

Facultades extraordinarias del presidente de la República y control judicial: expansión de las competencias del Poder Ejecutivo en la pandemia de COVID-19 en Colombia

*Extraordinary powers of the president of the republic
and judicial review: Expansion of the executive's competences during
the COVID-19 pandemic in Colombia*

Mario Alberto Cajas Sarria

 <https://orcid.org/0000-0003-4070-0135>

Universidad Icesi. Colombia.

Correo electrónico: mcajas@icesi.edu.co

Juan Pablo Sarmiento Erazo

 <https://orcid.org/0000-0002-7303-3300>

Universidad de la Sabana. Colombia.

Correo electrónico: juan.sarmiento3@unisabana.edu.co

Recepción: 31 de enero de 2023

Aceptación: 13 de marzo de 2024

Publicación: 13 de septiembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2025.52.17754>

Resumen: Este artículo sostiene que, con el propósito de amparar la seguridad y la salubridad durante la pandemia por COVID-19, los tribunales constitucionales y de legalidad flexibilizaron el control judicial, permitiendo así una mayor expansión y concentración de las facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo, bajo el entendimiento de que estas medidas serían más eficientes para controlar la propagación del virus y salvar vidas humanas. Para probar este argumento, se examinan los principales fallos de control de constitucionalidad y legalidad que fortalecieron el poder presidencial en Colombia, a costa de la facultad de control y configuración legislativa, así como de los espacios de deliberación democrática, para encontrar allí las subreglas que prueban la prevalencia de los criterios de eficiencia, sobre las libertades y el equilibrio de poderes.

Palabras clave: COVID-19 y medidas de policía, facultades extraordinarias del presidente, control inmediato de legalidad, control constitucional a los estados de excepción, pandemia y estado de emergencia.

Abstract: This article argues that, in order to protect safety and health during the COVID-19 pandemic, the constitutional and legality courts made judicial review more flexible, allowing the expansion and concentration of regulatory powers under the understanding that these measures would be more efficient in controlling the spread of the virus and saving human lives. To prove this argument, it examines the main rulings of judicial review of constitutionality and legality that strengthened the presidential power in Colombia, at the expense of the authority and legislative configuration, as well as the spaces of democratic deliberation, to find there the Sub-rules that prove the prevalence of efficiency criteria over freedoms and the balance of powers.

Keywords: COVID-19 and police measures, emergency powers of the president, immediate judicial review of legality, judicial review of states of exception, pandemic and emergency powers.

Sumario: I. Introducción, discusión y metodología. II. Antecedentes de las “facultades implícitas” y el amplio margen de poder reglamentario del presidente de la República. III. Incremento del poder presidencial y pandemia de covid-19 por medio del control constitucional y de legalidad. IV. La prevalencia de los criterios de eficiencia sobre las libertades y el equilibrio de poderes en las decisiones de control constitucional y de legalidad. V. Conclusiones. VI. Referencias.

I. Introducción, discusión y metodología

La experiencia de Colombia, al igual que la mayoría de los países latinoamericanos, se caracteriza por un autoritarismo militarista como alternativa de poder, que se ha estatuido desde momentos fundacionales. Esta forma de constituir lo político permitía romper el vínculo de cada gobierno con liderazgos precedentes y autorizaba el ejercicio de un “poder fuerte”, que prometía el anhelado control del orden público comprometido por una sucesión de crisis bélicas.

Esta tradición política favoreció que los gobiernos ejercieran el poder, desconociendo las libertades públicas y los derechos, de modo que viciaban la propia democracia y la convertían en un reducido medio de participación y mediación política (Sarmiento, 2018). En este sentido, Linz señala que cuando decimos que un régimen es una democracia consolidada, no excluimos la posibilidad de que quiebre en el futuro. Sin embargo, esa quiebra no se relacionaría con la debilidad o los problemas específicos del proceso histórico que consolida la democracia, sino con una nueva dinámica en la que el régimen democrático no puede resolver un conjunto de problemas. Una alternativa no democrática gana importantes apoyos y los exleales al ré-

gimen democrático comienzan a comportarse de un modo desleal o semileal respecto de la Constitución (Linz y Stepan, 1996).

Desde el punto de vista histórico, sólo en pocas oportunidades la política se ha conocido y se ha hecho realidad. La política y la libertad van unidas, y la tiranía, en palabras de Arendt, “es la más propiamente antipolítica, recorre como un hilo rojo el pensamiento y la acción de la humanidad europea hasta la época más reciente”. Los estados autoritarios o totalitarios y sus correspondientes ideologías han cercenado la libertad, entendiendo que ésta debe ser sacrificada para garantizar el desarrollo histórico cuyo proceso “puede ser obstaculizado por el hombre, únicamente si éste actúa y se mueve en libertad”. Los Estados autoritarios o totalitarios han descubierto, para la autora citada, los medios políticos para “sumergir al hombre en la corriente de la historia, de modo que quedara atrapado tan exclusivamente por la libertad de ésta que ya no pudiera frenar su libre fluir, sino al contrario, convertirse él mismo en un momento de su aceleración” (Arendt, 2008, pp. 154 y ss.).

El autoritarismo militarista colombiano exacerbó la confusión de poderes y permitió que el Ejecutivo abordara competencias que normalmente no le correspondía, como la emisión de leyes o actos administrativos que materialmente eran leyes (Barreto, 2012 y 2017; Cajas, 2015; González, 2015). En otras ocasiones, en especial, en aquellas materias que tenían reserva legislativa, el legislador optó por el “blanqueo” de normas de excepción emitidas por el Ejecutivo. Esta práctica supuso que el Congreso de la República, a petición del presidente de la República, extendiera la influencia y los efectos del estado de emergencia y los prolongara en el tiempo, convirtiendo a los decretos legislativos de excepción, en legislación permanente por medio de leyes ordinarias promulgadas por el Congreso (Iturralde, 2008).

La Asamblea Constituyente de 1991 en buena medida surgió como un rechazo a los excesos del Ejecutivo, aunque paradójicamente esta pudiera surgir en parte por la expedición de dos decretos de estado de sitio dictados por el presidente de la República (Dávila, 2002). La Asamblea intentó limitar los excesos autoritarios del Ejecutivo recortando sus facultades bajo los estados de excepción y confiando a una ley estatutaria (Ley 137 de 1994) la fijación de un marco legal respetuoso de los derechos. La jurisprudencia de la Corte Constitucional, en general mantuvo una postura garante de los derechos y estableció restricciones a esos estados, en especial al de conmoción interior y de emergencia económica y social. No obstante, la llegada de la pandemia de COVID-19 en el año 2020 y luego el estallido social

del año 2021 (paro del 2021) mostró que el diseño institucional de la Constitución vigente se preocupó más por limitar la excepcionalidad como factor fundamental para frenar el poder presidencial, y menos en los límites a los poderes de policía del Ejecutivo. De este modo, dichas facultades ordinarias fueron las que en últimas le permitieron al gobierno de Iván Duque Márquez (2018-2022) enfrentar ambos fenómenos, con el desbordante poder y comprometiendo los derechos fundamentales y las libertades públicas. En suma, un regreso a la trayectoria de incremento del poder presidencial que ha caracterizado al régimen político colombiano.

Y es que el “enemigo interno” —y algunas veces externo— (Sarmiento, 2013) jugó un papel constitutivo del romanticismo autoritario y del militarismo que definió la manera en que se constituyó y ejerció el poder, especialmente el Ejecutivo. En efecto, la historia institucional colombiana del siglo XX y XXI da cuenta del ejercicio antagónico del poder, construido bajo la sombra del enemigo que amenazaba la “unidad nacional”, a quien se le adjudicaba todos los males de la “patria”. En los años recientes, los gobiernos de Álvaro Uribe, Juan Manuel Santos e Iván Duque centraron su discurso electoral en la “seguridad democrática”, la “recuperación” del territorio dominado por grupos armados ilegales y la derrota militar de esas estructuras. Con todo, el segundo mandato del presidente Santos fue un paréntesis a esa narrativa belicista, en tanto negociaba un acuerdo de paz con las FARC, el grupo guerrillero más poderoso de la segunda mitad del siglo veinte en Colombia. No obstante, en su estrategia de adición y legitimación de los acuerdos, convocó a un plebiscito en el año 2016, que revivió la guerra —y el rechazo a los grupos armados— en el discurso político, y finalmente condujo a la presidencia a Duque (2016-2022). Este sucesor ideológico y expreso del expresidente Uribe prometía el retorno de la seguridad democrática, la derrota de las disidencias de las FARC y los grupos armados organizados (GAO),¹ y por supuesto “sanear” la traición de Santos al legado uribista.

Tanto los veinte años (2002-2022) de “seguridad democrática”, así como la implementación del acuerdo de paz por medio de facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso al presidente en una reforma constitucional transitoria (Acto Legislativo 01 de 2016), condujeron a una ampliación notable del Ejecutivo, por medio de una diversidad de fuentes que no eran equiparables a las facultades del estado de excepción, sino que constituían legislación permanente (Botero y Cajas, 2021).

¹ Véase La Silla Vacía (2021) y France 24 (2022).

Este modelo constitucional y administrativo se puso a prueba y extendió las facultades reglamentarias del Ejecutivo en el gobierno de Iván Duque, quien había perdido rápidamente el apoyo del Congreso, dada la pobre agenda legislativa que propuso, conjugada con algunas propuestas legislativas para revertir lo avanzado en el acuerdo de paz con las FARC (Sarmiento, 2020). En efecto, la pandemia del virus SARS-CoV-2 (COVID-19) le permitió al gobierno nacional declarar dos estados de emergencia, y con ello ganar facultades semiparlamentarias transitorias. Entretanto, el Ejecutivo, por medio de decretos ordinarios que se amparaban en las facultades ordinarias de policía establecidas en el Código Nacional de Policía y Convivencia (Ley 1801 de 2016), reglamentó un amplio espectro de materias en el marco de una emergencia sanitaria que rigió entre el 12 de marzo del 2020 y el 30 de junio de 2022.

Aunque las primeras medidas gubernamentales se dirigieron a confinamientos y limitaciones a la movilidad, luego se extendieron a otras materias, de modo que durante un poco más de dos años, el Ejecutivo pudo prescindir del Congreso y ejercer distintas potestades normativas.² Lo antedicho se vio reforzado por la acción —o la inacción— del Consejo de Estado.³ En efecto, el tribunal rápidamente identificó que las normas que expedía el presidente eran parte de su potestad reglamentaria y atribuciones como primera autoridad de policía, de modo que declaró improcedente el control inmediato de legalidad en la mayoría de casos, pues en su criterio no desarrollaban decretos legislativos expedidos en el marco de un estado de excepción. Con esto, se configuró una verdadera deferencia del máximo órgano de la justicia administrativa hacia el poder presidencial.

Según el Consejo de Estado, los actos administrativos proferidos en ejercicio de competencias ordinarias, a pesar de haber sido expedidos en el contexto mismo del estado de excepción, e incluso cuando con éste se adopten

² Sobre el desafío que supuso la pandemia para la separación de poderes en perspectiva comparada, véase Gisburg y Versteeg (2021), con la aclaración de que no aborda el caso de la revisión judicial por la Corte Constitucional de Colombia. En cuanto a los retos de la emergencia global para el funcionamiento de la rama legislativa en distintos países, véase Ittai Bar (2020). Un estudio comparado de las medidas de policía para enfrentar la pandemia en Meško (2021) y Maskaly et al. (2021). Para el caso de los Estados Unidos ver: Yoo (2022).

³ Véase, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión Veintitrés, (C. P.) José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ, sentencia del 10 de septiembre de 2020. Radicación número: 11001-03-15-000-2020-03726-00. Demandado: Resolución N. 0000914 del 11 de junio de 2020.

medidas para conjurar las circunstancias críticas que le dieron origen, si dichos actos, en todo caso, se producen bajo el despliegue de competencias como la indicada, no sería procedente el control inmediato de legalidad. De este modo, el control de legalidad automático pasó a ser un control rogado según el cual las inconformidades sólo podrían tramitarse por medio de acciones contencioso—administrativas que deberían activar los ciudadanos y cuyo procedimiento no es preferente y, por cuenta de la mora judicial, podrían tomar años en resolverse. De hecho, a modo de ejemplo, al momento en que escribimos este texto aún no se conocen las decisiones sobre las acciones presentadas en contra de decretos que establecieron los primeros confinamientos en abril del año 2020, al inicio de la llegada de la pandemia al país.⁴

Con esta postura jurisprudencial, el Consejo de Estado volvió en el tiempo y distinguió entre actos del Ejecutivo relativos al dominio reglamentario y aquellos sin control, derivados del dominio legislativo. Este comportamiento estratégico le permitió eludir el control sobre este último, en tanto el estudio de su validez corresponde a una Corte especializada. Con ello, se evita el impacto político más importante, con distinciones connaturalmente formales, que han guiado al juez a atribuir el carácter legislativo o reglamentario a los actos del gobierno desbordado, no susceptible de recursos, mostrándose el juez administrativo más prudente y pragmático frente a órganos políticos preeminentes dentro del Estado (Lochak, 1972).

Más allá de los debates jurídicos que se puedan producir con ocasión del control judicial de actos administrativos con un alto contenido normativo, se resalta la estrategia que muchas veces exhibe el juez administrativo y constitucional, al rechazar las cuestiones de validez de los actos jurídicos mencionados, debido a la gravedad de las consecuencias políticas que su anulación podría provocar, bajo el manto de un discurso aparentemente apolítico o formalista. Las decisiones se construyen en la ambigüedad, en la medida en que la más de las veces, es el mismo juez quien le confiere a esos actos administrativos el valor legislativo, reusándose así a efectuar un control de validez, sin otro motivo jurídico que aquel impuesto por la misma jurisdicción (Lochak, 1972).

⁴ Para un análisis de la constitucionalidad de las restricciones a algunos derechos y libertades bajo la pandemia, con especial acento en la obligatoriedad de la vacunación, véase Cajas y Sarmiento (2022).

Para desarrollar este argumento, se reconstruirá brevemente el contexto iushistórico sobre las “facultades implícitas” en el control judicial colombiano, lo cual permitirá ilustrar la continuidad en la narrativa constitucional de un poder presidencial fuerte de cara a la intervención del orden público, para luego analizar el universo de decisiones judiciales emitidas por el Consejo de Estado en el marco del control inmediato de legalidad, junto a los fallos de la Corte Constitucional sobre el control automático y posterior de los decretos que declararon el estado de emergencia social, ambiental y económico y los decretos legislativos que se emitieron en el marco de cada estado de emergencia, a propósito de la pandemia de COVID-19. De esta forma, pretendemos evidenciar la expansión de las facultades normativas en la presidencia de la República y la renuncia de las cortes de su competencia para resolver conflictos constitucionales de cara a la extensión de aquellas “facultades implícitas” de policía, que finalmente amplió la potestad reglamentaria a una amplia gama de materias en el bienio de la mencionada pandemia.

El texto iniciará con una breve exposición sobre el fenómeno de la acumulación del poder en el Ejecutivo, en perjuicio del poder legislativo y el abandono del control judicial, y desde una perspectiva historicista, con un acento en la expansión de las medidas de policía expedidas bajo la sombra de las facultades implícitas y el amplio margen de configuración reglamentaria (1), para luego demostrar la manera en que los tribunales —Corte Constitucional y Consejo de Estado— replegaron las herramientas de control judicial automático o inmediato (2).

II. Antecedentes de las “facultades implícitas” y el amplio margen de poder reglamentario del presidente de la República

El incremento del poder presidencial en la trayectoria del régimen político colombiano es uno de los fenómenos más examinados por la literatura.⁵

⁵ Esa acumulación en el caso de América Latina es uno de los objetos de estudio más recurrentes, tanto desde la ciencia política, la filosofía política, la historia política como por el Derecho Constitucional, principalmente bajo la categoría del “hiperpresidencialismo. A modo de ejemplo, encontramos literatura especializada que lo aborda desde distintas perspectivas en Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, México y Perú. No obstante, esta categoría es problemática e incluso hay posturas que ponen en duda su utilidad para dar cuenta de las dinámicas políticas contemporáneas: Por ejemplo, la dificultad para entender las “interrupciones presidenciales” de las últimas décadas en varios países latinoamericanos, pese a que se sostenga que

Como dijimos antes, nuestro trabajo sostiene que la flexibilización de los controles de constitucionalidad y legalidad favorecieron la expansión de los poderes del presidente de la República y de la rama ejecutiva durante la pandemia de COVID-19, de modo que reaparecieron rasgos de dicha trayectoria, pese a los intentos de moderación de esos poderes en la Constitución de 1991.⁶

La trayectoria institucional colombiana se caracteriza por haber elegido el modelo de gobierno presidencial, salvo los casos de las juntas de gobierno del primer constitucionalismo neogranadino (1811-1815), el gobierno colegiado de 1863 (mientras se redactaba la Constitución de Rionegro) y la junta militar que permitió la transición de la dictadura del general Rojas Pinilla al gobierno civil del llamado Frente Nacional. En este sentido, coincidimos con Botero y Cajas (2021) en que el presidencialismo está atado a la historia constitucional y a las costumbres políticas colombianas, de tal manera que hace parte de un constitucionalismo histórico.

Sin duda uno de los puntos más altos de concentración del poder presidencial en dicha trayectoria lo marca la Constitución de 1886, bajo la cual el presidente gozó de una amplia facultad de creación normativa, en especial bajo el estado de sitio, cuestión que además ha sido ampliamente tratada por la literatura. Es así como desde los orígenes de dicha Constitución se analiza el carácter autoritario de estos, que incluso le daban al jefe de Estado la capacidad para dictar decretos que derogaban las leyes incompatibles con el estado de excepción (Barreto, 2017).

Si bien hubo intentos normativos para limitar ese poder, estos contrastaban, o bien con otros elementos de esa arquitectura institucional que daba rienda suelta al Ejecutivo, o por la deferencia de los otros órganos del poder público, hacia la autoridad presidencial. Por ejemplo, la reforma de 1910 determinó que el presidente sólo podría “suspender” las leyes contrarias al estado de sitio, y que él y sus ministros serían políticamente responsables cuando

los presidentes son “súper poderosos”. Al respecto puede verse: Olivares et al. (2022). Para el caso de Argentina, véase Serrafiero (1999). Para Brasil, Abranches (1988 y 2018); Limongi (1998 y 2006); Mainwaring (1999); Limongi y Figueiredo (1998); Mainwaring (1999). En el caso chileno, Palma (2002 y 2012). El caso ecuatoriano, Córdova (2013); Guerrero (2018) y Celi (2020). El caso del Perú contemporáneo, García (2019). Para México, el referente obligado es Carpizo (1978).

⁶ La reconstrucción histórica emblemática del incremento del poder presidencial en Colombia en: Vázquez (1979). Para trabajos más recientes, Botero (2011), Arango (2019) y Cajas y Botero (2021).

lo declararan sin que hubiera lugar a ello, o por los abusos que se cometieran bajo tal régimen. De igual modo, al establecer una acción pública que facultaba a cualquier ciudadano a demandar la inexequibilidad de las leyes y decretos ante la Corte Suprema de Justicia, posibilitó el control de los decretos de estado de sitio.

Más adelante, la reforma constitucional de 1968 pretendió fijar más límites al establecer que dichos decretos serían revisados automáticamente por la Corte, y con el propósito de evitar los abusos del estado de sitio, creó un segundo régimen de excepción: el estado de emergencia económica. No obstante, una revisión de la trayectoria de la justicia constitucional muestra que el control que ese tribunal ejerció sobre tales medidas tendió a favorecer al Ejecutivo en detrimento de la carta política, por supuesto de los poderes legislativo y judicial, y en muchos casos de los derechos y libertades.⁷

De este modo, aún con las reformas, el régimen de estado de sitio le permitió al Ejecutivo expedir una amplísima gama de disposiciones de excepción que abarcaban las más diversas temáticas; algunas de ellas encaminadas a la represión de la oposición política y el disenso, aunque también al control del orden público y la seguridad ciudadana. Por ejemplo, con el argumento de garantizar la seguridad del país, sometió a los civiles a la justicia penal militar. En general, si bien esas medidas de excepción lograron en algunos casos desarticular temporalmente estructuras subversivas, con frecuencia fueron utilizadas para neutralizar al disidente, y produjeron graves violaciones a los derechos y libertades. Cabe anotar que la misma Constitución incluía una cláusula que le permitía al gobierno ordenar la aprehensión de cualquier persona contra la que hubiese indicios de “atentar contra la paz pública”, sin requerir orden judicial, herramienta que junto a las medidas de estado de sitio solía constituir un elenco altamente represivo.

Dentro de la trayectoria de los decretos de estado de sitio y el escaso control sobre ellos, fue notable el caso del sometimiento de dirigentes del Partido Conservador a la justicia penal militar acusados por presuntamente haber participado en el intento de golpe militar al presidente liberal Alfonso López Pumarejo en 1944. Al decidir la constitucionalidad de las medidas, la Corte Suprema de Justicia integrada por una mayoría de magistrados de origen liberal, sentó el peligroso precedente según el cual bajo el estado de sitio el Ejecutivo podía suspender cualquier libertad o garantía

⁷ Un balance del control constitucional de los estados de excepción bajo la carta de 1886, en una perspectiva política, en Cajas (2015).

con excepción del derecho la vida, dado que la pena de muerte estaba proscrita por la Constitución.

La década de los setenta del siglo XX marcó el auge del estado de sitio, así como del juzgamiento de civiles por la justicia penal militar. El temor al “avance comunista” que crecía luego del triunfo de la revolución cubana, la mayor intensidad de la Guerra Fría en la región y el surgimiento de distintos movimientos subversivos en la región produjo como respuesta el uso de instrumentos, políticas e ideologías que se manifestaron tanto en lo militar, como en lo político y lo “jurídico” bajo el manto de la Doctrina de la Seguridad Nacional (DSN). Estas prácticas se impusieron en desmedro de los derechos y garantías de las personas, y en Colombia tuvieron una de sus mayores expresiones en el Decreto 1923 de 1978, o estatuto de seguridad, cuya inmensa mayoría de reglas fueron declaradas constitucionales por la Corte Suprema el 30 de octubre de 1978 (Cajas, 2017).

Por supuesto, también hubo algunos pocos ejemplos de ejercicio robusto del control sobre esos decretos, como es el caso del fallo de la Corte Suprema de Justicia, integrada por una mayoría conservadora, que en 1935 declaró inconstitucional la creación de tributos por parte del gobierno liberal de López Pumarejo, que se había visto forzado a dictar tal medida ante el bloqueo conservador en el Congreso. Para la Corte, no era admisible que un presidente usara un estado de sitio declarado para una región del país años atrás, con el fin de enfrentar la guerra con el Perú (1932), e hiciera una reforma tributaria por vía de decreto con aplicación a todo el territorio nacional. Cabe anotar que este precedente fue olvidado en los futuros juicios de constitucionalidad a decretos de estado de sitio.

Ahora bien, junto con los estados de excepción, el presidente gozó de un amplio poder reglamentario. Hay casos representativos como el fallo sobre el decreto de Alta Policía Nacional de 1928, que sin duda inauguró una postura de la Corte deferente con el Ejecutivo. El gobierno y el Congreso conservadores de la época sentían amenazado el orden por el naciente movimiento obrero y el fortalecimiento de los partidos socialistas en el país, y crecía la movilización social en contra de la pobreza y en busca de mejores condiciones laborales y económicas. La “cuestión social” se trató como un asunto de orden público y se respondió a ella con medidas severas de policía que limitaban los derechos y libertades, como las ordenadas por el Decreto 707 de 1927, que se dictó ante las sospechas de que el 1.º de mayo de ese año habría una gran revolución comunista impulsada por el movimiento obrero.

Un ciudadano demandó el decreto porque consideraba que violaba la Constitución y amenazaba derechos y libertades. La Corte, si bien aceptó que el gobierno carecía de competencias legales para expedirlo, recurrió a la doctrina de las “facultades implícitas”, según las cuales la carta política al confiarle la seguridad y el orden público al presidente de la República, lo revestía de facultades para dictar decretos como el de Alta Policía Nacional. El uso de la doctrina estadounidense fue selectivo, como bien lo denunciaron los salvamentos de voto de los magistrados liberales. Para el tribunal, no era necesario contar con una autorización legal o que el Congreso regulara aspectos como el del orden público y la seguridad, para que el gobierno ejerciera su facultad reglamentaria, pues estaba emanaba directamente de la carta política (Barreto, 2017).

Ahora bien, la intención de limitar el poder presidencial se mantuvo durante varias décadas del siglo XX y se cristalizó parcialmente en la carta política de 1991, como dijimos al inicio. En efecto, la Asamblea Constituyente intentó desligarse del historicismo institucional y avanzar hacia un presidencialismo moderado, de modo que planteó un modelo de gobierno intermedio entre el hiperpresidencialismo (presidencialismo con el máximo poder de concentración en el presidente) y el atenuado (presidencialismo con el mínimo nivel concentración en el presidente). En otros términos, estableció un sistema de ramas y órganos con funciones diferenciadas (ya no tanto de división de poderes), pero con preeminencia política del Ejecutivo frente a las demás ramas y del presidente dentro del Ejecutivo (Botero y Cajas, 2021). En esta misma línea, el Legislativo recuperó gran parte de las funciones que había ido cediendo en favor del Ejecutivo, se limitó el poder presidencial bajo los estados de excepción, se fortaleció el control constitucional, e incluso se incorporaron algunos elementos propios del modelo parlamentario, como es el caso de la moción de censura del Congreso a ministros y otros altos funcionarios del Ejecutivo (Faivre, 2011).

Pero este modelo normativo tardó muy poco en experimentar sus primeros desarreglos. El gobierno de César Gaviria (1990-1994), que había impulsado el cambio constitucional,⁸ promovió reformas a la carta políti-

⁸ Incluso la propia Constitución de 1991 dejó abiertos espacios para el ejercicio de un amplio poder presidencial “transitorio”, pues le entregó facultades extraordinarias al Ejecutivo para dictar decretos que regularon decenas de materias. Estos decretos debían contar con la aprobación de una Comisión Legislativa Especial (“Congresito”), que estaba compuesta por treinta y seis miembros, la mitad de ellos delegatarios a la propia Asamblea Constituyente y la otra propuesta por los partidos representados en dicha asamblea. Este órgano carecía de

ca que contaron con la aprobación del Congreso, cuya trayectoria seguiría con los siguientes gobiernos, de modo que se fueron acercando al modelo presidencial que rigió bajo la autoritaria y centralista Constitución de 1886 (Botero, 2012).

Como dijimos arriba, el incremento del poder presidencial fue notable bajo los dos gobiernos de Uribe (2002-2010) y Santos (2010-2018) por distintos motivos. El primero para concentrar el poder y enfrentar por la fuerza a los alzados en armas, y el segundo para negociar y aprobar el acuerdo de paz con la guerrilla de las FARC. Uribe logró que se aprobara la reforma constitucional que le permitió aspirar a un segundo período consecutivo en el año 2004, que alteró el sistema de pesos y contrapesos de la carta de 1991. La enmienda, que fue respaldada por la Corte Constitucional (sentencia C-1040 de 2005), no cambió los períodos de los órganos de control y de otros altos cargos del Estado, de modo que se igualaron al del período presidencial, con lo cual se facilitó la injerencia del Ejecutivo en los órganos que podían servirle de contrapeso, minando así el modelo del presidencialismo moderado que ya venía resquebrajado por las reformas previas.

Así las cosas, el incremento del poder del presidente de la República fue notable por su mayor injerencia de la conformación de la Comisión Nacional de Televisión, la Junta Directiva del Banco de la República, la Corte Constitucional, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía general de la Nación y así de todos los demás órganos estatales de carácter nacional. A esto se suman las enormes posibilidades transaccionales de los gobiernos frente al Congreso, para cooptarlo por la vía de prácticas clientelistas. En suma, una acumulación de poder normativa y otra fáctica, que se combinan entre sí (Botero, y Cajas 2021).

El presidente Santos, quien logró elegirse para dos períodos consecutivos, también gozó de los beneficios del incremento del poder presidencial que le permitió la reforma reeleccionista de la era Uribe. Las mayorías en el Congreso permitieron la aprobación de reformas constitucionales del fast-track, que modificaba el procedimiento para tramitar actos legislativos y leyes relacionadas con el acuerdo de paz con las FARC y, además, facultaba ampliamente al gobierno para dictar decretos en la misma línea. El amplio apoyo del Congreso también le sirvió para sacar adelante el mencionado

iniciativa legislativa y se limitaba a aprobar o improbar las propuestas del presidente Gaviria (artículos 6 y 7 transitorios de la Constitución de 1991).

acuerdo, tras la derrota en el plebiscito de 2016. Todas las enmiendas, en general recibieron fallos favorables de la Corte Constitucional.⁹

En esta misma línea es pertinente recordar un fenómeno que, sin ser nuevo, fue más evidente en el mandato del presidente Duque: lograr que sus amigos y cercanos llegaran a altos cargos del Estado, en particular a los órganos de control, bien por decisión directa del Ejecutivo o por la posibilidad de influenciar las elecciones de otros poderes públicos (Uprimny, 2020; El Espectador, 2020). A modo de ejemplo, ternó como fiscal general de la nación (2020-2024) a quien se desempeñaba como su consejero presidencial de derechos humanos, al defensor del pueblo (2020-2024), quien al igual que el fiscal egresó de la misma universidad del presidente; a la procuradora general de la nación (2021-2025), quien fue su ministra de justicia poco antes de ser elegida por el Senado,¹⁰ y al contralor general de la República (2018-2022), quien llegó al cargo gracias a la coalición de partidos de gobierno que respaldaron su nombre.

Tal situación del gobierno de Duque incluso despertó la preocupación de Transparencia Internacional, ONG que en un comunicado del 30 de septiembre de 2020 habló de la “alarmante concentración del poder en Colombia”.¹¹ A todo esto, también habría que agregar que el presidente

⁹ La literatura sobre el impacto del fast-track en el constitucionalismo colombiano es amplia. Una síntesis puede encontrarse en Botero y Cajas (2021); Smela y Cruz (2021) y Landau (2020). Una lectura según la cual la Corte Constitucional sí limitó el poder presidencial en los casos de la reelección y del proceso de paz, en Benítez (2022).

¹⁰ “El sistema funciona de manera que el presidente pueda poner amigos en los órganos de control. A Duque le ayudó jugársela con candidatos que no dependían de su capacidad de conseguirlos los votos. Tras la elección, ayer en el Senado, de la exministra de Justicia Margarita Cabello como nueva procuradora general, quedó aún más fuerte este contraste: el presidente Iván Duque pasó de no tener peso en el Congreso, de que le hundieran ahí su anhelado proyecto de objeciones a la Jurisdicción Especial de Paz JEP y prácticamente le tumbaran a su ministro de Defensa; a tener aliados en tres de los órganos de control más importantes del Estado. Se quedó ‘con todo’, como se leía ayer en las redes, para destacar que el presidente cuenta con su mejor amigo, Francisco Barbosa, en la Fiscalía General; su aliado Carlos Camargo en la Defensoría del Pueblo y, ahora, su exalta funcionaria Cabello en la Procuraduría. Eso sin contar que la elección del Contralor, Felipe Córdoba, también fue bien vista en Palacio. La situación es claramente cierta y encuentra explicación en el sistema que, en estos momentos, le permite al presidente poner la terna completa para Fiscal (que elige la Corte Suprema) y Defensor del Pueblo (elige la Cámara de Representantes) y postular a uno de los tres candidatos a la Procuraduría (que elige el Senado)” (La Silla Vacía, 2020, agosto 28).

¹¹ “Si bien, en el diseño institucional colombiano el poder ejecutivo cuenta con una amplísima capacidad de decisión, su poder ha aumentado en forma preocupante en meses recientes. Una de las razones ha sido la creciente cercanía del gobierno a las mayorías en el

logró que una de sus exfuncionarias fuera elegida por el Senado como magistrada de la Corte Constitucional en noviembre del 2020. En efecto, la magistrada fue superintendente en su gobierno y luego el fiscal general (amigo del presidente) la nombró como fiscal delegada (Asuntos Legales, 2020).¹²

Por último, también podríamos agregar el amplio uso de medidas policíacas que hizo el gobierno Duque ya casi al final de su mandato, con motivo del paro del 2021, que terminó en un estallido social en varias ciudades del país. El fenómeno inició con protestas masivas de ciudadanos que se manifestaron en contra de una reforma tributaria y otras causas diversas, que devino en cierres de vías, tomas de calles, disturbios y hechos de vandalismo que se prolongaron casi por dos meses. El gobierno nacional enfrentó la situación con severas medidas de orden público, pero se abstuvo de recurrir al estado de emergencia (conmoción interior). Estas medidas provocaron tensiones con los mandatarios distritales y municipales en entidades territoriales con respecto al manejo del orden público y la contención de la protesta social en los territorios, quienes, junto a medios de comunicación, reportaron múltiples violaciones a los derechos humanos atribuibles a autoridades policíacas.

Este estallido social, sin precedentes bajo la Constitución de 1991, puso en evidencia que el presidente de la República, al igual que en la pandemia de COVID-19, no necesitaba de mayorías en el Congreso para gobernar y mucho menos para sortear la crisis. Además, puso en evidencia las amplias facultades ordinarias con que cuenta el Ejecutivo para restringir de-

Congreso. Adicionalmente, el estado de excepción de emergencia económica declarado, que se requería para la atención de la pandemia, lo convirtió en legislador transitorio [...] A lo anterior se suma el riesgo de pérdida de autonomía de los órganos que deben ejercer control sobre el ejecutivo. Durante 2020 se han elegido personas cercanas al gobierno para dirigir la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, y la Defensoría del Pueblo, situación ante la cual se corre el grave riesgo de afectar la independencia que debe tener dichos órganos externos de control frente al poder ejecutivo. ‘Durante la pandemia se ha identificado una tendencia de aumento de la discrecionalidad del Poder Ejecutivo en muchos países, sin embargo, nos genera una profunda preocupación que el sistema de pesos y contrapesos en Colombia se vea afectado también por cuestionamientos a la independencia de instituciones que precisamente deben vigilar y controlar su acción’, indicó Delia Ferreira, presidenta de Transparencia Internacional”.

¹² “Que Duque pueda temar ahora no es asunto menor, porque da la oportunidad de mantener la presencia conservadora (junto a los magistrados Cristina Pardo y Jorge Enrique Ibáñez) en una Corte con tendencia liberal (línea en la que se inscriben los togados Alejandro Linares, Antonio José Lizarazo, Gloria Stella Ortiz, Alberto Rojas, José Fernando Reyes y Diana Fajardo)” (El Nuevo Siglo, 2020).

rechos y libertades. De este modo, permitió apreciar que la carta política se concentró en limitar el poder presidencial bajo los estados de emergencia, pero tal vez descuidó la regulación de las facultades ordinarias; que por cierto luego también el legislador convalidó y la Corte Constitucional respaldó. En suma, tanto el paro del 2021 como la pandemia pusieron a prueba dichos límites constitucionales y comprobaron que la trayectoria del poder presidencial en el constitucionalismo colombiano sigue vigente en la contemporaneidad.¹³

III. Incremento del poder presidencial y pandemia de COVID-19 por medio del control constitucional y de legalidad

Aunque la llegada del virus del COVID-19 a Colombia se registró el 6 de marzo de 2020 y los casos de la enfermedad eran relativamente pocos, el 17 de ese mes el presidente Iván Duque Márquez (2018-2022) declaró el estado de emergencia social, económica y Ecológica mediante el Decreto 417, por el término de 30 días. Posteriormente, y como consecuencia de la prolongación y profundización de la situación económica y social producida por la pandemia, se expidió el Decreto 637 el 6 de mayo del mismo año, que declaraba nuevamente, el estado de emergencia social, económica y ecológica por el mismo término. En el marco de las dos emergencias decretadas se expidieron 115 decretos legislativos orientados a conjugar la situación (Corte Constitucional, 2020).

Con todo, sólo siete decretos legislativos fueron declarados inexecutable porque las medidas podían haberse adoptado en el marco de las funciones ordinarias del presidente,¹⁴ y sólo algunas no guardaban conexidad

¹³ Una de las medidas más controvertidas fue la que ordenó la asistencia militar a varias ciudades del país, mediante el Decreto 575 del 28 de mayo de 2021, que fue suspendido provisionalmente mediante sentencia de tutela de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que luego la Sección Segunda revocó en fallo del 21 de octubre de 2021 por considerar improcedente dicho mecanismo. Posteriormente, la Corte Constitucional en sentencia C-100 del 22 de marzo de 2022, M. P. José Fernando Reyes, declaró constitucional el artículo 170 de la Ley 1801 de 2016, que faculta al Gobierno nacional para ordenar tal asistencia. Dos magistradas salvaron su voto y pusieron de presente que la ley concentraba el poder en el presidente, y que ponía en peligro derechos y libertades. Sobre el paro, véase Álvarez (2022) y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2021).

¹⁴ Barrera (2020) indica que en este grupo se encontraban decretos legislativos que disponían la suspensión de desembarque, prevención, diagnóstico y tratamiento de la COVID-19,

con la situación que provocaba la crisis.¹⁵ En otras palabras, lo antedicho indica que los estados de emergencia resultaron innecesarios y quedaron en un segundo plano, en tanto las facultades derivadas del hiperpresidencialismo y las facultades de policía eran suficientes para conjugar la situación, como ciertamente ocurrió.

En efecto, el Ministerio de Salud y Protección Social declaró la emergencia sanitaria por medio de la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, que fue prorrogada en múltiples ocasiones, hasta la Resolución 000666 del 28 de abril de 2022 y el Decreto 655 del 28 de abril de 2022, cuando el Ministerio de Interior declaró finalizada dicha emergencia a finales de junio del 2022. El sustento de esta emergencia sanitaria residía en las facultades ordinarias de policía, y no en el estado de emergencia. Por esta razón, la norma dominante en materia de emergencia sanitaria y disposiciones en el marco de las facultades de policía fue el Decreto 418 del 18 de marzo de 2020, acto administrativo ordinario, cuyo primer mandato fue la jerarquización de las disposiciones y medidas de policía, en el gobierno nacional, de manera prevalente sobre las disposiciones que adoptaran gobernaciones y alcaldías. Derivado de las citadas medidas, se expidieron entre otros, los decretos ordinarios 457 del 22 de abril de 2020, Decreto 531 del 8 de abril de 2020, Decreto 593 del 24 de abril de 2020, Decreto 636 del 6 de mayo de 2020, Decreto 749 del 28 de mayo de 2020, Decreto 990 del 9 de julio del 2020, Decreto 1076 del 28 de julio del 2020, Decreto 1168 del 25 de agosto de 2020, Decreto 039 del 14 de enero de 2021, y Decreto 206 del 26 de febrero de 2021.

Estos decretos centraban sus efectos en restricciones de movilidad y otras disposiciones orientadas a conseguir el aislamiento preventivo de todos los ciudadanos. Dichas normas encontraron su base competencial y fun-

servicio público de transporte e infraestructura, fortalecimiento del Fondo Nacional de Garantías, acceso de hogares más vulnerables a productos básicos, liquidación del Presupuesto General de la Nación, creación de una subcuenta para la gestión del riesgo, operación del Centro de Logística y transporte (p. 81).

¹⁵ En el estudio realizado por Barrera, se trató de Decretos Legislativos que fueron declarados inexecutable en la medida en que se referían al financiamiento de proyectos de inversiones públicas con recursos del Fondo de Regalías, sector infraestructura y transporte, descapitalización del régimen pensional y apoyo económico para las notarías. Para Barrera, no se comprende la razón por la cual se decide brindar un apoyo económico a las notarías del país, o cómo el financiamiento de proyectos de inversiones públicas con recursos de regalías pueda ayudar a conjurar la situación de crisis declarada (Barrera, 2020, p. 81).

cional en las facultades ordinarias del presidente, definidas en el numeral 4o. del artículo 189, artículos 303 y 315 de la Constitución Política de Colombia, y el artículo 199 de la Ley 1801 de 2016. Los citados artículos constitucionales se refieren a las facultades del presidente de la República para conservar el orden público y restablecerlo, así como la jerarquización y la centralización en esta materia, en tanto enfatizan que el gobernador es agente del presidente de la República para el mantenimiento del orden público (artículo 303 de la carta), así como el alcalde es primera autoridad de policía de la entidad territorial, de conformidad a las instrucciones del presidente y el respectivo gobernador (artículo 315 de la Constitución).

Las consecuencias de la normalización de estas atribuciones de policía son notables, en tanto carecen de límites temporales, su control judicial es rogado y posterior y no se rigen por una ley estatutaria o un marco superior, más allá de la razonabilidad y proporcionalidad en la restricción de derechos fundamentales. Por su parte, el control automático que realiza la Corte Constitucional al decreto que declara el estado de emergencia, junto a los decretos legislativos (artículo 215 de la Constitución), así como los límites temporales y materias definidos por la ley estatutaria —Ley 137 de 1994— hubiesen contado con unas prohibiciones formales y materiales, sin duda, más garantistas para las libertades públicas, la separación de poderes y el control material de los actos del gobierno nacional.

Los efectos inmediatamente comentados se extendieron a los decretos que desarrollarían los decretos legislativos expedidos en el marco del estado de emergencia. El legislador estableció, en la Ley Estatutaria 137 de 1994 y la Ley 1437 de 2011, un control inmediato y automático de legalidad a las medidas de carácter general, que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción. Este control inmediato de legalidad se realiza por los tribunales administrativos si se tratare de entidades territoriales, o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su expedición. Si no se efectúa el envío, la autoridad judicial competente aprehende de oficio su conocimiento.

No obstante, se subraya, el control inmediato y automático de legalidad sólo se predica de los actos administrativos que se expiden para desarrollar decretos legislativos. En la medida en que los decretos que establecían las restricciones de movilidad y tomaron otras decisiones en materia de aislamiento y orden público se matricularon en las facultades ordinarias del presidente de la República, el control de legalidad y de constitucionalidad

se marginó a aquellas medidas que se tomaron exclusivamente en el marco de los estados de excepción que fueron declarados. Lo antedicho, agravado además por la suspensión de términos judiciales que estableció el Consejo Superior de la Judicatura, que incluía los procesos de nulidad por inconstitucionalidad y nulidad simple.¹⁶

La situación jurídica enunciada condujo incluso a que la ONG Dejusticia solicitara a la Corte Constitucional, que asumiera oficiosamente los decretos de aislamiento obligatorio, en tanto, opinó la ONG, la medida de aislamiento sólo podría ser expedida por el Congreso o en el marco de las facultades que otorgaría la declaratoria de un estado de emergencia económica, social y ecológica. La solicitud, que finalmente fue negada por la Corte en la sentencia C-145 de 2020, hacía hincapié en el déficit de control de constitucionalidad y legalidad de las disposiciones, que “materialmente” tenían fuerza de ley.¹⁷ Para el tribunal, estos decretos eran objeto de control por la acción de nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mecanismo que en principio se ha dispuesto por el ordenamiento constitucional y legal para su control. Incluso, la Corte sugirió que, como mecanismo excepcional y para casos en concreto, la acción de tutela podría operar como mecanismo transitorio y expedito para la garantía de los derechos fundamentales como la salud, trabajo, la igualdad, entre otros.

El déficit de control se profundizó por medio de otra estrategia formalista que se consignó en varios decretos legislativos, que establecieron su vigencia “mientras est[uviese] vigente la emergencia sanitaria”. De este modo, algunos de estos decretos estuvieron vigentes en un término superior al indicado en el artículo 215 de la Constitución, pues, de hecho, su permanencia en el orden jurídico se vinculó a una condición y no a un plazo. A modo de ejemplo, el Decreto Legislativo 491 de 2020 cambió los términos para resolver peticiones, modificando así lo dispuesto en la ley estatutaria (1755 de 2015), y su vigencia se sujetó a la emergencia sanitaria, que como se indicó en líneas anteriores, corresponde a facultades ordinarias sin límites temporales ni formales. Como consecuencia de la anterior, el Decreto 491 mantuvo vigencia del 28 de marzo de 2020 hasta que el legislador, dos años después, expidió la Ley 2207 del 17 de mayo del 2022, derogando el decreto legislativo y restaurando los términos definidos por el legislador estatutario. El decreto fue revisado de manera automática por la Corte Constitucional por medio

¹⁶ Acuerdo PCSJA20-11532 del 11 de abril de 2020

¹⁷ Dejusticia (2020).

de la sentencia C-242 de 2020, que la consideró ajustada a la carta, en tanto interpretó que su vigencia no era indefinida, pues estaba sujeta a la declaración de emergencia sanitaria. En otros términos, la Corte Constitucional nos ofreció una versión contemporánea de las “facultades implícitas”.

El efecto de la anterior decisión resulta evidente: el gobierno nacional obtuvo una facultad extraordinaria sin límites temporales, pues la vigencia del decreto legislativo estaría vinculada a la condición declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social. Empero, la sentencia indicada no hace referencia a esta consecuencia fáctica, que, como se señaló, se vio manifestada con varios decretos legislativos que, en la práctica, estuvieron vigentes por más de dos años.

Como consecuencia del diseño institucional antes descrito, el control de constitucionalidad y legalidad se encontró en un laberinto formalista que finalmente, ante los desafíos de la pandemia, autorizó por defecto, la expansión de las atribuciones del presidente de la República. Lo anterior, como se procederá a exponer, se flexibilizó aún más en el marco de las decisiones judiciales que replegaron por medio de otros argumentos, el control inmediato de legalidad y el control automático de constitucionalidad.

IV. La prevalencia de los criterios de eficiencia sobre las libertades y el equilibrio de poderes en las decisiones de control constitucional y de legalidad

En este título se expondrán los resultados del análisis jurisprudencial en la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. De esta manera, se dará cuenta del “juicio atenuado” en el control de las emergencias por la Corte Constitucional (1), para luego exponer el repliegue del control automático de legalidad que parecería haber realizado el Consejo de Estado (2).

1. El “juicio atenuado” en el control de las emergencias por la Corte Constitucional

Como se anticipó, en el marco de las dos emergencias decretadas durante el año 2020, se expidieron 115 decretos legislativos, orientados a conjurar la crisis.¹⁸ El balance cuantitativo arroja como resultados una escasa minoría

¹⁸ Para una síntesis del test constitucional del decreto que declara la emergencia económi-

de decretos que no superaron el juicio de constitucionalidad automático de la Corte Constitucional, pues solo 7 fueron declarados inexecutable, mientras que 51 fueron declarados executable de modo condicionado. Las inexecutableidades recayeron sobre los decretos: 802, 811, 797, 580, 567, 558 y 487 de 2020.¹⁹ De los 766 artículos que contenían los decretos examinados, la Corte declaró executable 707, es decir el 79.89% de los artículos emitidos por el Ejecutivo; declaró inexecutable 98, es decir el 11.07%, mientras que declaró 80 artículos condicionados o expresiones inexecutable, es decir el 9.04% (Corte Constitucional, 2020).²⁰

Es oportuno precisar que, un análisis detallado del contenido de los fallos de la Corte que juzgaron los 115 decretos dictados bajo el estado de excepción, ameritaría un trabajo aparte, dado que se impone una revisión de cada uno de los criterios formales y materiales, así como el “test constitucional” que la Corte le aplicó a los mismos. Por tanto, el estudio crítico de las decisiones será objeto de una próxima entrega en el marco de la investigación adelantada y que da lugar a esta publicación. No obstante, en las siguientes líneas de nuestra exposición presentamos un muestreo del control de constitucionalidad que ejerció el tribunal durante las dos emergencias, de modo que no sólo se puede apreciar la diversidad de materias y el contenido amplio de las medidas que dictó el Ejecutivo, sino también aquellos casos más notorios donde la Corte afirmó las facultades implícitas que amparaban dichas medidas.

En cuanto a las sentencias C-145 y C-307 de 2020, que revisaron los dos estados de emergencia declarados por el gobierno, coincidimos con Robledo (2021) cuando afirma que hubo una flexibilización del juicio de constitucionalidad por parte de la Corte. En efecto, el tribunal asumió que la situación de la pandemia de COVID-19 era inédita en la historia del país y que sus elementos mostraban una crisis multinivel, de modo que no era comparable con otras situaciones ocurridas bajo la Constitución de 1991 —la mayoría

ca social y ecológica, con los dos escrutinios, de requisitos formales y materiales, basada en las sentencias C-145 y C-307 de 2020, ambas relacionadas con la pandemia de COVID-19, véase Quinche (2022, p. 108).

¹⁹ Las sentencias son: C-416, C-308, C-409, C-256, C-193, C-258 y C-201, de 2020.

²⁰ Se destaca la participación de distintas personas y entidades en el juicio de los decretos, pues según la Corte se registraron 2450, de modo que fueron 21 por decreto. Corte Constitucional, micrositio sobre control de constitucionalidad de decretos expedidos durante el Estado de Emergencia, Social, Económico y Ecológico. <https://www.corteconstitucional.gov.co/micrositios/estado-de-emergencia>

de ellas por causa de desastres naturales—, y por tanto, de entrada le concedió facultades implícitas y con ello, amplios espacios para la configuración normativa al gobierno Duque. Por ejemplo, sobre la afectación de la salud, dijo la Corte:

La situación ocasionada por la pandemia sobrepasa las permanentes dificultades ordinarias del sistema de salud colombiano, no solo por la imprevisibilidad e impredecibilidad, sino también, como se ha insistido, por la facilidad y velocidad de propagación, los altos niveles de gravedad y la inexistencia de vacuna o tratamiento específico” (sentencia C-145, 2020, consideración 69).

En el caso de la sentencia C-145, la corporación aplicó un “juicio atenuado” de constitucionalidad (Robledo, 2021). En cuanto al presupuesto valorativo de la gravedad e inminencia de los hechos que motivaron la declaratoria, que según el precedente debía aplicar el tribunal, este estimó que “[...] dicho presupuesto se cumple al verificarse la presentación de los efectos mencionados, por lo que no se incurrió en una arbitrariedad ni en un error manifiesto al calificar los hechos detonantes de la emergencia [...]”.²¹ Con respecto al juicio de subsidiariedad,²² determinó que el gobierno había hecho uso de las medidas ordinarias que estaban a su alcance, pero que la magnitud de la pandemia desbordaba su capacidad y por tanto el uso de las medidas de excepción era la herramienta más eficaz para enfrentarla:

El tamaño de la crisis, las implicaciones sanitarias, económicas y sociales, y la extensión de sus efectos son circunstancias que exigían la adopción de medidas de impacto general más profundas que las que podrían adoptarse en desarrollo de la facultad reglamentaria o en despliegue de las funciones regulares administrativas (sentencia C-145, 2020, consideración 99).

²¹ “El juicio de gravedad e inminencia comprende el impacto y las consecuencias sobre la economía y la sociedad de los hechos que motivaron la declaratoria de emergencia. El criterio para su medición actual o potencial está dado por la afectación de los derechos constitucionales, sin que el examen busque suplantarlo, alterar o suprimir la facultad de valoración del Gobierno” (sentencia C-145, 2020).

²² “[...] que indaga por i) la existencia de medidas ordinarias, ii) su utilización por parte del Gobierno nacional y iii) la insuficiencia de estas para conjurar la situación e impedir la extensión de los efectos” (sentencia C-145, 2020, consideración 99).

Cabe anotar que dos magistrados discreparon parcialmente del fallo y plantearon que la Corte debió considerar la falta de intervención del Congreso, que no se pudo pronunciar por encontrarse en cuarentena, así como la voz de la oposición. De igual modo, que las medidas de aislamiento preventivo obligatorio tomadas por el Ejecutivo bajo el poder ordinario de policía debían ser objeto de control del tribunal, pues su contenido materialmente era el de una ley que limitaba derechos fundamentales.

En cuanto a la sentencia C-307 de 2020, que examinó la constitucionalidad del Decreto 637 de 2020, el juicio también fue atenuado, aunque el tribunal afirmó que debía analizar con extremo cuidado el margen de apreciación del Ejecutivo sobre la naturaleza de la crisis y las medidas para enfrentarla. Así, pese a la similitud de su postura con el precedente y este anuncio, el juicio de sobrevivencia puso de presente que el escalamiento de la pandemia a nivel global hacían difícil enfrentarla en el plano doméstico con medidas ordinarias, pese a que ya previamente el Ejecutivo había declarado otra emergencia con motivo de la misma pandemia (Robledo, 2021). Dijo la corporación:

Este tribunal no puede ser indiferente a dichas circunstancias, ni a lo que ellas implican al momento de establecer si los hechos sub examen son o no sobrevinientes. Como lo señala el Ministerio Público, la crisis del COVID-19 no se enmarca en una situación ordinaria, crónica o estructural, cuya ocurrencia sea normal y previsible en la vida social. Se trata, por el contrario, de una situación extraordinaria, que implica un importante desafío, de alcance global, ante el cual es muy difícil encontrar, con el conocimiento y experiencia hasta ahora disponible, una solución que garantice la inocuidad del virus (sentencia C-307, 2020).

La Corte agregó que la situación de la pandemia y del país no había variado mucho con respecto al momento en que revisó la primera emergencia, e incluso que algunos factores de la crisis se habían agravado:

La pandemia del COVID-19 sigue siendo una crisis sanitaria global, con mayores números de personas contagiadas y muertas. Frente a ella sigue habiendo un alto grado de incertidumbre, pues todavía no se sabe cómo tratarla de manera exitosa ni se dispone de una vacuna que haya superado todas las fases experimentales, ni se puede saber, en realidad, hasta cuándo deberán mantenerse las medidas sanitarias básicas, como la del distanciamiento social. Además,

los precios del petróleo no han tenido una mejora destacada, el mercado mundial de valores sigue afectado y todavía no se han superado todas las deficiencias del sistema de salud” (sentencia C-307, 2020).

Así, para el tribunal:

Dada la proximidad temporal entre la primera y la segunda declaración, no hay entre ambas un margen adecuado para acumular experiencias suficientes, para tener una mayor y mejor respuesta institucional. [...] La crisis del COVID-19 fue calificada por este tribunal, en la Sentencia C-145 de 2020, como grave calamidad pública con efectos devastadores. Frente a esta valoración, y dada la agravación rápida e inusitada de la situación de la emergencia sanitaria, en buena parte debido a la incertidumbre que existe en torno al comportamiento del virus y a su manejo y a la prolongación de la medida de aislamiento social, con su correspondiente severo impacto sobre la economía, considera la Sala que la valoración de la gravedad de los hechos y de su inminencia, por parte del Gobierno, no es arbitraria ni obedece a un error manifiesto de apreciación.

Cabe anotar que uno de los magistrados aclaró su voto y echó de menos una revisión más a fondo de esta segunda declaratoria, pues a su juicio debía prevalecer un criterio de regreso a la normalidad constitucional pese a la crisis, y debían exigirse al Ejecutivo más sustentos para justificar la excepcionalidad:

[...] un mayor grado de escrutinio sobre la segunda declaratoria del estado de excepción, un estímulo institucional (nudge) al restablecimiento de la normalidad constitucional y una función de garantía de las medidas estructurales para superar los retos también estructurales que afronta el país, han debido estar en el centro de las deliberaciones de la Corte Constitucional (sentencia C-397, 2020).

Regresando a los decretos legislativos dictados en el marco de las dos emergencias, también es importante señalar que, incluso en los casos de los fallos que declararon la inexequibilidad o la constitucionalidad condicionada, las medidas alcanzaron a estar vigentes y a producir plenos efectos durante varios meses antes de que la Corte Constitucional se pronunciara. Si bien esto en una gran medida se debió a la alta carga de trabajo que supuso la revisión de semejante tamaño de producción normativa gubernamen-

tal, es un aspecto que también pone en evidencia el amplio poder que tuvo el Ejecutivo para ejercer sus facultades bajo el estado de excepción.²³

De modo general, el análisis de la corporación a los 115 decretos legislativos se centró en el test de constitucionalidad en los juicios de finalidad, conexidad material, motivación suficiente, ausencia de arbitrariedad, intangibilidad, no contradicción específica, incompatibilidad, necesidad, proporcionalidad y no discriminación.²⁴

Veamos entonces de modo sintético la diversidad de materias y los alcances de los espacios regulatorios en los cuales el Ejecutivo desplazó al Congreso, y algunos de los fallos de la Corte Constitucional.²⁵

En primer lugar, una de las decisiones más controvertidas, en especial al momento de publicarse el comunicado de la Corte, fue la sentencia C-242 del 9 de julio de 2020, (M. P.) Luís Guillermo Guerrero y Cristina Pardo, que declaró la constitucionalidad condicionada del decreto 491 del 17 de marzo de 2020, en especial por las dudas que generaron los efectos del fallo en diferentes ámbitos. Una de las medidas del decreto autorizaba el funcionamiento virtual o no presencial del Congreso de la República, y se originaba en una petición del presidente del Senado al gobierno nacional tan pronto se declaró la emergencia sanitaria, en momentos en que se cuestionaba la posibilidad de operar en una modalidad diferente a la presencial, dada la interpretación que muchos hacían sobre el reglamento del Congreso (Ley 5 de 1992) (Senado, 2020). La corporación había iniciado su legislatura de modo normal el 16 de marzo de 2020, y volvió a sesionar el 13 de abril de ese mismo año en modalidad virtual (MOE, 2020).

Para la Corte, si bien las facultades extraordinarias atribuidas al Ejecutivo eran el “único camino” para enfrentar la pandemia con “acciones contundentes y expeditas”, también era necesario fijarle límites con respecto a las demás ramas del poder público, en especial del Congreso, como órgano

²³ “Al cabo de 53 Salas Plenas virtuales y de 115 Sentencias, la Corte Constitucional concluyó el control automático de los Decretos Legislativos emitidos por el Gobierno Nacional con el fin de contener la Emergencia ocasionada por el COVID-19”. Boletín núm. 155 (2020, octubre 26).

De las 115 Sentencias que fueron pronunciadas en ejercicio del control automático de Constitucionalidad, 73 corresponden a la primera Declaratoria de Emergencia, y 42 a la segunda (Ámbito Jurídico, 2020a).

²⁴ Véase, por ejemplo, sentencia C-420 (2020). También la sentencia C-330 (2020).

²⁵ Sobre los criterios que ha determinado la Corte para ejercer el control de los decretos que declaran la emergencia, así como también los decretos legislativos que dicta el gobierno en el marco de esta, véase Robledo (2021, p. 583).

encargado de vigilar al Ejecutivo: “[...] aún si se admitiera que las medidas [...] fueran indispensables para proteger la salud personal de los empleados y servidores del Legislativo y la salud pública en general, la Corte insiste en que la manera de sesionar del Congreso es un asunto que únicamente le incumbe a la rama Legislativa y con arreglo a lo que permite su propio reglamento [...]”. No obstante, agregó que²⁶

[...] la posibilidad de sesionar virtualmente no es contraria a la Constitución en circunstancias excepcionales como la presente, aunque sigue vigente la regla general de que el funcionamiento del Congreso y de las demás corporaciones públicas de elección popular se rige por la presencialidad. Ello por cuanto esta regla es el mecanismo más adecuado para dar cabida a una democracia vigorosa mediante la posibilidad de un debate intenso, de una participación activa y libre y de la expresión de todas las corrientes de opinión en circunstancias de mayor facilidad [...] Por supuesto, es razonable que excepcionalmente se acuda a la virtualidad para asegurar el permanente funcionamiento de la democracia, aun con el déficit que estas tecnologías muestran frente al mejor camino de la presencialidad para una corporación tan numerosa y diversa como lo es el Congreso de la República; sin embargo, en tal caso es necesario que se garantice que aquellos miembros que así lo consideren, bajo medidas de seguridad sanitarias, puedan asistir a los sitios de deliberación ordinarios para el ejercicio de sus funciones.

²⁶ Cabe anotar que el Consejo de Estado se pronunció en sede de nulidad electoral en la que se demandaba la elección del presidente y el secretario del Senado de la República realizada el 20 de julio de 2020, que los accionantes consideraban debía declararse nula por no haberse realizado de manera presencial. Según el Consejo, la elección gozaba de plena validez porque la sesión no presencial tenía fundamento en el mencionado Decreto 491: “[...] norma que, aunque fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional mediante sentencia C-242 de 2020, no fue por razón de la materia o contenido, sino por un “juicio de necesidad” y por violación del “principio de separación de poderes”. Además, estaba vigente al momento de la realización de la sesión que se censura, pues, sabido es que los fallos proferidos por la Corte Constitucional rigen hacia futuro [...] Por consiguiente, para esta Sala las condiciones especiales impuestas por el estado de emergencia sanitaria para la época en que fueron expedidos los actos de elección demandados justificaban que el Senado de la República acudiera a las normas vigentes sobre sesiones virtuales, a partir de la remisión e integración normativa que hace su propio reglamento, con el fin de evitar que se vieran afectadas sus atribuciones de naturaleza legislativa y de control político, sobre todo durante un estado de excepción que demanda de la Rama Legislativa especial vigilancia sobre la conveniencia y oportunidad de las medidas que adopta el Ejecutivo” (sentencia 10/06/2021).

Cabe anotar que, el 10 de junio del 2021, el Consejo de Estado se alineaba con el fallo de la Corte Constitucional en el sentido de respaldar las medidas tomadas por el Ejecutivo con respecto al funcionamiento “virtual” del Congreso, y por supuesto también le daba un espaldarazo a este último, en una clara lectura de las potestades presidenciales bajo el estado de emergencia. En efecto, no accedió a la solicitud de declarar la nulidad de la elección del presidente y el secretario del Senado de la República que esa Cámara había realizado de modo virtual bajo las reglas del mencionado Decreto 491 el 20 de julio de 2020. Según los accionantes, la elección debió realizarse de modo presencial, pero el tribunal consideró que la elección era válida por cuenta de que el fallo de la Corte tenía efectos hacia el futuro, además, porque dicha corporación había tomado tal decisión no por razón de la materia o contenido del decreto sino por un “juicio de necesidad” y por violación del “principio de separación de poderes”. De igual modo, el Consejo dijo que

las condiciones especiales impuestas por el estado de emergencia sanitaria para la época en que fueron expedidos los actos de elección demandados justificaban que el Senado de la República acudiera a las normas vigentes sobre sesiones virtuales, a partir de la remisión e integración normativa que hace su propio reglamento, con el fin de evitar que se vieran afectadas sus atribuciones de naturaleza legislativa y de control político, sobre todo durante un estado de excepción que demanda de la Rama Legislativa especial vigilancia sobre la conveniencia y oportunidad de las medidas que adopta el Ejecutivo (sentencia 10/06/2021).

Regresando al análisis de las decisiones de la Corte Constitucional, en la sentencia C-206 del 25 de junio de 2020, M. P. José Fernando Reyes Cuartas, declaró constitucional la adición por más de 9 billones de pesos al presupuesto general de la nación, que ordenó el Decreto Legislativo 572 del 15 de abril del mismo año, pero declaró inconstitucional su liquidación, pues consideró que no cumplía el requisito de “necesidad jurídica” por cuenta de que el gobierno tenía facultades ordinarias para tomar tal medida.

En la C-200 del 25 de junio de 2020, M. P. Diana Fajardo, la Corte encontró que el Decreto 492 del 28 de marzo del mismo año, relacionado con la tarifa notarial para la capitalización, era constitucional en cuanto a las medidas adoptadas en materia de recursos de crédito para las micro, pequeñas y medianas empresas, como para trabajadores independientes. No obstante, declaró inexecutable el artículo 8 del decreto, por no superar el juicio de necesidad jurídica, pero difirió sus efectos por tres meses:

[...] [el] Presidente no tenía necesidad de acudir a sus facultades extraordinarias, al amparo de un estado de excepción, para regular una materia que bien pudo haber previsto mediante un decreto reglamentario [...]. Esto conduce, entonces, a la conclusión de que el artículo 8 es inconstitucional, debido a que no supera el requisito de necesidad jurídica.

En la sentencia C-201 del 25 de junio de 2020, M. P. Alejandro Linares Cantillo, declaró inexecutable el Decreto 487 del 27 de marzo del mismo año, que dictaba medidas relacionadas con la extradición, pero determinó que no afectaba la suspensión de términos por 30 días de dichos trámites de las personas requeridas para el cumplimiento de condenas en firme, en los que ya se había proferido resolución ejecutoriada ordenando la extradición para la fecha de expedición del decreto. Esto por cuanto estimó que no se podía propiciar la desprotección y vulneración de derechos fundamentales a las personas que se encontraban en esa situación, teniendo en cuenta la posible afectación del derecho de defensa y sus consecuencias para la libertad. Así, para el tribunal, el decreto no satisfizo “los juicios de ausencia de arbitrariedad, no contradicción específica, y proporcionalidad”.

Con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, en la sentencia C-193 del 24 de 2020 declaró inexecutable el Decreto 567 del 15 de abril del mismo año, que asignaba funciones judiciales transitorias a los procuradores judiciales de familia, con el fin de que adelantaran los procesos de adopción de los niños, las niñas y los adolescentes (NNA). Para el tribunal, investir a esos funcionarios de tales competencias desconocía los principios definitorios del estado social de derecho, alteraba las funciones constitucionales de la Procuraduría General de la Nación y violaba las cláusulas de derechos fundamentales. Según el tribunal, las medidas eran desproporcionadas y podrían poner en riesgo los derechos de los niños y adolescentes debido a la alteración de las competencias de los jueces:

[...] Para la Corte, el exceso en el que incurren las medidas tomadas por el decreto —que muestra la falta de congruencia entre la magnitud de la emergencia y las disposiciones adoptadas— es visible en dos facetas: el impacto en el diseño institucional del Estado y en varias cláusulas de derechos. En efecto, como ya se explicó, la normativa altera la división de poderes, desconoce la necesidad de buscar el fortalecimiento de la Rama Judicial antes de despojarla temporalmente de sus competencias y desnaturaliza las funciones de un órgano de control, vital en momentos de anormalidad institucional. De otro lado, desconoce

que los diseños procedimentales y las competencias en cabeza de los jueces son parte de las garantías procesales de los NNA y genera un tratamiento procesal desigual para ellos.

En la sentencia C-184 del 17 de junio de 2020, con la ponencia de José Fernando Reyes Cuartas, la Corte declaró inexecutable el artículo 1o. del Decreto 516 del 2020, que adoptó medidas para la prestación del servicio de televisión abierta radiodifundida y declaró exequibles los artículos 2o. y 3o. del mismo. Para la corporación, la norma que reducía la cuota de pantalla nacional durante el estado de emergencia desconoció los juicios de finalidad, conexidad, necesidad fáctica, motivación suficiente y proporcionalidad. Según el tribunal, el gobierno no expuso las razones que para fijar el porcentaje que determinó el decreto, y la medida tampoco era necesaria dado que había otras opciones menos gravosas frente a los derechos a la cultura y la identidad nacional, para lograr el cumplimiento de la cuota de pantalla nacional.

Uno de los fallos que produjo mayor expectativa fue el que juzgó el Decreto Legislativo 568 del 15 de abril de 2020, dado el debate sobre su constitucionalidad que se originó desde el momento en que se conocieron sus medidas. El decreto estableció un impuesto solidario, que gravaba a servidores públicos, contratistas del estado y pensionados que percibieran ingresos por más de \$10 millones mensuales, cuyos recursos se destinaban al Fondo de Mitigación de Emergencias (FOME) creado para atender la pandemia. La medida fue rechazada por distintos sectores, entre ellos funcionarios y empleados de la rama judicial. El proceso de revisión de la constitucionalidad del decreto incluso se solicitó la suspensión del mismo, cuestión que la Corte negó por considerar que no procedía en el control automático de los decretos legislativos (Semana Dinero, 2020a).

En la sentencia C-293 del 5 de agosto de 2020, con la ponencia de Gloria Stella Ortiz y Cristina Pardo, la Corte declaró inexecutable el Decreto 568, es decir luego de que este llevaba más de 3 meses vigentes y el gobierno había recaudado \$ 240 mil millones (La República, 2020).

Dentro de sus consideraciones, el tribunal estableció que el decreto no superó el juicio de no contradicción específica, porque no cumplió con el principio de generalidad del tributo y desconoció el principio de equidad e igualdad tributaria, en su dimensión horizontal. Dijo la Corte que “[...] creó una medida impositiva destinada a un cierto grupo de personas y excluyó a los trabajadores particulares y funcionarios públicos que están en iguales condiciones, en términos de capacidad contributiva”, de modo que “des-

conoció los principios de equidad e igualdad tributaria y de generalidad del impuesto”. En cuanto al desconocimiento de los principios de equidad e igualdad tributaria, consideró la Corte que “se trataba de un impuesto directo que, en su estructura, confundió el concepto de capacidad tributaria con el ingreso”. Asimismo, que “excluyó injustificadamente a los trabajadores del sector privado y a algunos funcionarios, específicamente los miembros de la Fuerza Pública, que tienen la misma capacidad contributiva y que, en virtud del mencionado postulado, debían estar cobijados por la norma y obligados a tributar”.

De igual modo, que el impuesto solidario no superó el juicio de no discriminación, pues

[e]l Gobierno ha otorgado amplios beneficios tributarios para no afectar la liquidez en la economía y, pese a ello, en el decreto legislativo bajo examen no se justificó suficientemente por qué debía gravar a los servidores públicos, a las personas naturales vinculadas mediante contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión pública y a quienes reciben una pensión equivalente o mayor a los diez millones de pesos (\$10'000.000)–, sin analizar alternativas diferentes que no impacten los ingresos de quienes los perciben y podrían invertirlos para lograr el objetivo de reactivar la economía”.

Según la corporación, el impuesto trataba de manera desigual situaciones que son iguales o equiparables, distinción que no fue justificada por el gobierno. Asimismo, que no acreditó el presupuesto de motivación suficiente, pues “no asumió la carga argumentativa cualificada requerida para justificar la medida impositiva”, dado que el tribunal consideraba que el principio de legalidad tributaria protegía el debate y deliberación democrática en materia tributaria como pilar que garantizaba “el postulado de que no existe tributo sin representación, pues para su adopción debe mediar una amplia participación de la sociedad”. Así, aunque si bien reconoció que en los estados de excepción no era exigible la deliberación democrática, esto no implicaba que desapareciera “la obligación constitucional de justificar la medida impositiva”.

Para la Corte, el impuesto tampoco superó el juicio de necesidad fáctica, porque: “[e]l Gobierno Nacional no demostró la inexistencia o insuficiencia de medidas presupuestales alternativas y menos gravosas para la obtención de recursos que financien los programas de atención a la clase media vulnerable y a los trabajadores informales”.

Por último, cabe anotar que la corporación estableció efectos retroactivos a su fallo, de modo que los valores pagados por los contribuyentes gravados por el decreto se convirtieron en abonos al impuesto de renta de la vigencia 2020 que debía pagarse en el 2021. La Corte también decidió que, en caso de que el contribuyente tuviera un saldo a favor en ese impuesto de renta, le podría solicitar la devolución al gobierno únicamente a partir del 1o. de julio de 2021, o sea, casi un año después de producirse el fallo. De este modo, con esa modulación no se desfinanció de inmediato el FOME, pues el tribunal le dio tiempo al gobierno para obtener recursos que reemplazarían los del impuesto solidario que se dejarían de percibir, y además, no ordenó la devolución del valor de dicho impuesto ya pagado, sino que ordenó un cruce de cuentas en materia tributaria.

Otro de los fallos de inconstitucionalidad que tuvieron trascendencia político y alto debate jurídico y en los medios fue la sentencia C-258 del 23 de julio de 2020, M. P. Antonio José Lizarazo, que declaró inexecutable el decreto 558 del 15 de abril del mismo año, que en términos generales, disminuyó la cotización al Sistema General de Pensiones del 16 % al 3 % para los períodos de abril y mayo de 2020, y estableció un mecanismo especial de pago a cargo del Fondo Público de Pensiones, COLPENSIONES, de las mesadas de los pensionados de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías (entidades privadas), que reciben una mesada pensional equivalente a un salario mínimo bajo la modalidad de retiro programado.

Dentro de las consideraciones para declarar la inexecutable, la Corte estimó que la primera de las medidas del Decreto 558 no cumplía el requisito de no contradicción específica, pues

(i) Desmejora los derechos sociales de los trabajadores con expectativa de pensiones superiores a un salario mínimo; (ii) Dispone de recursos destinados a la financiación de las pensiones para fines distintos a ellas, y, (iii) No asegura la sostenibilidad financiera del sistema en relación con el reconocimiento de las semanas correspondientes a los períodos de abril y mayo del presente año, para efectos de completar las 1150 semanas que le permitan al afiliado acceder a la garantía de pensión mínima en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o a las 1300 semanas para obtener una pensión de Vejez de un salario mínimo legal mensual vigente en el Régimen de Prima Media.

En cuanto a la segunda medida, estimó que no cumplía con los requisitos de conexidad material, de motivación suficiente, ni de no contradicción específica.

Vale la pena mencionar que la Corte fijó efectos retroactivos al fallo, pues consideró que las medidas adoptadas por el Ejecutivo

desbordan ampliamente el ámbito de sus competencias en el Estado de Emergencia, en cuanto, como ya se señaló, además de otras causales de inconstitucionalidad, desconocen la prohibición expresa de desmejorar los derechos sociales de los trabajadores, disponen de recursos destinados a la financiación de las pensiones para fines distintos a ellas, y no aseguran la sostenibilidad financiera del sistema pensional, lo cual impone la necesidad de otorgarle efectos retroactivos a la decisión de inexequibilidad y garantizar, de esa manera, la recuperación de los montos dejados de percibir en el sistema como consecuencia de las medidas.

Para la corporación, de no hacerlo, “se consolidaría la afectación de los derechos, la indebida destinación de los recursos y la sostenibilidad financiera, no obstante, las expresas reglas constitucionales diseñadas precisamente para impedirlo”.²⁷

En la C-171 del 10 de junio de 2020, M. P. José Fernando Reyes, la Corte juzgó el Decreto 488 del 27 de marzo del mismo año, que establecía unas medidas para proteger el empleo con motivo de la pandemia, y lo condicionó en cuanto al retiro de cesantías, pues consideró que este también debía cubrir a toda entidad que administre cesantías, como es el caso del Fondo Nacional del Ahorro.

En la C-169 del 10 de junio de 2020, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo, la Corte condicionó la constitucionalidad del artículo 1o. del Decreto Legislativo 461 del 22 de marzo 2020, que autorizaba temporalmente a los gobernadores y alcaldes para reorientar rentas y reducir tarifas de impuestos territoriales. Según la Corte, dicha facultad era para reorientar rentas de destinación específica, pero no autorizaba a los gobernadores y alcaldes para modificar las leyes, ordenanzas ni acuerdos de creación o modificación de ta-

²⁷ Más adelante, en la sentencia C-308 del 12 de agosto de 2020, el M. P. Antonio José Lizarazo, declaró inexequible el decreto 802 del 4 de junio de 2020, que modificó el decreto 558. En su fallo, la Corte consideró que las medidas adoptadas no superaban el juicio de conexidad material, ni el de motivación suficiente, ni el de necesidad, ni el de incompatibilidad. (Ámbito Jurídico, 2020b).

les rentas, y que solo podía ejercerse mediante la modificación del presupuesto de la actual vigencia fiscal. En cuanto al artículo 2o., lo condicionó en el entendido de que la facultad para reducir las tarifas de los impuestos no autorizaba a los mencionados mandatarios a modificar las leyes, ordenanzas ni acuerdos que las fijaron y que dejarían de regir al término de la siguiente vigencia fiscal en caso de que no se señale un término menor.

En cuanto a la sentencia C-161 de 2020, la Corte condicionó el artículo 1o. del Decreto Legislativo 467 del 2020, que determinó auxilios para los beneficiarios del ICETEX, en el entendido que la medida denominada “periodo de gracia” prevista en el numeral primero no causa durante su vigencia intereses sobre los créditos. Asimismo, declaró exequibles los artículos 2o. y 3o. del decreto. A juicio de la corporación, la norma ofrece un alivio urgente y necesario para ayudar a los beneficiarios de créditos educativos del ICETEX cuya capacidad de pago se ha visto disminuida como consecuencia de la pandemia. En tal sentido, aseguró que estos alivios constituyen una medida que se ajusta a la Constitución. Sin embargo, en las actuales circunstancias y de cara a los difíciles momentos que atraviesan las familias colombianas, es indispensable velar porque los beneficios sobre los créditos educativos se traduzcan en un verdadero alivio y no simplemente en el aplazamiento de sus obligaciones. Por ello, el alto tribunal juzgó como desproporcionado que, en las actuales circunstancias, se sigan causando intereses a los estudiantes que se acojan a la medida del numeral primero del artículo 1o, por eso la condiciona.

En la sentencia C-205 del 25 de junio de 2020 (M. P. José Fernando Reyes Cuartas) declaró exequible la unificación de competencia para expedir protocolos de bioseguridad bajo la pandemia, pues consideró que dichos instructivos buscaban controlar el contagio y minimizar los riesgos a los que se veía expuesta la población ante la reactivación de la economía, la sociedad y la administración pública, con posterioridad al aislamiento preventivo obligatorio. Para el tribunal, el Decreto 539 del 13 de abril de 2020 no desconocía el principio de autonomía territorial, pues se trataba de la aplicación del principio de coordinación entre la nación y las autoridades regionales y locales para determinar la apertura de algunos sectores.

En la sentencia C-204 del 25 de junio de 2020, M. P. Cristina Pardo, declaró exequible el Decreto 561 del 15 de abril 2020, que dictó medidas transitorias para apoyar con incentivos económicos a los artistas, creadores y gestores culturales que demostraran vulnerabilidad como resultado de la pandemia o que estuvieran en situación de discapacidad, con cargo a los re-

cursos del impuesto nacional al consumo con destino a la cultura. En general, estimó que el impacto del aislamiento ordenado por el gobierno había afectado a dicho gremio y por tanto que era necesaria la expedición de una norma que modificara el artículo 512-2 del Estatuto Tributario y así permitir que el citado impuesto se destinara a la inversión social en cultura el pago de ayudas económicas para garantizarles el mínimo vital a los artistas.

En la sentencia C-203 del 25 de junio de 2020, M. P. Diana Fajardo, declaró exequible el Decreto 528 del 2020, que estableció una serie de alivios financieros para el pago de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo. Según el tribunal, las condiciones de aislamiento restringían la actividad económica y afectaban la capacidad de pago y el cumplimiento de obligaciones por parte de los usuarios, el alto tribunal avaló la creación de estrategias para dar alivios financieros y, así mismo, asegurar la estabilidad financiera de los prestadores de estos servicios públicos, aun sin el pago oportuno del usuario. De igual modo, encontró que se ajustaba a la Constitución la medida que ordenaba que recursos del Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso de los mencionados servicios en los municipios pudiera destinarse a financiar los mencionados incentivos.

En la sentencia C-202 del 25 de junio de 2020, M. P. Antonio José Lizarazo, la Corte determinó que los alivios tributarios para el sector agropecuario ordenados en el Decreto 573 del 15 de abril del mismo año se ajustaban a la carta. Según la corporación, se trataba de

[...] medidas tributarias cuya finalidad es legítima desde el punto de vista constitucional; tienen una justificación suficiente; evidencian una relación directa tanto con la situación fáctica que dio origen a la declaratoria de emergencia, como con las consideraciones que sirven de sustento al decreto; son medidas idóneas y adecuadas a la consecución de la finalidad constitucional perseguida; constituyen medios necesarios en el contexto de la crisis de emergencia para beneficiar al sector productivo de alimentos y con ello garantizar la seguridad alimentaria de todo el país; constituyen medios que no contradicen la Constitución Política sino que, por el contrario, la desarrollan, promoviendo el abastecimiento de elementos básicos como el alimento y, por tanto, la seguridad alimentaria.

En la sentencia C-157 del 3 de junio de 2020, M. P. Diana Fajardo Rivera, declaró la exequibilidad de una de las medidas que causó mayor debate por la posible vulneración de derechos, como el de libre circulación, además por la remisión a sanciones penales y administrativas a quienes vio-

laran la prohibición. Se trataba del Decreto 439 del 20 de marzo del mismo año, que dentro de sus medidas suspendió temporalmente, y de modo general, el desembarque con fines de ingreso o conexión en territorio colombiano de pasajeros procedentes del exterior por vía aérea. De modo general, la Corte consideró que las medidas cumplían con la finalidad, conexidad material, motivación suficiente, ausencia de arbitrariedad, intangibilidad, no contradicción específica, incompatibilidad, necesidad, proporcionalidad y de no discriminación. Para el tribunal la prohibición si bien era general no era absoluta y planteaba “[u]na excepción amplia para que las personas que quieran regresar, siendo nacionales o extranjeras residentes en Colombia, puedan hacerlo bajo el supuesto de que se encuentran en una situación de fuerza mayor, caso fortuito o emergencia humanitaria”.

Otro de los decretos que tuvo gran notoriedad mediática, y fue motivo de intensa controversia jurídica, fue el 806 del 24 de septiembre de 2020, que reguló ampliamente las actuaciones judiciales por medio de tecnologías de la información y las comunicaciones, que lo revisó en la sentencia C-420 de 2020, M. P. Richard Ramírez. Luego de un extenso fallo, la Corte lo declaró exequible, aunque condicionó algunas normas relacionadas con el envío y recibo de mensajes por correo electrónico. Para el tribunal, el paquete de medidas no vulneraba la carta política, por ejemplo porque había precisado el alcance de los juicios de finalidad, motivación suficiente, conexidad material, incompatibilidad y necesidad, y las medidas adoptadas estaban “directa y específicamente relacionadas con el Estado de excepción”, y eran

idóneas y necesarias para (i) garantizar la prestación del servicio de administración de justicia, (ii) proteger la salud de los servidores y usuarios de la administración de justicia, (iii) agilizar el trámite de procesos judiciales y reducir la congestión de los despachos judiciales y (iv) reactivar el sector económico que depende de la prestación del servicio de justicia.

Por último, aparte de los juicios de constitucionalidad relacionados con los decretos legislativos, es oportuno resaltar otros fallos de la Corte Constitucional, esta vez en sede de tutela, que se produjeron varios meses después de la coyuntura crítica de la pandemia, cuando muchas de las medidas ordinarias y de emergencia habían perdido su vigencia. Se trata de fallos de revisión de tutela tardíos, que también ayudan a mostrar el déficit de protección real de los derechos fundamentales que supuso la crisis. Tan sólo a modo de ejemplo, en primer lugar, tenemos la sentencia T-337 del 26

de septiembre de 2022, M. P. Cristina Pardo, que revisó varios fallos de tutela dictados entre el 2021 y el 2022 relacionados con la exigencia de portar un carné o certificado digital de vacunación como requisito de ingreso a ciertos lugares y eventos, contenida en los decretos 1408 y 1615 de 2021, y 655 de 2022, dictados por el gobierno en ejercicio de sus facultades ordinarias. La Corte estimó que había una carencia de objeto para pronunciarse, dado que las medidas ya no estaban vigentes, pues el fallo se profirió casi un año después de producidos los hechos que motivaron las tutelas. No obstante, determinó que estas superaban los respectivos test y por tanto no vulneraban derechos fundamentales, pues “[...] restringir el ingreso de las personas no vacunadas contra el Covid-19 a determinados establecimientos puede reducir el riesgo de que el virus se transmita, independientemente del estado de vacunación de las personas”, aunque al mismo tiempo señaló que tal restricción no era la única alternativa eficaz para enfrentar la pandemia, de modo que, dados los casos concretos que examinó, “hizo un llamado para que las autoridades se aseguren de que la decisión de las personas en lo que respecta a su vacunación contra el Covid-19 sea libre, autónoma y espontánea; no derivada de impactos y sobre su esfera iusfundamental”.

En la misma línea del fallo previo, otra sentencia llegó mucho tiempo después de ocurridos los hechos, cuando ya las medidas no regían, fue la T-143 del 26 de abril de 2022, M. P. Alejandro Linares Cantillo, que revisó la tutela presentada el 27 de noviembre de 2020 en contra del Ministerio de Salud y el Instituto Nacional de Salud, la Aeronáutica Civil y otras entidades, por personas que consideraron que la aplicación Coronapp, que debía descargarse y diligenciarse para poder uso del transporte aéreo en el país, vulneraba varios derechos fundamentales. La corporación declaró la “carencia actual de objeto”, porque ya la medida no estaba vigente, pero previno al gobierno y demás instituciones a adoptar las reglas de la legislación estatutaria en materia de datos personales y habeas data, pues estas debían ser compatibles con la emergencia declarada.

2. El Consejo de Estado y el repliegue del control automático de legalidad

La suerte del control inmediato de legalidad fue similar al “control atenuado” de constitucionalidad que acaba de exponerse, con argumentos quizá más formales que materiales. En la búsqueda realizada en la jurisprudencia del Consejo de Estado, se encontraron 125 decisiones relativas

a este medio de control automático, entre las que se decidía la procedibilidad del control inmediato y aquellas tomaban decisión de fondo. En su mayoría (108), el Consejo declaró improcedente el control inmediato, en tanto afirmó que los presupuestos de procedibilidad que se indican a continuación no se cumplían, a saber, la procedibilidad del medio de control inmediato de legalidad está determinada por los siguientes supuestos facticos: i) se trate de una medida de carácter general; ii) dictada en ejercicio de la función administrativa, y iii) en desarrollo de un decreto legislativo expedido durante los estados de excepción de que tratan los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.²⁸ Cuando el acto administrativo no superaba los criterios formales antes indicados, el Consejo de Estado procedió a declarar improcedente el control inmediato y se abstenía de asumir conocimiento, “independientemente de que sea expedido en el contexto mismo del estado de excepción, e incluso cuando con éste se adopten medidas para conjurar las circunstancias críticas que le dieron origen” (sentencia 10/09/2020, José Roberto Sáchica Méndez). Para el Consejo de Estado, la emergencia sanitaria y cualquier acto administrativo de carácter general expedidos en el marco temporal y fáctico de los estados de excepción, que se limita a desarrollar las funciones que legal y constitucionalmente le han sido atribuidas previamente a la entidad, eluden el control automático de legalidad (sentencia 10/09/2020, José Roberto Sáchica Méndez). Con base en lo anterior, de las 125 decisiones adoptadas, sólo 17 avocaron conocimiento y resolvieron el asunto por medio del control inmediato de legalidad.

De esta manera, el Consejo de Estado realizaba el examen inmediato de legalidad sólo respecto a aquellos asuntos que superaban los requisitos formales indicados por el artículo 136 del CPACA. Para el control material, el Consejo realiza un control de constitucionalidad y legalidad centrado en los juicios de proporcionalidad, finalidad, necesidad, intangibilidad de ciertos derechos y no discriminación, conexidad y juicio de legalidad. Este último, indica un análisis integral, pero “no completo ni absoluto del or-

²⁸ V. gr. Sentencia del 07/07/2021, Rad. 11001-03-15-000-2021-04108-00. C. P.: Martín Bermúdez Muñoz. Sentencia del 14/10/2020, Rad. 11001-03-15-000-2020-04174-00. C. P.: Oswaldo Giraldo López. Sentencia del 01/10/2020, Rad. 11001-03-15-000-2020-04088-00. C. P.: Hernando Sánchez. Sentencia del 04/09/2020, Rad. 11001-03-15-000-2020-03896-00. C. P.: Nubia Margoth Peña Garzón. Sentencia del 28/08/2020, Rad. 11001-03-15-000-2020-03792-00. C. P.: Nubia Margoth Peña Garzón. Sentencia del 27/08/2020, Rad. 11001-03-15-000-2020-03692-00. C. P.: Oswaldo Giraldo López. Sentencia del 18/08/2020, Rad. 11001-03-15-000-2020-02436-00. C. P.: Hernando Sánchez.

denamiento jurídico”, que finalmente, puede resultar laxo, en tanto, afirma el Consejo de Estado, las reglas constitucionales y estatutarias que orientan los estados de emergencia, no establecen lineamientos estrictos sobre los medios para conjurar la situación excepcional (sentencia del 14/12/2021). La anterior es quizá, la versión contemporánea elaborada por el Consejo de Estado de las “facultades implícitas” en materia de policía administrativa.

El control inmediato de legalidad cuenta con varias características determinadas por el mismo Consejo de Estado, enfatizado en varios de los fallos analizados, a saber: el control es automático e inmediato, porque tan pronto se expide el acto administrativo general debe ser enviado para que se ejerza el control correspondiente y, en caso de que no se envíe dentro de las 48 horas siguientes a la expedición, la autoridad judicial competente debe asumir, de oficio, el control de tal acto (artículo 136 C. P. A. C. A.). Es autónomo, pues es posible adelantar el control antes de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad del decreto que declara el estado de excepción y de los decretos legislativos que lo desarrollan. Es integral, por cuanto es un juicio en el que se examina la competencia de la autoridad que expidió el acto, la conexidad de la decisión con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción, la sujeción a las formas y la proporcionalidad de las medidas adoptadas para conjurar la crisis e impedir que se extiendan los efectos del estado de excepción. Finalmente, indica el Consejo, la sentencia que decide el control de legalidad hace tránsito a cosa juzgada relativa, en tanto es compatible con las acciones públicas de nulidad simple y nulidad por inconstitucionalidad, según sea el caso (sentencia del 04/08/2020).

De esta manera, como se expuso en los asuntos observados, la Sala declaró improcedente el control inmediato de legalidad del acto administrativo objeto de estudio en 108 de los 125 casos, al encontrar que no cumplían la condición normativa consistente en desarrollar un decreto legislativo dictado en un estado de excepción, en los términos indicados en los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 de Ley 1437 de 2011. Algunas normas, como el Decreto 1320 de 1 de octubre de 2020,²⁹ fueron examinados de fondo,

²⁹ El decreto contiene reglas generales sobre las líneas de crédito directas o de redescuento con tasa compensada de FINDETER y BANCÓLDEX, con recursos del FOME y el reconocimiento y transferencia de los recursos del fondo requeridos por dichas entidades financieras estatales para subsidiar la tasa de interés de las líneas de crédito priorizadas en el marco de lo establecido en el artículo 5o. del Decreto Legislativo 444 de 2020. ii) Dictado en ejercicio de la función administrativa.

al desarrollar el Decreto Legislativo 444 de 2020 (sentencia del 14/12/2021). No obstante, sólo dos asuntos declararon la ilegalidad del acto administrativo, de los 17 analizados llamaron nuestra atención: el fallo del 7 de febrero de 2022 y el 4 de agosto de 2020, como se expone a continuación.

Un importante grupo de asuntos fueron relativos decisiones que resolvieron la legalidad de actos administrativos que habilitaba o autorizaba trabajo remoto o presencial.³⁰ En estos casos, el Consejo de Estado indicó que, si bien la medida tiene relación con la pandemia, y en el caso de la modalidad de trabajo, desarrollaba la Ley 2088 de 2021, así como regular la atención presencial de usuarios y fijar el horario de trabajo presencial y en casa, no son desarrollo de decretos legislativos expedidos en vigencia de la emergencia económica, social y ecológica declarada por el Gobierno nacional con ocasión de la pandemia asociada con el COVID-19, razón por la cual no procede el control inmediato de legalidad en los términos del artículo 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.³¹

Otro grupo de decisiones se enmarcaron en la adopción de medidas para garantizar la atención y la prestación de los servicios a su cargo y proteger a los servidores públicos y contratistas en el marco de la emergencia. En estos casos, llama la atención la ponderación realizada por el Consejo de Estado, que acogiendo el principio de efecto útil, profirió una decisión interpretativa más favorable a la conservación del acto administrativo. Así, el Consejo dio aplicación al principio de conservación de las normas y del “principio de hermenéutica de ‘efecto útil de interpretación de las normas’ reconocido especialmente por la jurisprudencia constitucional” por medio de “sentencias interpretativas o de condicionamiento de legalidad”, disponiendo no retirar del ordenamiento jurídico una norma o disposición —de actos administrativos generales— cuando de ella es posible y válido predicar una interpretación acorde con el ordenamiento jurídico superior y por lo tanto, “no se justifica retirarla o expulsarla del ordenamiento jurídico por el hecho de que habría otra interpretación que conduce a concluir su ilegalidad sino, que debe preferirse aquella que permite mantener la norma bajo el con-

³⁰ En la Sentencia del 14 de diciembre de 2021, C. P.: Nubia Margoth Peña Garzon. En este caso, el Consejo de Estado declaró la nulidad de la Resolución 00780 de 2020 del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, en tanto restringía la posibilidad de trabajo en casa y uso de los medios tecnológicos para las personas naturales que tengan contratos de prestación de servicios personales, profesionales y de apoyo a la gestión.

³¹ Ver por ejemplo, Sentencia del 7 de julio de 2021, C. P.: Martín Bermúdez Muñoz.

dicionamiento de legalidad que haga y establezca el juez en el respectivo juicio de legalidad”.³²

Con todo, no todas las decisiones fueron favorables para la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de los decretos legislativos. Ejemplo de esto fue el Decreto 1754 del 22 de diciembre de 2020, por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo relacionado con la reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba en los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, en el marco de la emergencia sanitaria (sentencia del 16/06/2022). Para el Consejo de Estado, el Decreto 1754 no superó el juicio de conexidad ni de proporcionalidad, en la medida en que la reanudación de los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, así como de los periodos de prueba en vigencia de la emergencia sanitaria, si bien cuenta con un fundamento constitucional para su expedición, no se justifica en tanto no lograría, opina el Consejo, los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción y a los previstos en el Decreto Legislativo 491 de 2020, que se profirió como desarrollo de la declaratoria de emergencia. Para el Consejo, el artículo 14 del Decreto Legislativo 491 de 2020 ordenó el aplazamiento de los concursos de mérito que se estuvieren adelantando, con la advertencia de que estos debían reanudarse una vez fuere superada la emergencia sanitaria decretada por el Ministerio de Salud y Protección Social. Así mismo, en esta decisión, el Consejo decidió la nulidad del citado decreto, considerando que la norma no contiene un medio idóneo para asegurar el principio del mérito en la función pública, así como salvaguardar el derecho a la salud de los servidores públicos y/o ciudadanos que se encuentren en alguna de las etapas de estos procesos. El Consejo adopta así una decisión donde la norma de excepción prevaleció sobre el mandato constitucional, al indicar que el mérito en la función pública es un fin “constitucionalmente legítimo”, sin embargo, realizar el concurso y proveer los cargos es “la medida desconoce abiertamente la restricción impuesta por el legislador extraordinario” (sentencia del 16/06/2022).

Otro caso en el que el control inmediato de legalidad también contó con espacios afirmativos de control, ante claros excesos en la reglamentación de decretos legislativos fue el juicio a la Resolución núm. 167 del 26 de junio de 2020, expedida por la Corporación para el Desarrollo Sostenible

³² Véase por ejemplo, Sentencia del 7 de febrero de 2022, M. P. Fredy Ibarra Martínez.

del Norte y el Oriente Amazónico —CDA—. Este acto administrativo reducía el término para el trámite de concesión de aguas subterráneas, de 15 días a 5 días, para atender (i) la oposición u oposiciones si las hubiere y (ii) si es procedente o no, otorgar la concesión solicitada, mientras se mantenga la vigencia de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social. El exceso en la decisión de la Corporación Autónoma fue evidente y por ello, el Consejo de Estado decidió la anulación con efectos *ex tunc*, de manera que las obras de perforación para prospección y exploración de aguas subterráneas que se encuentren en curso en el área de influencia de la CDA y sin los debidos permisos de las autoridades ambientales, debieron ser suspendidas de manera inmediata, hasta que los interesados obtengan el permiso correspondiente (sentencia del 04/08/2020).

V. Conclusiones

Desde la perspectiva del historicismo se puede diagnosticar que el constitucionalismo colombiano ha dado preminencia al poder presidencial, y que en buena medida la trayectoria del país ha estado marcada por el autoritarismo.

El diseño institucional y las posturas de las distintas ramas del poder público bajo la carta política de 1886 le permitieron al Ejecutivo ejercer amplísimas facultades en detrimento del poder legislativo, y con un control laxo por parte de la Corte Suprema de Justicia. Este órgano incluso permitió el sometimiento de los civiles a la justicia penal militar durante varias décadas. De igual modo, el Ejecutivo hizo uso de facultades ordinarias, como las de policía, con poco control del juez de legalidad.

Si bien la Constitución de 1991 intentó moderar ese poder presidencial al recortar las facultades del Ejecutivo en estados de excepción y en buena parte al fortalecer las funciones del Congreso y el control constitucional, desde los mismos artículos transitorios, y las primeras reformas constitucionales, se concedieron poderes a los presidentes, que terminaron incrementados por las enmiendas reeleccionistas. Tales reformas permitieron que un presidente enfrentara por la vía armada a la subversión, pero también que otro gobierno lograra un acuerdo de paz con las FARC, no sin antes obtener un gran poder de configuración normativa que le delegó el Congreso.

El gobierno de Iván Duque enfrentó la pandemia de COVID-19 por medio de dos emergencias económicas y sociales que le dieron gran capacidad

normativa, a expensas del Congreso. La amplia gama de materias de los decretos legislativos, sumado a que la mayoría de estos gozaron del respaldo de la Corte Constitucional, pone de presente la continuidad de la preeminencia del poder presidencial en dicha trayectoria.

Como dijimos al inicio, es necesario analizar las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en la revisión automática que realizó a cada uno de los 115 decretos legislativos dictados por el gobierno Duque durante la pandemia para así poder ofrecer un balance completo de dicho ejercicio, asunto que será objeto de un trabajo posterior. No obstante, en una perspectiva cuantitativa es diciente que solo siete de esos decretos, en medio de la amplia capacidad normativa de que gozó el Ejecutivo, no hayan sobrevivido al juicio de la Corte.

En el muestreo de sentencias de la Corte Constitucional que presentamos se aprecia la diversidad de materias y la amplitud de regulación de los decretos legislativos dictados por el Ejecutivo bajo el régimen de excepción, y el control constitucional un tanto flexible que se ejerció sobre ellos. El tiempo en que estos decretos se mantuvieron vigentes mientras el tribunal los examinaba, así como algunos condicionamientos a los efectos de los fallos de inconstitucionalidad, también dan cuenta de tal práctica judicial, que en últimas contribuyó al reforzamiento del poder presidencial.

Las facultades ordinarias de policía que le confirió la Constitución, pero también la ley, sumadas a la inacción del control de legalidad por el Consejo de Estado, le permitieron al Ejecutivo ejercer un gran poder de regulación en tiempos de la pandemia de COVID-19. Por esto, también se puede hablar de un poder presidencial con escasos límites de los demás poderes en esa coyuntura (2020-2022). En efecto, la normalización de estas atribuciones de policía provocó un importante impacto en el orden constitucional y el sistema de pesos y contrapesos, pues atribuir esas “facultades implícitas”, junto a un “control atenuado” y el repliegue del control automático de legalidad condujo a que dichas atribuciones carecieran de límites temporales; su control judicial fuese rogado y posterior y no se guiaren por una ley estatutaria o un marco superior más allá de la carta fundamental.

Por su parte, el control automático que realizó la Corte Constitucional al decreto que declara el estado de emergencia, junto a los decretos legislativos (artículo 215 de la Constitución política), así como los límites temporales y materiales definidos por la Ley Estatutaria —Ley 137 de 1994— parecerían haberse relajado de cara a superar una situación inédita, pero que ha llevado a una ampliación de las materias regidas por las facultades semi parla-

mentarias transitorias. Así, junto a los decretos ordinarios que se amparaban en las facultades de policía que tenía el Presidente, establecidas en el Código Nacional de Seguridad y Convivencia (Ley 1801 de 2016), el Ejecutivo se vio investido de unas facultades implícitas e intemporales para reglamentar un amplio espectro de materias por medio de decretos ordinarios, en el marco de una emergencia sanitaria, que no estado de emergencia, y que rigió en un espacio temporal mucho más amplio que el estricto límite constitucional del artículo 212 a 215 de la carta (que regulan los estados de excepción).

Por último, estimamos que son necesarios los análisis que combinen la revisión de las posturas de los tribunales constitucionales, pero también de los jueces de legalidad en asuntos como el poder presidencial, pues esto permite tener una visión de conjunto sobre el incremento de esa dinámica institucional. En ese sentido, este trabajo quisiera proponer caminos que contribuyan a un diálogo más fecundo en campos en los que suelen predominar miradas aisladas: bien desde el derecho constitucional o el derecho administrativo. Este artículo procuró avanzar en esa vía, que esperamos seguir en próximos trabajos.

VI. Referencias

- Abranches, S. (1988). Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados-Revista de Ciências Sociais*, 31(1), 5-34.
- Abranches, S. (2018). “Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro”, Companhia das Letras.
- Álvarez, A. (2022). El Paro nacional del 2021 en Colombia: estallido social entre dinámicas estructurales y de coyuntura: la relevancia de la acción política y del diálogo en su desarrollo y transformación. *Prospectiva*, 33.
- Ámbito jurídico (2020a). Coronavirus: Conozca todas las decisiones de la Corte Constitucional sobre los decretos legislativos, 8 de julio de 2020.
- Ámbito jurídico. (2020b). Coronavirus (COVID-19) Corte explica por qué declaró inexecutable el decreto sobre traslado de recursos a Colpensiones, 27 de agosto de 2020. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/coronavirus-covid-19corte-explica-por-que-declaro-inexecutable-el-decreto-sobre>
- Arango, A. C. (2019). Mutaciones del presidencialismo. La transformación del poder presidencial en Colombia (1974-2018). *Estudios Constitucionales*, 17, 91-120.

- Arendt, H. (2008). *La promesa de la política*. Paidós Ibérica.
- Ariza, L. (1997). Estados de excepción y razón de Estado en Colombia. En *Estudios Ocasionales del Cijus*, (v. 1 fasc. 1). Uniandes.
- Asuntos Legales. (2020). Exfiscal Paola Meneses fue elegida como nueva magistrada de la Corte Constitucional, 11 de diciembre de 2020. <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/exfiscal-paola-meneses-fue-elegida-como-nueva-magistrada-de-la-corte-constitucional-3100207>
- Barrera, P. J. (2020). Dos efectos de la Covid-19 en Colombia: profundización de la desigualdad y retorno al hiperpresidencialismo. *Derecho y Realidad*, 18(36), 59-88. <https://doi.org/10.19053/16923936.v18.n36.2020.12158>
- Barreto, A. (2012). La generación del Estado de sitio: el juicio a la anomalía institucional colombiana en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. *Precedente. Revista Jurídica*, 1, 9-48.
- Barreto, A. (2017). La Corte Suprema de Justicia y el estado de sitio: línea jurisprudencial sobre las doctrinas de las facultades implícitas y de las atribuciones constitucionales del gobierno. En M. Castro (Coord.), *Gaceta Judicial: 130 años de historia jurisprudencial colombiana*, 302-322. Ediciones Uniandes.
- Benítez, V. (2022). La limitación al poder presidencial en Colombia por medio del control de reformas constitucionales: la política judicial detrás de las sentencias de reelección presidencial y paz. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 26(1), 323-353. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8473362>
- Boletín núm. 155 (2020, octubre 26). <https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?Con-115-sentencias,-la-Corte-Constitucional-concluye-el-control-automatico-de-los-Decretos-Legislativos-por-el-COVID-19-8995>
- Botero, A. (2012). Una presidencia sin ejecutivo y sin Estado: la concentración del poder público colombiano en la contemporaneidad. En M. Londoño (Coord.), *La cuadratura del círculo* (pp. 93-120), Universidad de Medellín.
- Botero, A. y Cajas, M. (2021). El hiperpresidencialismo colombiano y el Acuerdo de Paz de la Habana. *Vniversitas*, 70, 1-28. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj70.hcap>
- Cajas, M. (2015). *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991*. Uniandes y Universidad Icesi.

- Cajas, M. (2017). El juicio al Estatuto de Seguridad de 1978 o uno de los peores casos en la historia de la Corte Suprema de Justicia. En M. Castro (Coord.), *Gaceta Judicial: 130 años de historia jurisprudencial colombiana*, 263-301. Ediciones Uniandes.
- Cajas, M. y Sarmiento, J. (2022). Proporcionalidad y razonabilidad de la vacunación obligatoria contra la COVID-19: aproximaciones desde el constitucionalismo contemporáneo. *Vniversitas*, 71.
- Carpizo, J. (1978). Notas sobre el presidencialismo mexicano. *Revista de Estudios Políticos*, 3, 19-36.
- Castillas, C. (2001). Gobierno dividido en México: entre la pluralidad y la eficacia. *Revista de Estudios Políticos*, (113), 75-99.
- Celi, I. (2020). Del correísmo al anti-correísmo. Constitucionalismo autoritario, radicalismo y cambio político en Ecuador. *Sur Academia*, 7(13), 85-102.
- Cerbone, P. (2021a). El hiperpresidencialismo: una aproximación desde la perspectiva de la teoría política. *RIPS: Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, 20(1), 1-15.
- Cerbone, P. (2021b). El hiperpresidencialismo como resultado de la interacción entre presidencialismo fuerte y populismo. *RIPS: Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, 20(1).
- Córdova, H. (2013). *Derechos sin poder popular; presente y futuro de la participación, comunicación e Información*. Editorial del Centro Andino de Estudios Estratégicos y Universidad Central del Ecuador.
- Corte Constitucional (2020). Micrositio sobre control de constitucionalidad de decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional durante el Estado de Emergencia Social, Económico y Ecológico. <https://www.corteconstitucional.gov.co/micrositios/estado-de-emergencia/estadisticas.php>
- Dávila, Andrés (2002). *Democracia pactada*. Alfaomega Grupo Editor.
- El Espectador. (2020). ¿Por qué se habla de concentración de poder en el gobierno Duque? <https://www.elespectador.com/politica/por-que-se-habla-de-concentracion-de-poder-en-el-gobierno-duque-article>
- El Nuevo Siglo (2020). ¿Qué pasa si Paola Meneses es elegida magistrada? <https://www.elnuevosiglo.com.co/politica/que-pasa-si-paola-meneses-es-elegida-magistrada>
- Faivre, C. (2011). Colombia: un régimen presidencial bajo la tentación del parlamentarismo. *Revista Derecho del Estado*, 27, 23-46.

- France 24. (2022). Iván Duque centró su periodo en la seguridad, pero deja una Colombia más violenta. <https://www.france24.com/es/am%C3%A9rica-latina/20220615-iv%C3%A1n-duque-centr%C3%B3-su-periodo-en-la-seguridad-pero-deja-una-colombia-m%C3%A1s-violenta>
- García, I. (2019). La parlamentarización peruana (2001-2016). Presidencialismo y sistema de partidos. *Espiral*, 26(74), 127-163. <https://doi.org/10.32870/espiral.v26i74.7050>
- Ginsburg, T. y Versteeg, M. (2021). The bound executive: Emergency powers during the pandemic. *International Journal of Constitutional Law*, 19(5), 1498-1535. <https://doi.org/10.1093/icon/moab059>
- González, J. (2015). *Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur: Argentina, Chile y Colombia (1930-1990)*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Guerrero, E. (2018). Narrativas de la legalidad en el hiperpresidencialismo constitucionalizado ecuatoriano. *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, (14), 175-190.
- Ittai Bar, S. (2020). Covid-19 meets politics: the novel coronavirus as a novel challenge for legislatures. *The Theory and Practice of Legislation*, 8(1-2), 11-48. <https://doi.org/10.1080/20508840.2020.1800250>
- Iturralde, M. (2008). Estado de derecho vs. Estado de emergencia. Hacia un Nuevo Derecho Constitucional, Universidad de los Andes.
- Landau, D. (2020). The causes and consequences of a judicialized peace process in Colombia. *International Journal of Constitutional Law*, 18(4), 1303-1323. <https://doi.org/10.1093/icon/moaa087>
- La República (2020). La Corte Constitucional tumbó el impuesto solidario que se estableció en el Decreto 568 de 2020. <https://www.larepublica.co/economia/la-corte-constitucional-tumbo-el-impuesto-solidario-del-decreto-568-de-2020-3041856>
- La Silla Vacía (2020). Coalición y candidatos con lazos políticos, clave de Duque para quedar con todo. <https://www.lasillavacia.com/historias/silla-nacional/coalicion-y-candidatos-con-lazos-politicos-clave-de-duque-para-quedar-con-todo>
- La Silla Vacía (2021). Duque repotencia la seguridad con más de lo mismo, en un empaque para el 2022. <https://www.lasillavacia.com/historias/silla-nacional/duque-repotencia-la-seguridad-con-mas-de-lo-mismo-en-un-empaque-para-el-2022>

- Limongi, F. (2006). Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos*, 76, 17-41.
- Limongi, F. y Figueiredo, A. (1998). Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. *Lua Nova*, 44, 81-106.
- Linz, J. y Stepan, A. (1996). Hacia la consolidación democrática. *La Política, Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad*. Paidós Ibérica.
- Lochak, D. (1972). *Le Rôle Politique du Juge Administratif Français*. Université de Paris, LGDJ.
- Mainwaring, S. (1999). Multipartidismo, federalismo robusto y presidencialismo en Brasil. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 1(2), 58-120.
- Maskaly, J., Kutinjak et al. (2021). Policing the covid-19 Pandemic: Exploratory Study of the Types of Organizational Changes and Police Activities Across the Globe. *International Criminal Justice Review*, 20. <https://doi.org/10.1177/10575677211012807>
- Melo, J. (2014). Los tiempos del populismo. devenir de una categoría polisémica. *Colombia Internacional*, 1(82), 71-98. <https://doi.org/10.7440/colombiaint82.2014.04>
- Mendonça, D. de. (2014). El populismo como voluntad democrática. *Colombia Internacional*, 1(82), 51-70. <https://doi.org/10.7440/colombiaint82.2014.03>
- Meško, G. (2021). Police, Policing and covid-19 Pandemic. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 29(3-4), 183-188. <https://doi.org/10.1163/15718174-29030001>
- MOE, Observatorio de Justicia Electoral (2020). El Congreso de la República bajo pandemia: informe de seguimiento legislativo. Análisis de los temas político-electorales: legislatura 2019-2020. https://www.moe.org.co/wp-content/uploads/2020/07/20201707_Informe-VF-Congreso-de-la-Repu%CC%81blica.pdf
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2021). El Paro Nacional 2021: lecciones aprendidas para el ejercicio del derecho a la reunión pacífica en Colombia. https://www.colectivodeabogados.org/wp-content/uploads/2021/12/Colombia_Documento-lecciones-aprendidas-y-observaciones-Paro-Nacional-2021-2.pdf
- Olivares, A. et al. (2022). Presidencialismo en América Latina: algunas consideraciones para el debate. *Iberoamericana*, XXII(79).
- Oviedo, E. (2021). Hiperpresidencialismo y democracia delegativa: una mirada desde El Dictador. *Democracia, gobernanza y populismo*.

- Palma, E. (2012) *Estado constitucional liberal católico en Chile (1812-1924)*. Nueva Historia Constitucional. Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- Palma, E. (2002). ¿Gobierno portaliano o gobierno conservador autoritario?: de los mecanismos constitucionales para garantizar la eficacia del ejercicio del poder en la Constitución de 1833. *Revista de Derecho*, 13, 45-64.
- Petersen, G. y Somuano, F. (2021). Mexican De-Democratization? Pandemic, Hyper-Presidentialism and Attempts to Rebuild a Dominant Party System. *Revista de ciencia política (Santiago)*, 41(2), 353-376. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2021005000118>
- Quinche, M. (2022). *Los Tests constitucionales*. Temis.
- Robledo, P. (2020). El control de constitucionalidad de la Corte Constitucional colombiana a los estados de emergencia ocasionados por la pandemia de la Covid-19 en el 2020. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25(2), 579-591.
- Sarmiento, J. (2013). Populismo constitucional y reelecciones, vicisitudes institucionales en la experiencia sudamericana. *Revista Estudios Constitucionales*, 11(1).
- Sarmiento, J. (2018). *La justicia administrativa entre dictaduras. Una crítica a la construcción del derecho administrativo en Colombia*. Ediciones Uniandes.
- Sarmiento, J. (2020). Una agenda Legislativa regresiva en 2020. *Revista de Derecho*, (53).
- Semana Dinero (2020a). Corte Constitucional negó solicitud de suspender “Impuesto Solidario”. <https://www.semana.com/que-viene-luego-de-la-inconstitucionalidad-del-impuesto-solidario/295021/>
- Semana Dinero (2020b). Gobierno alcanzó a recaudar \$240.000 millones del impuesto solidario. <https://www.semana.com/que-viene-luego-de-la-inconstitucionalidad-del-impuesto-solidario/295021/>
- Sentencia C-100. (2022, marzo 17). M. P. José Fernando Reyes Cuartas. Corte Constitucional.
- Sentencia (2021, junio 10). M. P. Luís Alberto Álvarez. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación: 1001-03-28-000-2020-00073-00 (Principal) 11001-03-28-000-2020-00074-00.
- Sentencia (2021, julio 7). C. P. Martín Bermúdez Muñoz. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Séptima Especial de Decisión. Rad. 11001-03-15-000-2021-04108-00. Norma Demanda-

da: Resolución 0000301 de 2021 (18 de junio), Corporación Autónoma Regional del Atlántico.

Sentencia (2021, diciembre 14). C. P. Nubia Margoth Peña Garzón. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala 8 Especial de Decisión. Rad.: 11001-03-15-000-2020-04339-00.

Sentencia C- 157 (2020, junio 3). M. P. Diana Fajardo Rivera. Corte Constitucional.

Sentencia C-161 (2020, junio 4). M. P. Diana Fajardo. Corte Constitucional.

Sentencia C-169 (2020, junio 10). M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo. Corte Constitucional.

Sentencia C-171 (2020, junio 10). M. P. José Fernando Reyes. Corte Constitucional.

Sentencia C-193 (2020, junio 24). M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Corte Constitucional.

Sentencia C-200 (2020, junio 25). M. P. Diana Fajardo Rivera. Corte Constitucional.

Sentencia C-201 (2020, junio 25). M. P. Alejandro Linares Cantillo. Corte Constitucional.

Sentencia C-202 (2020, junio 25). M. P. Antonio José Lizarazo. Corte Constitucional.

Sentencia C- 203 (2020, junio 25). M. P. Diana Fajardo. Corte Constitucional.

Sentencia C-204 (2020, junio 25). M. P. Cristina Pardo. Corte Constitucional.

Sentencia C-205 (2020, junio 25). M. P. José Fernando Reyes. Corte Constitucional.

Sentencia C-206 (2020, junio 25). M. P. José Fernando Reyes Cuartas. Corte Constitucional.

Sentencia C-242 (2020, julio 9). M. P. Luís Guillermo Guerrero y Cristina Pardo. Corte Constitucional.

Sentencia C-258 (2020, julio 23). M. P. Antonio José Lizarazo. Corte Constitucional.

Sentencia C- 308. (2020, agosto 12). M. P. Antonio José Lizarazo. Corte Constitucional.

Sentencia C-420 (2020, septiembre 24). M. P. (E). Richard S. Ramírez Grisales. Corte Constitucional.

Sentencia T-143 (2020, abril 26). M. P. Alejandro Linares Cantillo. Corte Constitucional.

Sentencia T-337 (2020, septiembre 26). M. P. Cristina Pardo. Corte Constitucional.

- Sentencia (2020, agosto 4). C. P. Myriam Stella Gutiérrez Arguello. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad.: 11001031500020200348500.
- Sentencia (2020, agosto 18). C. P. Hernando Sánchez. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. 11001-03-15-000-2020-02436-00. Norma Demandada: Resolución 241 del 6 de mayo de 2020.
- Sentencia (2020, agosto 27). C. P. Oswaldo Giraldo López. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. 11001-03-15-000-2020-03692-00. Norma Demandada: Resolución 276 del 5 de junio de 2020.
- Sentencia (2020, agosto 28). C. P. Nubia Margoth Peña Garzón. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. 11001-03-15-000-2020-03792-00. Norma Demandada: Resolución 6450 del 8 de junio de 2020.
- Sentencia (2020, septiembre 4). C. P. Nubia Margoth Peña Garzón. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. 11001-03-15-000-2020-03896-00. Norma Demandada: Resolución 249 del 1 de septiembre de 2020.
- Sentencia (2020, septiembre 10). C. P. José Roberto Sáchica Méndez (2020). Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. 11001-03-15-000-2020-03726-00. Norma Demandada: Resolución 0000914 del 11 de junio de 2020.
- Sentencia (2020, octubre 1o.). C. P. Hernando Sánchez. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. 11001-03-15-000-2020-04088-00. Norma Demandada: Resolución núm. 262 de 15 de septiembre de 2020.
- Sentencia (2020, octubre 14). C. P. Oswaldo Giraldo López. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. 11001-03-15-000-2020-04174-00. Norma Demandada: Decreto 1105 de 10 de agosto de 2020.
- Sentencia C-293. (2000, agosto 5). M. P. Gloria Stella Ortiz y Cristina Pardo Schlesinger. Corte Constitucional.
- Serrafero, M. (1999). Presidencialismo argentino: ¿atenuado o reforzado? *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 1(2), 121-154.
- Smela D. y Cruz D. (2021). El “fast track”: ¿un mecanismo de flexibilización de la Constitución de 1991? *Rev. Derecho Estado*, 48.

- Transparencia Internacional. (2020). Alarmante concentración del poder en el ejecutivo en Colombia. Comunicado de prensa 004-2020, Berlín-Bogotá, septiembre 3 de 2020. <https://transparenciacolombia.org.co/2020/09/03/alarmante-concentracion-del-poder-en-el-ejecutivo-en-colombia/>
- Uprimny, R. (2020). Un Duque que quiere reinar. *Dejusticia*. <https://www.dejusticia.org/column/un-duque-que-quiere-reinar/>
- Varela, P. (2020). Dos efectos de la COVID-19 en Colombia: profundización de la desigualdad y retorno al hiperpresidencialismo. *Derecho y Realidad*, 18(36), 59-88.
- Vázquez, A. (1979). *El poder presidencial en Colombia: la crisis permanente del derecho constitucional*. Ediciones Enrique Dobry.
- Yoo, J. (2022). Emergency Powers during a Viral Pandemic. *New York University Journal of Law & Liberty*, 15(3), 822-858.



Cómo citar

Sistema IJ

Sarmiento Erazo, Juan Pablo y Cajas Sarria, Mario Alberto, “Facultades extraordinarias del presidente de la República y control judicial: expansión de las competencias del Poder Ejecutivo en la pandemia de COVID-19 en Colombia”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 26, núm. 52, enero-junio de 2025, e17754. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2025.52.17754>

APA

Sarmiento Erazo, J. P. y Cajas Sarria, M. A. (2025). Facultades extraordinarias del presidente de la República y control judicial: expansión de las competencias del Poder Ejecutivo en la pandemia de COVID-19 en Colombia. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 26(52), e17754. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2025.52.17754>