

El control judicial de los actos administrativos proferidos en el marco de los estados de excepción y las tensiones hermenéuticas reflejadas en la jurisprudencia del Consejo de Estado*

Judicial control of administrative acts issued under a state of emergency and the interpretative tensions that arise when considering them

Hugo Alejandro Sánchez Hernández**

Paola Andrea Pulecio Giraldo ***

DOI: <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.54.12880>

Fecha de recepción: 04 de junio de 2025 Fecha de aceptación: 06 de septiembre de 2025 Fecha de publicación: 13 de septiembre de 2025

Como citar este artículo: Sánchez, H. A. & Pulecio, P. A. (2025). *El control judicial de los actos administrativos proferidos en el marco de los estados de excepción y las tensiones hermenéuticas reflejadas en la jurisprudencia del Consejo de Estado*. Verba Iuris, (54), 24–46. <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.54.12880>

Esta obra está bajo una licencia internacional [Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



Resumen

Con ocasión al anuncio de pandemia por COVID-19 hecho por la Organización Mundial para la Salud (OMS) el 11 de marzo de 2020 y de la declaratoria del estado de emergencia sanitaria por parte del Ministerio de Salud el 12 de marzo del mismo año, el presidente de la República declaró, mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional y, posteriormente, lo prorrogó mediante el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020 con el fin de conjurar los efectos de la pandemia del COVID-19. En consecuencia, el Gobierno y las demás autoridades públicas del orden nacional y territorial, dictaron medidas de carácter general dirigidas a superar la emergencia sanitaria y/o disuadir la ampliación de sus consecuencias.

* El presente artículo de reflexión hace parte del proyecto de investigación denominado “*El control judicial de los actos administrativos proferidos en el marco de los estados de excepción y las tensiones hermenéuticas reflejadas en la jurisprudencia del Consejo de Estado*”, perteneciente a la sub-línea de investigación en “Derecho Administrativo” del grupo de investigación “Estudios en Derecho Público Francisco de Vitoria”, realizado con el apoyo estructural y financiero de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bogotá.

** Abogado de la Universidad Santo Tomás (Bogotá); Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Carlos III de Madrid (España). Especialista en Derecho Administrativo (D.S.U.) y Magister en Ciencias Administrativas (D.E.A.) de la Universidad Paris II – Panthéon-Assas (Francia). Profesor de posgrados de las Universidades Santo Tomás; del Rosario; la Sabana y Sergio Arboleda. En la actualidad se desempeña como magistrado auxiliar de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Investigador ante MinCiencias. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5150-5912>; **CVLAC:** <https://acortar.link/GqESGn>; **Google Académico:** <https://acortar.link/fIN71r>; **Correos electrónicos:** hugosan32@hotmail.com; hugosanchez@usta.edu.co

*** Abogada de la Universidad de Ibagué; Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá D.C.), Magister en Derecho Público de la Universidad de Santo Tomás (Bogotá D.C.) y Magister en Derecho Empresarial de la Universidad Autónoma de Barcelona (España). En la actualidad se desempeña como abogada sustanciadora de la Sección Tercera del Consejo de Estado. **ORCID:** <https://acortar.link/3jFf8t>; **CVLAC:** <https://acortar.link/946fT1>; **Google Académico:** <https://acortar.link/MB4UkL>; **Correos electrónicos:** paolapulecio24@gmail.com; paolapulecio@usta.edu.co

El presente documento pretende, entonces, identificar las tensiones y desafíos que atravesó el Consejo de Estado —como máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo— al momento de abordar el control jurisdiccional de los actos administrativos proferidos en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica decretado por el gobierno nacional con ocasión de la pandemia por COVID-19. Para tal propósito, se estudiarán las decisiones adoptadas por las diferentes salas especiales de decisión al momento de resolver el asunto de fondo y, además, se efectuará un análisis estructural de las sentencias dictadas por estas, con el fin de establecer un balance conceptual de la doctrina jurisprudencial vigente y, consecuentemente, su regla de conducta estándar.

Palabras Clave: Estados de excepción; estado de emergencia económica, social y ecológica; pandemia por COVID-19; control inmediato de legalidad; Consejo de Estado.

Abstract

On the occasion of the announcement of the COVID-19 pandemic announcement made by the World Health Organization (WHO) on March 11, 2020, and the declaration of the state of sanitary emergency by the Ministry of Health on March 12 of the same year, the President of the Republic declared, through Decree 417 of March 17, 2020, the state of economic, social and ecological emergency throughout the national territory and, subsequently, extended it through Decree 637 of May 6, 2020 in order to avert the effects of the COVID-19 pandemic. Consequently, the Government and the other public authorities of the national and territorial order, dictated general measures aimed at overcoming the sanitary emergency and/or dissuading the extension of its consequences.

The purpose of this document is to identify the tensions and challenges faced by the Council of State, as the highest body of the administrative litigation jurisdiction, when dealing with the jurisdictional control of administrative acts issued in the framework of the state of economic, social and ecological emergency decreed by the national government due to the COVID-19 pandemic. For this purpose, the decisions adopted by the different special decisional chambers at the time of resolving the merits of the case will be studied and, in addition, a structural analysis of the sentences issued by them will be made, in order to establish a conceptual balance of the current jurisprudential doctrine and, consequently, its standard rule of conduct.

Keywords: States of exception; state of economic, social and ecological emergency; COVID- 19 pandemic; immediate control of legality; Council of State.

1. Introducción

Uno de los grandes propósitos de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 fue eliminar la práctica política de recurrir al Estado de sitio con el fin de reforzar los poderes del ejecutivo, para evitar que, en uso de tales medios se enfrentarían desafíos ordinarios que no justificaban orgánicamente ese tratamiento (Corte Constitucional, Sentencia C- 300 de 1994).

El excesivo presidencialismo del poder ejecutivo en Colombia propició un régimen que, si bien era democrático, en la práctica se observaba autoritario. En este contexto, el Ejecutivo asumió el control de sectores vitales de las demás ramas del poder público y agredió el principio de separación de poderes inherente del Estado social de derecho (Borbón, 2019, p. 108).

En sentencias como la C-802 de 2002 la Corte Constitucional señaló que los abusos cometidos durante la vigencia del Estado de sitio obligaron al Constituyente de 1991 a idear el régimen constitucional de los Estados de excepción, acorde con las exigencias del Estado social y democrático de derecho, con el fin de evitar que fueran suspendidas arbitrariamente las garantías constitucionales.

La Constitución Política de 1991 prescribió la configuración del estado de excepción (Const. 1991, arts. 212- 215), como aquellas acciones tomadas en circunstancias excepcionales, que dada su irregularidad no pueden ser abordadas por el derecho ordinario y que intentan evitar una ruptura total del orden constitucional. Estas

subvierte el principio democrático, permitiendo al poder ejecutivo imponer normas con fuerza de ley (Corte Constitucional, Sentencia C- 145 de 2020).

El lugar que ocupa el ejecutivo dentro de la institucionalidad obedece a los poderes que la Constitución le reconoce y a los que con ocasión a su partido logra constituir. Un sistema político es “hiperpresidencial” cuando la administración predomina sobre los demás órganos del Estado con una concentración de funciones ejecutivas y legislativas en cabeza suya. Así las cosas, estamos frente a un sistema político “hiperpresidencial” cuando la Constitución le permite participar del proceso de creación de la ley, bien por poderes excepcionales o regulares, o bien porque su partido ocupa la mayoría de las curules en el Congreso.

La Constitución de 1991 buscó atenuar el presidencialismo con la implementación de facultades legislativas moderadas y la disminución de los poderes partidistas; aun cuando el ejecutivo intentó seguir dirigiendo el país con los estados de excepción, la Corte Constitucional y su particular tarea de control le obligó a gobernar desde un estado de normalidad (Arango, 2017, p. 434).

Por su parte, el legislador dispuso con especial cuidado de regulaciones y controles a los poderes extraordinarios otorgados al Gobierno en vigencia de los Estados de excepción, con la intención de proteger los derechos y libertades de los administrados, de conformidad con la Constitución, la Ley y los tratados internacionales (Ley 137 de 1994, art. 3).

Dentro de dichos controles se encuentran el político y los jurídicos, entendidos como el constitucional y el legal. El Congreso de la República ejerce el control político al revisar la conveniencia y oportunidad de los decretos legislativos dictados por el Ejecutivo con el fin de declarar y establecer el Estado de Emergencia, para descartar la posible responsabilidad del presidente de la República y sus ministros, sobre aquellos casos en que la excepcionalidad haya sido declarada sin ocasión a las premisas contempladas por la Constitución (Consejo de Estado, sala Especial de Decisión No. 10, Rad. 2020-00944-00).

En cuanto a los controles jurídicos, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en ejercicio del control inmediato de legalidad, verifica, enjuicia y/o inspecciona de manera urgente las disposiciones de carácter general que se dicten en uso de la función administrativa y en desarrollo del estado de excepción; y que la Corte Constitucional como garante de la efectividad de la Constitución, revisará formal y materialmente, los decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional en desarrollo de los estados de excepción.

Es posible concebir, entonces, que el control inmediato de legalidad sobreviene del compromiso estatal de lograr en forma real, que a través del ejercicio judicial se restituya el orden jurídico, se garantice el equilibrio de poderes alterado mediante la asunción de facultades extraordinarias al Ejecutivo, y se protejan las garantías que se crean vulneradas.

De manera que con la expedición del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, declaratorio del estado de emergencia económica, social y ecológica

en todo el territorio nacional, con el que se hizo frente a las repercusiones originadas por la epidemia de COVID-19. Las disposiciones generales dictadas por las autoridades del orden nacional como respuesta al estado de emergencia y en ejercicio de funciones administrativas estuvieron sujetas a la verificación, juicio y control del Consejo de Estado.

Así las cosas, el presente documento pretende identificar las tensiones y desafíos que atravesaron las diferentes Salas Especiales de Decisión al momento de abordar el control jurisdiccional de los actos administrativos proferidos en el marco del estado de emergencia, como respuesta de las realidades sociales y jurídicas atípicas, que alteraron las bases del ordenamiento jurídico y desbordaron la capacidad de respuesta del juez de lo contencioso administrativo, sin que esto signifique, —vale aclarar— que el Consejo de Estado ignoró el valor superior de la justicia, el principio de seguridad jurídica y la prevalencia del orden constitucional y legal en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Con fundamento en lo anterior, resulta pertinente formular la siguiente pregunta de investigación: ¿qué tensiones y desafíos le asisten al Consejo de Estado al conocer el control judicial de los actos administrativos proferidos en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica, declarado con ocasión a la pandemia por COVID-19?

Surge así la hipótesis que motiva la presente reflexión: existen diversas cuestiones frente a las cuales los pronunciamientos del Consejo de Estado entraron en contraposición al momento de decidir sobre la legalidad de los actos administrativos proferidos en el marco del estado de emergencia; sin embargo, se insiste sobre cuatro puntos procesales que se

consideran como los más reiterados: i) la tesis con la que se aborda la procedibilidad del control inmediato de legalidad, ii) la naturaleza jurídica del Decreto 417 de 2020, declarativo del estado de emergencia, iii) la procedencia del control inmediato de legalidad sobre las medidas de derecho blando, y iv) el marco jurídico a considerar con el control inmediato de legalidad.

La metodología del presente documento se desarrolla a partir de una investigación cualitativa, orientada a la recolección, examen, interpretación y estudio de la información descubierta (Bernal, 2010), conforme con las siguientes instancias: i) la interpretación y el análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado para mostrar cómo ha cambiado el alcance y la aplicación del control inmediato de legalidad a través del tiempo; ii) análisis jurisprudencial de las sentencias del Consejo de Estado que desarrollaron la tesis material o sustancial de procedibilidad frente al control inmediato de legalidad; iii) análisis jurisprudencial de las sentencias del Consejo de Estado que desarrollaron la tesis formal o estricta de procedibilidad frente al control inmediato de legalidad; iv) comparación de la jurisprudencia del Consejo de Estado entre quienes distinguieron la naturaleza jurídica del Decreto 417 de 2020, como declarativo o legislativo; v) análisis jurisprudencial de las sentencias del Consejo de Estado que admiten el control inmediato de legalidad sobre las medidas de derecho blando; vi) análisis jurisprudencial de las sentencias del Consejo de Estado que fijaron el marco jurídico a determinar por el control inmediato de legalidad. Lo anterior, bajo el objeto de sintetizar las ideas relevantes y útiles de la reflexión, para así proponer soluciones transversales a las tensiones identificadas.

Para solucionar la problemática propuesta, se sugiere abordar su desarrollo a partir de las siguientes bases temáticas: i) un breve acercamiento al principio de división de poderes y su justificación constitucional; ii) la declaratoria del estado de excepción como función extraordinaria del Presidente de la República y sus exigencias; iii) la limitación constitucional de los estados de excepción y la identificación de los derechos intangibles y los no intangibles; iv) la declaración del estado de emergencia económica, social y ecológica con ocasión de la pandemia por COVID-19; v) el control judicial de los actos de contenido general proferidos por la administración con ocasión del estado de emergencia en cabeza del Consejo de Estado; vi) las tensiones interpretativas de las Salas Especiales de Decisión al decidir sobre la legalidad de los actos de contenido general proferidos por la administración con ocasión de los Decretos 417 y 637 de 2020.

2. La división del poder público: justificación constitucional

Dentro de las finalidades esenciales del Estado social de derecho se encuentra el establecimiento de límites al ejercicio del poder y la garantía de la soberanía popular. (Quinche, R., 2017, p. 47). Es por ello que el Constituyente de 1991 incorporó en el artículo 113 de la Carta Política el principio constitucional de división del poder público.

John Locke (1689, pp. 87-97) al referirse a la división del poder público, señala que la función de crear las leyes corresponde al poder legislativo; la verificación del cumplimiento de las normas internas por parte de los asociados recae sobre el poder judicial; y la garantía de los intereses públicos en el exterior recae sobre el poder

ejecutivo. No obstante, su teoría “no consolida un equilibrio entre las distintas funciones del poder político, pues carece de mecanismos que permitan el control jurídico y político del poder para el ejercicio eficiente y apegado al ordenamiento de los órganos de gobierno” (Algorri, 2001, p. 61).

En este contexto es posible sostener, como lo hace Ibáñez Najar (2008) que el ejercicio del poder no se concibe como la aparición dentro del Estado de potencias o poderes independientes, aislados y sin relaciones recíprocas; el poder es uno solo, pero se materializa a través de distintas ramas que desempeñan, desde el punto de vista material, cada una de sus funciones de acuerdo con un orden preestablecido (se distribuye, pero no se divide); dicho esto, la relación existente, configura la oportunidad de contener las extralimitaciones y el abuso de poder.

La Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-114 de 2010 determina la división de poderes como el principio que permite controlar el alcance de las facultades ejercidas por cada rama del poder público, previniendo su exagerada intromisión en la actividad de los asociados, a la vez que garantiza un mayor grado de especialización institucional y técnico en el desarrollo de sus funciones. (Const. 1991, Art.115).

2.1 La declaratoria del Estado de excepción como función extraordinaria del presidente de la República

El presidente de la República es la máxima autoridad de la rama ejecutiva (Ley 489 de 1998, art. 56), así lo establece el artículo 115 de la Constitución Política al denominarlo como “jefe del Estado, jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa”.

Dentro de sus funciones con contenido administrativo, se encuentra, entre otras, la de conservar el orden público (Vergara, 2022)¹ a través del establecimiento de límites sobre la tranquilidad, la seguridad y la salubridad (Corte Constitucional, Sentencia C-600 de 2019). De manera que el presidente de la República, llegado el supuesto, deberá adoptar oportunas precauciones para evitar su fractura o, por lo menos, para impedir la extensión de sus efectos, facultad que se conoce como “poder de policía”:

El Estado debe tomar las medidas necesarias para evitar que se presenten fallas en el orden público o, por lo menos, para impedir que las fallas se prolonguen cuando ya se han presentado. Esta facultad se conoce jurídicamente con el nombre de poder de la policía”. (Rodríguez, 2015, p. 79).

El fundamento más evidente del derecho policivo tiene relación con el compendio de competencias habilitado para su ejercicio. El poder de policía en su sentido más ordinario, hace alusión al conjunto de funciones y facultades asignadas a la administración para conservar el orden público y la cohabitación pacífica en la sociedad. De forma general es ejercido por el Congreso de la República y de forma excepcional por el presidente de la República (Vergara, 2021).

El poder de policía presidencial se compone de funciones ordinarias y extraordinarias; las ordinarias aluden a las asociadas al numeral 4 del artículo 189 de la Constitución Política, y las extraordinarias a los artículos 212 a 215 *ejusdem*, que regulan los denominados estados de excepción, referidos a los

¹La Ley 1801 de 2016, sobre los factores indispensables para la cohabitación de los ciudadanos y la protección de sus derechos y libertades, indica que el componente de seguridad es crucial.

casos de guerra exterior (art. 212), conmoción interior (art. 213) y estado de emergencia (art. 215), además de la Ley 137 de 1994 que los reglamenta.

La Corte Constitucional define los estados de excepción como aquellas situaciones permitidas por la Constitución, con las que se invierte el ideal democrático, tras ser aceptada una condición de anormalidad que habilita al poder ejecutivo para adoptar normas con fuerza de ley, y así evitar la ruptura total del orden constitucional (Corte Constitucional, Sentencia C- 466 de 2016). En tal caso, con la firma de todos sus ministros, el presidente de la República queda facultado para expedir decretos legislativos, contentivos de medidas transitorias, tendientes a preservar el orden público y/o superar la situación de anormalidad que impide el adecuado desarrollo de la institucionalidad.

El reconocimiento de las causales que admiten la declaratoria del estado de excepción, le compete de forma restrictiva al presidente de la República, quien deberá motivar las razones por las cuales lo declara y tanto él como sus ministros serán responsables, en caso de que su decreto se hiciera sin atender a las circunstancias previstas en la Constitución y por los excesos que hubieran podido cometer en el ejercicio de las funciones otorgadas con la excepcionalidad (Arango y Gaviria, 2021, p. 105).

En ese sentido, por tratarse de una situación excepcional donde la ley no es consentida por el Congreso, la Constitución, la ley y el bloque de constitucionalidad imponen una serie de restricciones dentro de las que se tiene el desarrollo limitado de las atribuciones del Ejecutivo como

única alternativa conciliable con las garantías fundamentales, y como sustento de que su ejercicio es exclusivo de los casos con evidente excepcionalidad (Corte Constitucional, Sentencia C- 145 de 2020 y C-26 de 2011).

2.2. Limitación constitucional de los Estados de Excepción

De conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los demás tratados sobre la causa en Colombia, el artículo 4 de la Ley 137 de 1994 —Estatutaria de los Estado de excepción—, se establecen los derechos que serán intangibles durante su declaratoria y las garantías jurídicas esenciales para su protección. No obstante, en caso de tratarse de derechos no intangibles, la limitación deberá estar justificada expresamente, no podrá verse afectado su núcleo esencial, y deberá definirse la observancia de su ejercicio con la comprobación de la relación existente entre los motivos de la alteración y el fundamento de su necesidad (Corte Constitucional, Sentencia C-940 de 2022)².

Además de la proscripción de interrumpir los derechos humanos y las libertades fundamentales, con los Estados de excepción no se podrá suspender la actividad ordinaria de las ramas del poder público, pues de lo contrario se le otorgaría al Ejecutivo la posibilidad de declararlo cada vez que se presentarán problemas funcionales. Situación que rechaza la

²Corte Constitucional, sentencia C-940 de 2022. En cuanto a la justificación de discordancia de las leyes con el declarado estado de excepción, señala la Corte que su suspensión sólo es exigible en casos de incompatibilidad total. Si la incompatibilidad fuera parcial, la ley podrá conservar su aplicación, sin que el ejecutivo proceda a su suspensión, y la Corte Constitucional C-136 de 2009. Su -no-intangibilidad se deriva de la legalidad de los estados de excepción.

Corte Constitucional, al entender la escisión de facultades como uno de los principios cardinales del Estado social de derecho (Villar Borda, 2007).

En términos de Carlos Bernal Pulido (2018, p.146), existen dos presupuestos filosóficos – políticos del Estado de derecho para la aplicación de las libertades:

“Primero, que la libertad es inherente al individuo y, por tanto, el Estado debe protegerla frente a las limitaciones que le puedan ser impuestas. Segundo, que, a pesar de ello, el Estado tiene la competencia de limitar la libertad para satisfacer exigencias que derivan de los derechos de los demás y del bien común”. Lo anterior, sólo en aquellos casos donde la limitación se presente como imprescindible para salvaguardar los derechos de la mayoría o para la preservación del bien común.

La Constitución institucionaliza la libertad a través de los derechos fundamentales, a la vez que faculta a las autoridades políticas para limitarlos, y a los jueces para controlar dichas limitaciones. Los jueces, para el ejercicio de dicho control, se valen del análisis de la proporcionalidad, entendida como la evaluación sobre limitaciones que el legislador, las demás autoridades políticas o los poderes privados imponen a las libertades constitucionales; para que, en caso de no encontrarse ajustadas a derecho, el operador judicial pueda declarar su falta de idoneidad y necesidad.

2.3 Declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica

La validación de las premisas fácticas es indispensable para la declaratoria de los estados de emergencia. Se trata de identificar

sucesos sobrevinientes y excepcionales, diferentes a los previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución Política. La Corte Constitucional, en su Sentencia C- 670 de 2015, señaló que deben ser reales e imprevisibles, de atención urgente por parte del Estado y que no puedan solucionarse bajo los mecanismos ordinarios (Almanza y Pérez, 2020, p.374).

La Corte Constitucional en su Sentencia C- 004 de 1992, sobre la inclusión de conceptos jurídicos indeterminados en el artículo 215 constitucional, precisó, que esto no significa que el gobierno actúe a discreción o que tenga derecho a calificar cualquier situación de alteración sustancial del orden social, económico o ecológico de la nación o de tragedia pública catastrófica, porque en cualquier caso, si bien el presidente de la República goza de cierta discrecionalidad, ello no lo exime de la exigencia de justificar suficientemente la declaración del estado de excepción, es decir, de evidenciar los supuestos en que se funda y en demostrar la coherencia de sus acciones con las condiciones cuya presencia declara.

En consecuencia, los decretos proferidos con ocasión del estado de emergencia deben remitir a cuestiones que tengan conexión directa con el estado de excepción, y para acceder a una segunda declaratoria será necesario expedir un nuevo decreto con todos los presupuestos requeridos constitucionalmente. Alegar la no superación del estado de crisis, no es una justificación válida, ni suficiente (Castro, H., 2021, p. 8).

Una de las preocupaciones del Constituyente de 1991 era evitar que la declaratoria de los Estados de excepción se tratará como una

instrumentalización gubernamental para el arreglo de cuestiones políticas, y que, por el contrario, se normalizará la gestión de las cuestiones de orden público por los cauces regulares, manteniendo como regla general la legalidad permanente del régimen democrático y todas sus garantías esenciales.

En consecuencia, se optó por crear un derecho constitucional de excepción que establece las condiciones para su uso, fija los límites de la autoridad del ejecutivo y crea un sistema de frenos y contrapesos sometidos a ellos. Este sistema se rige por leyes de especial jerarquía y naturaleza reglamentaria, como lo es la Ley 137 de 1994. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. 2020-00964-00).

Aclarados estos conceptos, se tiene que el presidente de la República declaró mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional y mediante el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020 lo declaró por segunda vez.

Tales decretos fueron proferidos con ocasión al anuncio de pandemia por COVID-19 hecho por la Organización Mundial para la Salud (OMS), el 11 de marzo de 2020, y a la declaratoria del estado de emergencia sanitaria por parte del Ministerio de Salud, el 12 de marzo de 2020, tras el “descubrimiento de un aumento considerable de los casos de contagio y del altísimo riesgo de propagación”, que ponía en peligro a toda la población colombiana, con el fin de permitir el aislamiento social y la adopción de medidas que garantizaran la contención del virus (Almanza y Pérez, 2020, p. 373).

La Corte Constitucional declaró exequible el Decreto 417 de 2020 con la Sentencia C-145 de 2020. Determinó que la declaración del estado de emergencia debía cumplir unos requisitos materiales y formales, y reconoció sobre su materialidad que el estado de emergencia se encasillaba en una situación catastrófica derivada de causas naturales, que creaba cambios significativos e inevitables en las condiciones sociales, económicas y medioambientales debido a acciones contrarias a lo dispuesto en los artículos 212 y 213 de la Constitución. Enfatizó que teniendo en cuenta la singularidad de la condición reportada, el rápido ritmo de diseminación, las tasas de letalidad y su expansión exponencial, el sistema de salud colombiano no estaba equipado para afrontar un problema tan profundo y especializado como el COVID-19.

Asimismo, la Sentencia C-307 de 2020 resolvió la exequibilidad del segundo estado de emergencia declarado en el Decreto 637 de 2020. La Corte advirtió la alteración grave e inusual del ámbito laboral, económico y social, tras evaluar el escalamiento de la emergencia sanitaria a nivel mundial, que en muchos sentidos era peor a la vislumbrada con la declaratoria del primer estado de emergencia. Incluso, en comparación con crisis anteriores, sus previsiones y cifras fueron realmente extraordinarias, dejando las acciones rutinarias como incapaces para evitar la catástrofe y detener la propagación de sus efectos.

2.4 Control judicial de los estados de emergencia económica, social y ecológica

El Gobierno, los ministros de despacho, los directores de departamentos administrativos y en general, cualquier autoridad pública del orden

nacional y territorial podrán dictar actos administrativos de carácter general tendientes a regular y/o ampliar lo establecido con los decretos legislativos proferidos en el marco de la declaratoria de los estados de excepción, con la intención de adelantar o minorar el móvil originario de la excepcionalidad (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. 2020-01028-00).

Lo anterior, como respuesta a la descentralización administrativa y a su radicación de funciones en personas jurídicas diferentes al Estado, con el objetivo de cumplir de mejor manera el ejercicio del poder estatal bajo principios de autonomía, autoridad y decisión (Sánchez, 2016, p. 93).

El artículo 20 de la Ley 137 de 1994 —Estatutaria de los Estados de excepción— define al control inmediato de legalidad, en cabeza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como el instrumento judicial que permite la verificación, adjudicación y vigilancia inmediata de las medidas generales que se dicten en el ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos.

Por su parte, el artículo 136 de la Ley 1437 de 2011 —Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), reafirma la resolución precedente con la advertencia de que cuando los actos administrativos no sean remitidos por la autoridad dentro de las 48 horas siguientes a su promulgación, serán estudiadas de oficio por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como una imposición restrictiva a las facultades de las autoridades administrativas que sirve como elemento disuasorio efectivo para evitar la adopción de normas ilícitas (Corte Constitucional, Sentencia C- 179 de 1994).

Los requerimientos para la procedencia del control inmediato de legalidad, en consonancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado, son: (i) que se trate de un acto de contenido general; (ii) que se haya proferido en ejercicio de la función administrativa y, (iii) que tenga como objetivo promover uno o más de los decretos legislativos dictados por el Ejecutivo en vigencia del estado de emergencia.

Así pues, los poderes del ejecutivo no se extienden por fuera del derecho, por más excepcionales que resulten las condiciones. Las ordenes son tomadas bajo la verificación del juez de lo contencioso administrativo, encargado de controlar el cumplimiento de los límites propuestos por el ordenamiento jurídico. El control inmediato de legalidad de los actos administrativos dictados con ocasión al estado de emergencia, es un mecanismo eficaz para restablecer el equilibrio del poder público, inexorablemente alterado con el ejercicio de las facultades excepcionales del ejecutivo (Almanza y Pérez, 2020, p. 377).

3. Tensiones interpretativas del Consejo de Estado, al momento de decidir sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en el marco del estado de emergencia

La epidemia de COVID-19 provocó una modificación importante en la manera cómo se hacen las leyes, cómo se aplican y cómo se protegen los intereses de la sociedad.; a pesar de ello, y como se ha insistido, el Estado colombiano está diseñado para sostener el equilibrio entre los poderes públicos, aun cuando las realidades sociales y jurídicas alteren las bases del orden constitucional. De ahí, que el control de legalidad actúa como un instrumento limitante a las

facultades de las autoridades administrativas y como prevención infalible sobre la ejecución de normas ilegales en el ámbito del estado de emergencia. (Corte Constitucional, Sentencia C- 179 de 1994).

De la jurisprudencia del Consejo de Estado se advierte que, entre marzo de 2020 y mayo de 2021, la Corporación profirió alrededor de 390 sentencias de control inmediato de legalidad, en diferentes sentidos y bajo diversos criterios, pero implementando como generalidad el mismo proceso para abordar el problema subyacente, haciendo énfasis en los siguientes tres puntos: i) la identificación del estado de emergencia; ii) las particularidades del control inmediato de legalidad: que se trata de un procedimiento judicial, que la revisión es integral, independiente, inmediata y automática, que hace tránsito a cosa juzgada relativa y que es conciliable con los medios de control de nulidad simple y nulidad por inconstitucionalidad; iii) la observancia de las exigencias procedimentales y de forma del acto administrativo, para su posterior examen material.

En términos generales, los actos administrativos expedidos en el marco del estado de emergencia han sido definidos por las diferentes sala especiales de decisión como: i) ajustados a derecho, ii) ajustados con legalidad condicionada, iii) ajustados parcialmente, iv) ajustados parcialmente e improcedentes, v) ajustados parcialmente con legalidad condicionada, vi) improcedentes y ajustados a derecho, vii) improcedentes, viii) anulados, ix) anulados y ajustados a derecho, x) anulados e improcedentes, y con xi) legalidad condicionada (Barrera et al, 2021).

De los cuales el 44, 76% fueron ajustados a derecho; 18,67% ajustados con legalidad condicionada; 8,18% ajustados parcialmente; 1,02% ajustados parcialmente e improcedentes; 8,44% ajustados parcialmente con legalidad condicionada; 4,09% ajustados e improcedentes; 10,74% improcedentes; 2,56% anulados; 0,26% anulados y ajustados; 0,51% anulados e improcedentes; y 0,77% con legalidad condicionada; así las cosas, es posible concluir, que en su mayoría, los actos administrativos proferidos por la administración con ocasión al estado de emergencia fueron congruentes con lo previsto por el ejecutivo para conjurar la crisis y frenar la propagación de sus efectos (Barrera et al, 2021).

Ahora bien, del estudio de sus decisiones, podemos observar las tensiones y desafíos que atravesaron las diferentes salas especiales de decisión a la hora de fallar sobre la legalidad de las medidas de carácter general, dictadas por la administración, en el marco del estado de emergencia.

3.1 Procedibilidad del control inmediato de legalidad: tesis material y tesis formal

En el ejercicio del control de legalidad existen, entre las salas especiales de decisión, dos tesis para la revisión de sus requisitos de procedencia. La primera denominada como tesis formal o estricta, y la segunda como tesis material o sustancial.

La tesis formal o estricta es aquella que hace una interpretación literal, exegética y taxativa del numeral 3° de los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 de la Ley 1437 de 2011, referida a que la verificación judicial del control de legalidad opera

sobre los actos de contenido general, dictados en uso de la función administrativa, y que tengan como objeto dar alcance a los decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional durante el estado de emergencia (Consejo de Estado, Sala de Decisión No. 10, Rad. 2020-01029-00). Sobre este punto, la Sala Especial de Decisión No. 8 señaló que el concepto de decreto legislativo no se aplica a las demás normas dictadas por el Gobierno mientras esté vigente el estado de excepción, ya que la función administrativa del presidente de la República continúa vigente y coexiste con las facultades extraordinarias que se le otorgan temporalmente (Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 8, Rad. 2020-01656-00³).

En consecuencia, para la tesis formal o estricta, el control inmediato de legalidad sólo se admite sobre las medidas de carácter general dictadas en desarrollo del Decreto 417 de 2020, y por el contrario, sobre las medidas de carácter general dictadas en respuesta de los decretos expedidos por el Presidente en ejercicio de la función administrativa y con ocasión del estado de emergencia, su control se realizará por vía de acción, a través de los instrumentos de control constitucional reconocidos en el artículo 40 Superior para todos los ciudadanos (Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 6, Rad. 2020-01012-00).

³ Algunas de las sentencias en que se observa la aplicación de la tesis material o sustancial, v. Consejo de Estado, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 8, Rad. 2020-01913-00, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 8, Rad. 2020-01962-00, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 19, Rad. 2020-02321-00, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 4, Rad. 2020-02339-00, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 16, Rad. 2020-02338-00, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 6, Rad. 2020-01012-00, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 6, Rad. 2020-01706-00.

En contraste, la tesis material o sustancial, definida por la Sala Especial de Decisión No. 12, considera admisible el control de legalidad sobre los actos administrativos que no invoquen expresamente el Decreto 417 de 2020 en sus fundamentos, pues reconoce, fueron expedidos con el fin de conjurar los impactos de la condición inusual de la pandemia, que necesitan su gestión aun cuando no se apoyen explícitamente en decretos legislativos, dado que su potencialidad y los efectos que surten, podrían conllevar a la limitación de derechos y libertades intangibles (Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 12, Rad. 2020-01030-00⁴).

El estudio material del acto objeto de control, deberá tener en cuenta si las disposiciones adoptadas por la autoridad administrativa están vinculadas razonablemente con las causas de su génesis; es decir, que no desborden el propósito de la emergencia y que no limiten de forma grave, injustificada y arbitraria los derechos y libertades de las personas (Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 19, Rad. 2020-01213-00).

Del mismo modo, sobre los derechos que no son apreciados como intangibles, y que pueden ser restringidos durante los estados de excepción, deberá atenderse por el ponente un análisis de razonabilidad, idoneidad y proporcionalidad con respecto a los estándares que sustentan directamente su limitación.

⁴ Algunas de las sentencias en que se observa la aplicación de la tesis material o sustancial, v. Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 2, Rad. 2020-01169-00, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 2, Rad. 2020-01169-00, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 12, Rad. 2020-01306-00, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 3, Rad. 2020-01227-00, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 9, Rad. 2020-01176-00, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 3, Rad. 2020-01496-00.

Este análisis se entiende consagrado en los sistemas interamericano y europeo de derechos humanos, como la verificación de la proporcionalidad entre la gravedad de la crisis y las actuaciones emprendidas por el Ejecutivo para afrontar y resolver la circunstancia excepcional (Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 9, Rad. 2020-00991-00).

Dicho esto, el numeral 3° de los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 de la Ley 1437 de 2011 se entiende cumplido sin que el acto haga mención expresa en sus consideraciones, pues en la medida en que sus disposiciones sean consistentes y estén destinadas a abordar las repercusiones de la circunstancias provocadas con la pandemia, se entenderá compensada esta insuficiencia, sin más exigencia que la observancia de los parámetros de conexidad y proporcionalidad, determinados por los lineamientos fácticos originarios de la excepcionalidad (Consejo de Estado, cit, 2020-01030-00).

Frente a esta discusión, resulta posible sostener que la tesis material o sustantiva es la que más se ajusta a los postulados del Constituyente de 1991, en el entendido de que el control inmediato de legalidad es un mecanismo de apoyo para el restablecimiento del equilibrio de poderes, alterado con la declaratoria del estado de emergencia e íntimamente atado a la protección del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva en el ámbito del estado de emergencia declarado con la pandemia del COVID-19.

La tutela judicial efectiva es un componente esencial del debido proceso, entendida por la Constitución como un derecho fundamental

de aplicación inmediata y como principio del Estado social de derecho (Corte Constitucional, C-279 de 2013); es decir, que para que exista una efectividad genuina de los recursos, es necesario además de su existencia nominal, que los Gobiernos la defiendan y garanticen (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999).

Bajo estas consideraciones, las autoridades públicas actúan como verdaderos garantes de los derechos de los ciudadanos, en su compromiso gubernamental de lograr mediante acciones judiciales el restablecimiento genuino y no sólo conceptual del ordenamiento jurídico, con la protección de las garantías personales que eventualmente sean percibidas como vulneradas. (Corte constitucional, C- 810 de 2014).

3.2 El Decreto 417 del 17 de marzo de 2020. ¿Declarativo o Legislativo?

El estudio formal y material que procede con el control inmediato de legalidad exige que el acto administrativo sea de carácter general, que se emita como respuesta de la función administrativa y que desarrolle algún decreto legislativo. Sobre este último requisito surge una diferencia interpretativa entre las distintas Salas Especiales de Decisión, pues mientras algunas sostienen que el Decreto 417 de 2020 tiene naturaleza legislativa, otras consideran que se trata, estrictamente, de un decreto declarativo (Barrera et al., 2020).

La mayoría de las Salas Especiales de Decisión que consideran al Decreto 417 de 2020 como legislativo, sin mayor pronunciamiento, hacen un reconocimiento tácito de su condición, invocando el artículo 215 Superior y la declaratoria

de la pandemia por COVID-19 de la Organización Mundial para la Salud (OMS) como motivos suficientes para concederle la calificación de legislativo⁵; no obstante, la Sala Especial de Decisión No. 9, hace un reconocimiento literal del mismo al señalar que son decretos legislativos los que establecen el estado de excepción y los que lo desarrollan. (Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 9, Rad. 2020-00991-00).

Por su parte, las Salas Especiales de Decisión que consideran al Decreto 417 de 2020 como declarativo⁶ realizan un estudio literal del artículo 46 de la Ley 137 de 1994, el cual, en su parágrafo segundo califica como declarativo el decreto con el que el Gobierno establece el estado de emergencia económica, social y ecológica, y sobre el que hacen énfasis, le corresponde su control al Congreso de la República.

Al respecto, señalan que uno de los rasgos más significativos del estado de emergencia es que además del “decreto declarativo”, que es el que declara la situación de emergencia, el presidente de la República puede expedir decretos con fuerza de ley, nominados “decretos legislativos”, encaminados únicamente a alejar la crisis y a impedir la ampliación de sus consecuencias. Lo que nos deja al Decreto 417

de 2020, como el punto de partida para el ejercicio de las potestades excepcionales del presidente, dispuestas en razón de la excepcionalidad (Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 10, Rad. 2020-00944-00).

En esta oportunidad, y en consonancia con la tensión interpretativa previamente expuesta, se comparte la postura de quienes sostienen que el Decreto 417 de 2020 posee naturaleza legislativa, en la medida en que excluirlo de dicha categoría podría impedir la verificación judicial de posibles restricciones a los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos a los administrados, los cuales no pueden ser limitados arbitrariamente aun en contextos de excepcionalidad.

No obstante, resulta necesario enfatizar en el deber que le impone el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 —CPACA— a todas las autoridades, incluidas las judiciales, de decidir sobre los asuntos de su competencia de manera homogénea, sobre aquellos casos que comprendan las mismas premisas fácticas y jurídicas y aún más, atendiendo las devastadoras dimensiones de la calamidad pública creada con la pandemia por COVID-19 y su impacto negativo sobre los derechos de las personas.

Esto, no solo por la situación que aquí se presenta, sino por el ambiente de inseguridad jurídica que produce la “federalización de la jurisprudencia”, donde las Corporaciones, incluida el Consejo de Estado generan sus propias líneas jurisprudenciales, contradictorias entre si y con las de los tribunales de departamento, provocando que en un periodo muy corto existan pronunciamientos opuestos sobre un mismo tema, siendo incluso, provenientes de una misma sala de decisión (Duque y Martínez, 2011, p. 71).

⁵Algunas de las sentencias en que se tiene al Decreto 417 de 2020 como legislativo: Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 2, Rad. 2020-01013-00, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 2, Rad. 2020-01169, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 2, Rad. 2020-01306-00, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 5, Rad. 2020-01047-00, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 12, Rad. 2020-01242-00, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 12, Rad. 2020-00956.

⁶Algunas de las sentencias en que se tiene al Decreto 417 de 2020 como declarativo: Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 6, Rad. 2020-01012-00, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 6, Rad. 2020-01059-00, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 6, Rad. 2020-01200-00, Consejo de Estado, Aclaración de Voto de la Magistrada Marta Nubia Velásquez Rico a la sentencia Rad. 2020-00964.

En estas condiciones, se invoca el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011—CPACA— y se exhorta al Consejo de Estado a adoptar reglas jurídicas de unificación para atender los vacíos normativos existentes, y así contar con mayores elementos de juicio a la hora de resolver presupuestos imprevisibles de trascendencia económica y social como lo fue la pandemia por COVID- 19.

3.3 El Control Inmediato de Legalidad sobre medidas de derecho blando

Las normas de derecho blando son instrumentos de regulación que ayudan al desarrollo de la función administrativa de manera ágil y efectiva. Son parte de la actividad informal de la administración y su deber primordial es comunicar la norma de derecho positivo universal con el acto específico que la exige (Sánchez, 2012).

En este contexto, resulta pertinente exponer la tensión existente entre las diferentes Salas Especiales de Decisión, a la hora de decidir si los actos de instrucción, memorandos, circulares y directivas son objeto de conocimiento del control inmediato de legalidad.

La corriente que rechaza tal estudio, soporta su decisión bajo los siguientes parámetros: i) en sentido estricto, los actos de instrucción no son un acto de contenido general, por cuanto van dirigidos a dar instrucciones a los empleados o contratistas de la entidad administrativa que los profirió, ii) no adoptan ningún tipo de medida que afecte, modifique, cree o extinga situaciones jurídicas; por el contrario, se limitan, en su mayoría a fijar recomendaciones, iii) si bien guardan relación con los móviles de la expedición de los decretos legislativos, lo cierto

es que no desarrollan su contenido normativo y, iv) la jurisprudencia de la Corporación⁷ se ha referido a ellos como actos de servicio, que tienen por objeto comunicar una idea o noción de un superior jerárquico a sus subordinados (Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. Sala Especial de Decisión No. 1, Rad. 2020-01004-00).

En suma, se tiene que los actos de instrucción, por desconocer un ámbito externo y estar vinculados directamente a una orientación de tipo operativo sobre los funcionarios de la entidad administrativa que los profiere, carecen de los presupuestos formales requeridos por la Ley para ser objeto del control de legalidad (Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 2, Rad. 2020-01225-00).

En contraposición, quienes avocan el conocimiento del control de legalidad sobre los actos de instrucción, memorandos, circulares y directivas, las entienden como legítimos actos de carácter general, en manifestación del poder jerárquico de la administración, otorgándoles el calificativo de actos internos o de *derecho blando*; los cuales deberán ser atendidos en su legalidad, como respuesta a la preservación del orden público (Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 19, Rad. 2020-01213-00).

Sobre este punto, debemos traer a colación la línea de la Sección Primera del Consejo de Estado, que estuvo vigente en aplicación del Decreto 01 de

⁷Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 20 de marzo de 2013, Rad. 2010-00135-00). Las instrucciones o circulares son actos administrativos que contienen una decisión de la Administración con consecuencias jurídicas para el administrado, podrán ser objeto de acción judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. No obstante, si su objeto es únicamente dar orientación e instrucciones a sus destinatarios, o reproducir el texto de otras normas o decisiones de otras instancias, no serán objeto de acción judicial.

1984 —Código Contencioso Administrativo (CCA)—, que sostenía un origen limitado de la supervisión judicial sobre los actos de instrucción, limitándolos al requisito de que la actuación solicitada tenga el carácter de acto administrativo (Consejo de Estado, Sección Primera, Rad. 52361⁸).

En este sentido, se comparte la tesis anterior, sugiriendo a las diferentes Salas Especiales de Decisión, que hagan un estudio de cada caso en concreto, para identificar si el acto objeto de control es una verdadera medida emanada por la administración, dirigida a producir efectos jurídicos, creando, modificando o extinguiendo obligaciones; puesto que tal ejercicio supone el cumplimiento del artículo 103 de la Ley 1437 de 2011—CPACA—, referido a que la eficacia de los derechos reconocidos con la Constitución y la Ley, además de la preservación del orden jurídico son finalidades de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

3.4 Integralidad del Control Inmediato de Legalidad: marco jurídico a considerar

La última tensión está referida a la integralidad del control inmediato de legalidad y el marco jurídico a considerar por el juez a la hora de revisar la validez del acto objeto de control. Por un lado, están quienes opinan que en virtud del bloque de constitucionalidad, toda actuación que se realice en desarrollo de la declaratoria del estado de excepción está condicionada al margen de los derechos

reconocidos en la Constitución, la Ley y los tratados internacionales que componen el ordenamiento jurídico (Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 9, Rad. 2020-00991-00)⁹, y del otro, quienes consideran que el control que ejerce el juez de lo contencioso administrativo es un control integral, que implica, únicamente, la confrontación del acto con el artículo 215 Superior, el decreto que declara la emergencia y el decreto legislativo que le da alcance.

En tal sentido, señala el Consejo de Estado, que si bien la Ley 137 de 1994 trae expresamente definidos los criterios sobre los cuales debe ejercer su escrutinio el juez constitucional, no dice nada sobre la forma como el juez de lo contencioso administrativo deberá adelantar el control inmediato de legalidad (Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 27, Rad. 2020-01202-00).

Así las cosas, no es análogo el analizar una regla jurídica de excepción frente a un conjunto limitado de disposiciones (como lo es la Constitución), que analizarla frente al resto del ordenamiento jurídico. El alcance del control inmediato de legalidad no puede medirse bajo los mismos parámetros exigidos a la Corte Constitucional respecto de los decretos legislativos dictados con ocasión al estado de emergencia.

Entonces, en el entendido de que el control es integral, no le atañe al Consejo de Estado evaluar la legalidad del acto frente a todos los 'presupuestos

⁸Algunas de las sentencias que construyeron la línea demarcada por la Sección Primera del Consejo de Estado: Sección Primera, sentencia del 1 de febrero de 2001, Rad. 6375; Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 19 de marzo de 2009, Rad. 2005-02285-00; Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 1 de febrero de 2001, Rad. 2007-00193; Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 28 de febrero de 2013, Rad. 2009-00614-00.

⁹En la citada sentencia, la Sala realiza el estudio de legalidad del acto objeto de control, de cara con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- PIDCP. Dicho estudio de convencionalidad es secundado por la Sala Especial de Decisión No. 11, Rad. 2020-01072-00.

del ordenamiento jurídico que tengan conexión directa con el asunto, pero si deberá confrontarla con la regulación característica de la situación extraordinaria, y en todo caso, si el juez advierte que existe vulneración de cualquier otra norma que no haya sido interrumpida o revocada, procederá a declarar la ilegalidad del acto (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Rad. 2010-00196-00).

En línea con lo anterior, la jurisprudencia de la Corporación destaca la atribución que le asignó el Constituyente de 1991 de precisar cuáles serán las consecuencias de sus decisiones a través de la cosa juzgada relativa en aquellos casos en los que medien razones que justifiquen que los supuestos fácticos que avivaron la controversia de un determinado litigio, podrán volver a ser objeto de exámenes de constitucionalidad y/o legalidad, sin que con ello se desconozca que las cuestiones resueltas en el primer pronunciamiento están fijadas de manera definitiva, cuando estas sean fundadas en problemas jurídicos distintos a los ya abordados (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso administrativo, Rad. 2009-00549-00).

Bajo estos postulados, se comparte la postura de quienes consideran que el carácter integral del control inmediato de legalidad, no obliga al juez a hacer un análisis de idoneidad del decreto enfrentándolo con todo el universo jurídico, puesto que como se explicó anteriormente, su sentencia hace tránsito a cosa juzgada relativa, lo que significa, que las futuras críticas judiciales sobre los preceptos no analizados podrán adoptar la forma de los controles de nulidad por inconstitucionalidad y de nulidad simple (Consejo de Estado Sala Especial de Decisión No. 2, Rad. 2020-01169-00).

4. Conclusiones

En un esfuerzo por evitar la disolución total del orden constitucional, la Constitución Política de 1991 define los estados de excepción como una circunstancia anormal en la que se subvierte el principio democrático, confiriendo al presidente de la República la facultad de imponer normas con fuerza de ley. La identificación de las causas de tal excepcionalidad corresponde de forma restrictiva al presidente de la República, quien deberá motivar las razones por las cuales lo declara, con especial sujeción a los parámetros fijados por la Constitución para su declaratoria.

En ese sentido, por tratarse de una situación anómala donde la ley no es adoptada por el Congreso, el Constituyente de 1991 impone una serie de limitaciones y controles a las facultades extraordinarias otorgadas al Ejecutivo con el objetivo de salvaguardar los derechos y libertades de los administrados, de conformidad con la Constitución, la Ley y los tratados internacionales, preservando el equilibrio entre los órganos del poder público, aun cuando las circunstancias sociales y jurídicas cambien y se comprometa la capacidad de reacción de la administración.

El Gobierno queda facultado para dictar actos administrativos de carácter general, tendientes a reglamentar y/o desarrollar las disposiciones de los decretos legislativos dictados en el marco de la declaratoria de los estados de excepción, con el objeto de subsanar o atenuar los motivos que dieron lugar a la excepcionalidad; y como consecuencia, la Jurisdicción Contencioso Administrativa ejercerá la verificación, enjuiciamiento y control de tales actos a través del control inmediato de legalidad.

De manera que con la expedición del Decreto 417 del 2020, declaratorio del estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, el Consejo de Estado quedó facultado para conocer del control inmediato de legalidad de todas las medidas de carácter general expedidas por las autoridades del orden nacional.

Con el estudio efectuado sobre el ejercicio jurisdiccional del Consejo de Estado fue posible responder al cuestionamiento inicial, tras advertir la existencia de una serie de tensiones y desafíos de carácter procesal y sustancial entre las diferentes Salas Especiales de Decisión, de los que observamos como los más reiterados, la discrepancia sobre la tesis con la que se aborda la procedibilidad del control inmediato de legalidad, entendida como la más ajustada a los postulados del Constituyente de 1991 la material o sustancial, puesto que el control de legalidad es un instrumento de apoyo para la tutela judicial efectiva, pilar esencial del Estado Social de Derecho y garante del derecho fundamental al debido proceso.

En la misma línea, se evidenció la diferencia que existe entre quienes sostienen que el Decreto 417 de 2020 tiene la condición de decreto legislativo y quienes afirman que se trata simplemente de un decreto declarativo. Sobre este punto, más allá de calificar la naturaleza jurídica del decreto, queremos destacar, que extraerlo de la ejecución especializada del control inmediato de legalidad podría significar una limitación a los derechos y libertades de los administrados.

Igualmente, está la divergencia entre si debe o no aceptarse el estudio de legalidad sobre las medidas de derecho blando. Frente a esta tensión,

se considera necesario que cada caso sea analizado de manera particular, con el fin de determinar con claridad si se trata o no de una medida dirigida a producir efectos jurídicos, y con ello evitar un menoscabo adicional del ya existente, ocasionado con el estado de irregularidad.

Finalmente, se abordó marco jurídico a considerar por el juez a la hora de decidir sobre la legalidad del acto objeto de control, donde se comparte la postura de quienes consideran que el ejercicio del control inmediato de legalidad no puede basarse en iguales criterios de aquel que le corresponde a la Corte Constitucional sobre los decretos legislativos. El carácter integral del medio de control no constituye el estudio de la validez del acto con la totalidad del universo jurídico, no es lo mismo analizar una norma jurídica de excepción frente a un conjunto limitado de disposiciones, que analizarla frente al resto del ordenamiento jurídico. El asumir que el Consejo de Estado está en la obligación de realizar un estudio de tal magnitud desborda los límites de su competencia otorgada por la Constitución y la ley.

En consecuencia, la hipótesis planteada se confirma, en la medida en que, aunque fueron múltiples las cuestiones frente a las cuales los pronunciamientos del Consejo de Estado presentaron divergencias al momento de decidir sobre la legalidad de los actos administrativos proferidos en el marco del estado de emergencia; los cuatro puntos procesales desarrollados con el presente trabajo de investigación fueron los de mayor reincidencia.

Como conclusión transversal a toda la discusión, se invita al Consejo de Estado a adoptar reglas jurídicas de unificación, atienda los vacíos

normativos con prontitud, como respuesta a la necesidad de contar con mayores elementos de juicio a la hora de resolver presupuestos imprevisibles y urgentes como lo fue la pandemia por COVID-19.

La emergencia sanitaria puso de manifiesto una realidad que desde tiempo atrás venía consolidándose: la globalización del derecho no da espera, y el postergar la implementación de prácticas

actuales, que atiendan realmente las realidades sociales, es un deber del derecho y de sus operadores. El ordenamiento jurídico no es un simple instrumento de coerción, ni debe estar librado al voluntarismo de intereses preponderantes. La base del fenómeno jurídico es servir a la justicia y atender por igual las necesidades de los administrados (Cárdenas, 2009, p. 24).

Referencias Bibliográficas

- Almanza, A. y Pérez, M. (2020). *El control inmediato de legalidad en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica*. Revista Jurídica Mario Alirio D'Filippo, 12 (24), 372-385.
- Algorri, L. (2001). *La división y legitimidad del poder político*. En Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM (pp. 55–83).
- Arango, A. (2017). *Mutaciones del presidencialismo. La transformación del poder presidencial en Colombia (1974-2010)* [Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid].
- Arango, R. y Gaviria, M. (2021). *El estado de derecho en tiempos de pandemia: salud pública, separación de poderes, estados de excepción y la atención de la crisis de la covid-19 en Colombia*. En Justicia Social en época de pandemia: Reflexiones desde lo andino, (pp. 103-123). Universidad del Azuay.
- Barrera, P., González, J., & Corredor, W. (2020). Observatorio Relatoría Control Inmediato de Legalidad Primera Entrega: Análisis de sentencias. Relatoría del Consejo de Estado. <https://www.consejodeestado.gov.co/observatorio/index.htm>
- Barrera, P., González, J., & Corredor, W. (2021). Observatorio Relatoría Control Inmediato de Legalidad Sexta Entrega: Análisis de sentencias. Relatoría del Consejo de Estado. <https://www.consejodeestado.gov.co/observatorio/index.htm>
- Bernal, C. A. (2010). *Metodología de la investigación*. (3.^a ed.). Pearson.
- Bernal Pulido, C. (2018). *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica: Escritos de derecho constitucional y teoría del derecho*. Universidad Externado de Colombia.

- Borbón, J. (2019). La política de defensa y seguridad democrática en el Estado social de derecho. *Revista IUSTA*, (50), 95–118.
- Cárdenas, C. (2009). *Hacia un sistema político justo: diálogo Robert Alexy y Tomás de Aquino*. *Revista IUSTA*, (31), 15–26.
- Castro, H. (2021). *Control Constitucional del Estado de excepción y los decretos expedidos en Colombia durante el año 2020 con ocurrencia del covid-19 y la vulneración de derechos fundamentales*. *Revista Jurídica Piélagus*, 20(1), 1–22.
- Consejo de Estado, Sala de Decisión No. 10. (2020, 11 de junio). Auto, Rad. 2020-01029-00.
- Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 1. (2020, 14 de abril). Rad. 2020-01004-00 (C. P. María Adriana Marín).
- Consejo de Estado, Sala de Decisión No. 10. (2020, 11 de junio). *Auto, Rad. 2020-01029-00*.
- Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 1. (2020, 14 de abril). *Rad. 2020-01004-00* (C. P. María Adriana Marín).
- Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 2. (2020, 22 de abril). *Rad. 2020-01225-00* (César Palomino Cortés).
- Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 2. (2020, 9 de junio). *Rad. 2020-01169-00* (C. P. César Palomino Cortés).
- Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 6. (2020, 2 de junio). *Rad. 2020-01012-00* (C. P. Carlos Enrique Moreno Rubio).
- Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 8. (2020, 15 de diciembre). *Rad. 2020-01656-00*.
- Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 9. (2020, 27 de mayo). *Rad. 2020-00964-00* (Gabriel Valbuena Hernández).
- Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 9. (2020, 27 de mayo). *Rad. 2020-00991-00* (Gabriel Valbuena Hernández).
- Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 10. (2020, 11 de mayo). *Rad. 2020-00944-00* (C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas).

- Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 12. (2020). *Rad. 2020-01030-00* (M. P. Ramiro Pazos Guerrero).
- Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 17. (2020, 23 de junio). *Rad. 2020-01028-00* (M. P. Milton Chaves García).
- Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 19. (2020, 22 de abril). *Rad. 2020-01213-00* (C. P. William Hernández Gómez).
- Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 27. (2020, 30 de junio). *Rad. 2020-01202-00* (C. P. Rocío Araújo Oñate).
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (2009, 20 de octubre). *Rad. 2009-00549-00* (C. P. Mauricio Fajardo Gómez).
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (2010, 23 de noviembre). *Rad. 2010-00196-00* (C. P. Ruth Stella Correa Palacio).
- Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969, 22 de noviembre). <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>
- Corte Constitucional de Colombia. (1992, 24 de febrero). *Sentencia C-004 de 1992* (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- Corte Constitucional de Colombia. (1994, 13 de abril). *Sentencia C-179 de 1994* (M. P. Carlos Gaviria Díaz).
- Corte Constitucional de Colombia. (1994, 1 de julio). *Sentencia C-300 de 1994* (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- Corte Constitucional de Colombia. (2002, 2 de octubre). *Sentencia C-802 de 2002* (M. P. Jaime Córdoba Triviño).
- Corte Constitucional de Colombia. (2010). *Sentencia C-114 de 2010*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2013, 15 de mayo). *Sentencia C-279 de 2013* (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

- Corte Constitucional de Colombia. (2014, 4 de noviembre). *Sentencia C-810 de 2014* (M. P. Camilo Alberto Páez Ospina).
- Corte Constitucional de Colombia. (2015, 28 de octubre). *Sentencia C-670 de 2015* (M. P. María Victoria Calle Correa).
- Corte Constitucional de Colombia. (2016, 30 de agosto). *Sentencia C-466 de 2016* (M. P. Alejandro Linares Cantillo).
- Corte Constitucional de Colombia. (2019, 11 de diciembre). *Sentencia C-600 de 2019* (M. P. Alberto Rojas Ríos).
- Corte Constitucional de Colombia. (2020, 20 de mayo). *Sentencia C-145 de 2020* (M. P. José Fernando Reyes Cuartas).
- Corte Constitucional de Colombia. (2020, 12 de agosto). *Sentencia C-307 de 2020* (M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).
- Decreto 417 de 2020 [Presidencia de la República]. Por el cual se declara un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional. 17 de marzo de 2020.
- Decreto 637 de 2020 [Presidencia de la República]. Por el cual se declara un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional. 6 de mayo de 2020.
- Duque, C. y Martínez, A. (2011). *El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de Procedimiento Contencioso Administrativo y la constitucionalización del derecho administrativo en Colombia*. Revista IUSTA, (34), 69–86.
- Ibáñez Najar, J. (2008). *Estudios de derecho constitucional y administrativo*. Segunda Edición. Legis, Bogotá D.C.
- Ley 137 de 1994. Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia. *Diario Oficial No. 41.379*
- Ley 489 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial No. 43.464*.

Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). Diario Oficial No. 47.956.

Locke, J. (1689). *Dos tractos sobre el Gobierno y otros escritos*. Estados Unidos.

Quinche, R., M. (2012). *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*. Quinta Edición. Temis S.A, Bogotá D.C.

Rodríguez, L. (2015). *Estructura del Poder Público en Colombia*. Decimoquinta Edición. Temis.

Sánchez, H. (2016). *La descentralización administrativa en Colombia: un reto inconcluso y un desafío para el posconflicto*. Revista USTA (45), 81–106.

Sánchez, P. (2012). *Las normas de derecho blando son una zona de inmunidad en el país*. *Ámbito Jurídico*, Legis.

Vergara, M. (2022). *El manejo de orden público en Colombia: El mito de la reserva de la ley y la preponderancia del poder ejecutivo*. Revista de diálogos de derecho y política, (30), Universidad de Antioquia

Villar Borda, L. 2007. *Estado de derecho y Estado social de derecho*. Revista Derecho del Estado, 20, 73–96.