

Las cuarentenas decretadas por el Gobierno nacional y por varias alcaldías plantean un dilema complejo: ¿qué hacemos con estas medidas, que son necesarias y constitucionales por su contenido, pero que parecen inconstitucionales por su forma? Explico la paradoja.

Estas cuarentenas son medidas de aislamiento social que, para enfrentar el COVID-19, buscan aplanar la curva de contagio como lo recomiendan los mejores científicos. Son medidas bien fundamentadas y proporcionales al propósito buscado. Por su contenido, parecen constitucionales.

El problema es que por su forma estas decisiones tienen problemas, por cuanto son una restricción drástica a nuestra libertad de movimiento, que fueron adoptadas por medidas puramente administrativas. Por ejemplo, a nivel nacional, el presidente Duque ordenó la cuarentena con el Decreto 457 y la prolongó con el 531, que son decretos ordinarios. Además, a pesar de sus largos considerandos, esos decretos no mencionan ninguna norma constitucional ni legal que autorice claramente las cuarentenas generales. Por su forma, esos decretos parecen entonces inconstitucionales pues cualquier restricción a un derecho tiene que tener mínimamente una autorización constitucional o legal.

Esta disquisición puede parecer un formalismo jurídico de abogados que enredan las cosas, pero no lo es. Es grave que restricciones de derechos tan severas, como una cuarentena, sean decretadas por autoridades administrativas, sin autorización legal clara y sin los controles jurídicos y políticos que la Constitución prevé frente a los estados de excepción.

Un decreto legislativo de estado de excepción tiene control automático de la Corte Constitucional y control político del Congreso, que deben ambos examinar las medidas. Decretos ordinarios, como el 457 o el 531, carecen de esos controles. Y hoy la cosa es aún más grave pues, debido al COVID-19, el Consejo de la Judicatura suspendió los términos de las acciones de nulidad, que son las que permitirían demandar esos decretos.

Las cuarentenas, que son las medidas más severas de restricción de nuestra libertad en las últimas décadas, carecen hoy de control judicial, lo cual no es un asunto menor, como tampoco lo es que no sea claro si estos confinamientos pueden ser decretados también por alcaldes y gobernadores.

Esta incertidumbre existe porque la Constitución no previó cómo enfrentar pandemias, pues nadie pensó que las sufriríamos. Pero eso no significa que las autoridades no podían actuar frente a esta amenaza pues, como dijo alguna vez el juez estadounidense Robert Jackson, las constituciones no son pactos suicidas. En ese contexto, hicieron bien el presidente Duque o la alcaldesa López, en Bogotá, en ordenar las cuarentenas y no creo que hubieran pretendido eludir los controles judiciales y políticos al decretarlas, sino que actuaron de buena fe para enfrentar el COVID-19 en un marco de enorme incertidumbre, incluida la incertidumbre normativa.

Pero el problema existe: la amenaza del COVID-19 no debe llevarnos a poner en cuarentena la Constitución y por ello es trascendental aclarar quién puede declarar las cuarentenas, en qué condiciones, con qué tipos de medidas y con cuáles controles políticos y judiciales. Es un tema complejo que buenos constitucionalistas, como Esteban Hoyos o Héctor Riveros, han debatido y que pienso abordar en otros escritos. Por lo pronto, creo que, para dar claridades, la Corte Constitucional debería asumir el control de los decretos 457 y 531 que ordenaron las cuarentenas, lo cual es posible, siguiendo el precedente de la Sentencia C-400 de 2013 pues, a pesar de ser formalmente decretos ordinarios, son materialmente normas con contenido de ley, propias de estados de excepción.