pueda tener respecto a las personas privadas de libertad en las prisiones y otros centros de detención y en atención a la posición especial de garante del Estado, se torna necesario reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad.

- Se debe velar por que se preserven las fuentes de trabajo y se respeten los derechos laborales de todos los trabajadores y trabajadoras. Asimismo, se deben adoptar e impulsar medidas para mitigar el posible impacto sobre las fuentes de trabajo e ingresos de todos los trabajadores y trabajadoras y asegurar el ingreso necesario para la subsistencia en condiciones de dignidad humana. En razón de las medidas de aislamiento social y el impacto que esto genera en las economías personales y familiares, se deben procurar mecanismos para atender la provisión básica de alimentos y medicamentos y otras necesidades elementales a quienes no puedan ejercer sus actividades normales, como también a la población en situación de calle.

- El acceso a la información veraz y fiable, así como a internet, es esencial. Deben disponerse las medidas adecuadas para que el uso de tecnología de vigilancia para monitorear y rastrear la propagación del coronavirus COVID-19 sea limitado y proporcional a las necesidades sanitarias y no implique una injerencia desmedida y lesiva para la privacidad, la protección de datos personales, y a la observancia del principio general de no discriminación.

- Es indispensable que se garantice el acceso a la justicia y a los mecanismos de denuncia, así como que se proteja particularmente la actividad de las y los periodistas y las defensoras y defensores de derechos humanos, a fin de monitorear todas aquellas medidas que se adopten y que conlleven afectación o restricción de derechos humanos, con el objeto de ir evaluando su conformidad con los instrumentos y estándares interamericanos, así como sus consecuencias en las personas.

– Resulta pertinente poner en alerta a los órganos o dependencias competentes para combatir la xenofobia, el racismo y cualquier otra forma de discriminación, para que extremen el cuidado a efectos de que, durante la pandemia, nadie promueva brotes de esta naturaleza con noticias falsas o incitaciones a la violencia».

La CIDH y la Corte IDH coinciden en el impacto que tiene el COVID-19 sobre los derechos económicos, sociales y culturales (DESCA). En esa línea, señalan particularmente que el derecho a la salud es el principal componente a ser garantizado, y que se deben asegurar medidas de protección para evitar que el personal de salud se contagie de coronavirus.

En cuanto a los derechos vinculados al trabajo, se buscó, por una parte, proteger los ingresos económicos de las personas, y por otra, evitar y minimizar los riesgos de contagio entre los trabajadores que continuasen desempeñando labores. La CIDH resaltó la importancia de la protección salarial durante la pandemia, pero es una situación poco garantizada por los empleadores de los Estados parte.

Y, acerca del derecho a la salud, vale la pena indicar que, como derecho fundamental, consagrado como tal en el Bloque de Constitucionalidad colombiano (PIDESC), es autónomo y como tal ha sido reconocido en la jurisprudencia constitucional colombiana sin necesidad de acudir a la conexidad con otros derechos, pero principalmente sin acudir a la conexidad con el derecho a la vida. Se entiende por autónomo aquel derecho social acerca del cual existen razones válidas que lo hacen fundamental, sin acudir a las que sustentan la existencia de otros derechos fundamentales liberales o incluso sociales. Dada la situación de desconocimiento del carácter fundamental de la salud y la intención de acudir inicialmente a la conexidad, desde la perspectiva del grupo, es más beneficioso para el derecho a la salud que se conecte con los principios de dignidad y libertad humana.

En el Sistema Interamericano se ha establecido la responsabilidad internacional del Estado ante la falta de la debida inspección, vigilancia y control respecto a la prestación de servicios de salud. Si bien los casos se relacionan con violaciones del derecho a la vida o del derecho de acceso a la justicia, el estándar es útil para entender los alcances del deber de garantía respecto al derecho a la salud.

## 5 BIBLIOGRAFÍA

Colombia, Corte Constitucional. 2010. «Sentencia C-252 de 2010».

Colombia, Congreso de la República. 1994. «Ley 137 de 1994».

Olano García, H.A. 2019. *Constitución Política de Colombia*, 3.<sup>a</sup> ed. Bogotá, D.C.: Ediciones Doctrina y Ley.

<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/decretos-2020/decretos-marzo-2020>.

<http://oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>.

[http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion\\_1\\_20\\_ESP.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf).

<https://agnprensa.com/trabajo-y-resiliencia-recomendacion-205-de-la-oit-y-pos-pandemia/>.

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_20\\_492](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_492).

<https://elpreg.org/news/comunidad/el-papa-francisco-ante-la-pandemia-y-pospandemia>.

<https://ethic.es/2020/04/los-derechos-humanos-en-el-mundo-que-viene/>.

<https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/derechos-humanos-en-tiempos-de-pandemia-recomendaciones-del-sistema-universal-y-del-sistema-interamericano-frente-al-covid-19/>.

<https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/amnistia-internacional-presenta-un-decalogo-de-derechos-humanos-para-afrontar-la-pandemia/>.

<https://www.un.org/es/coronavirus/articles/proteger-derechos-humanos-coronavirus>.