



LA PEQUEÑA DICTADURA DE LA COVID-19 EN COLOMBIA: USO Y ABUSO DE NORMAS ORDINARIAS Y EXCEPCIONALES PARA ENFRENTAR LA PANDEMIA

THE SMALL COVID-19 DICTATORSHIP IN COLOMBIA: USE AND ABUSE OF ORDINARY AND EXCEPTIONAL REGULATIONS TO CONFRONT THE PANDEMIC

DAVID MENDIETA* | MARY LUZ TOBÓN TOBÓN**

RESUMEN

El uso y abuso del estado de sitio en Colombia fue una constante durante los siglos XIX y XX. Por ello, el constituyente de 1991 fue tan cuidadoso a la hora de regular los estados de excepción estableciendo un sistema de exigentes límites y controles. El objetivo de este escrito es evidenciar la manera en que se usaron poderes extraordinarios en Colombia para enfrentar situaciones ordinarias. Y ahora, de manera paradójica, se abusa de competencias ordinarias para enfrentar una situación extraordinaria, como lo es la pandemia ocasionada por la COVID-19. El Gobierno nacional y los gobiernos locales han enfrentado, durante varios meses, la mayor crisis social y económica por la que ha pasado el país con medidas concebidas para la normalidad, como lo es el Código de Policía. Lo anterior se convirtió en un estado de excepción de facto. Mediante una metodología descriptivo-analítica, se pudo demostrar que limitar derechos fundamentales con competencias de policía es una manera de eludir el control idóneo de constitucionalidad por parte del Gobierno nacional. Además, varios controles establecidos en la Constitución y en la ley no fueron eficaces durante esta crisis, lo que fracturó al Estado constitucional de derecho y nos llevó, por varios meses, a estar bajo la pequeña dictadura de la COVID-19.

Palabras clave: estados de excepción; estado de sitio; Estado constitucional de derecho; control de constitucionalidad; separación de poderes.

ABSTRACT

The use and abuse of the state of siege in Colombia was a constant during the 19th and 20th centuries. This is why the 1991 constituent was so careful in regulating states of emergency, establishing a system of demanding limits, limits and controls. The objective of this writing is to show how in Colombia extraordinary powers were used to face ordinary situations and now, paradoxically, ordinary powers are abused to face an extraordinary situation, such as the pandemic caused by the Covid-19 virus. The National Government and local governments for several months faced the greatest social and economic crisis the country has gone through with measures designed for normality such as the Police Code, which became a de facto state of exception. By means of a descriptive-analytical methodology, it was possible to demonstrate that limiting fundamental rights with police powers is a way to avoid the appropriate control of constitutionality by the National Government, and that several controls established in the Constitution and in the law were not effective during this crisis, which fractured the Constitutional State of Law and took us for several months to be under the small dictatorship of COVID-19.

Keywords: states of emergency; state of siege; constitutional rule of law; control of constitutionality; separation of powers.

* Doutor em Direito Constitucional pela Universidad Complutense de Madrid.
Professor da Universidad de Medellín.
davidmendieta.gonzalez@hotmail.com

** Doutora em Direito Constitucional pela Universidad Complutense de Madrid.
Professora da Universidad Católica de Colombia.
maryltobon@gmail.com

Recebido em 18-5-2021 | Aprovado em 18-5-2021¹

¹ Artigo convidado. Publicação original: *Opinión Jurídica*, Medellín, v. 19, n. 40 (2020), p. 243-258.



SUMÁRIO

**INTRODUCCIÓN; 1 NORMAS EXTRAORDINARIAS PARA SITUACIONES ORDINARIAS;
2 LÍMITES Y CONTROLES DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN COLOMBIA;
3 NORMAS ORDINARIAS PARA SITUACIONES EXTRAORDINARIAS;
4 CUANDO LOS CONTROLES FALLAN, SURGE LA DICTADURA; CONCLUSIONES; REFERENCIAS.**

■ INTRODUCCIÓN

El presente artículo es producto de un proyecto de investigación adscrito al Grupo de Investigación en Ciencias Sociojurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, seccional Bogotá, en asocio con el Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Una versión de este trabajo se encuentra publicada en el libro *O direito público em tempos pandêmicos*². Pero la presente edición ha sido ampliada, mejorada y actualizada.

El conflicto es una constante en la historia de Colombia. En el siglo XIX hubo nueve guerras civiles, pero el siglo XX no fue mejor. Enfrentamientos partidistas, el surgimiento de la guerrilla, el narcotráfico y el paramilitarismo convertirán al país en campo de batalla de fuerzas legales e ilegales que se enfrentaban por la hegemonía en un territorio que se destaca por sus agrestes montañas, frondosas selvas y caudalosos ríos. El país padeció un conflicto armado no declarado que continúa hoy³. En palabras de Hernando Valencia Villa⁴, los colombianos tuvimos primero Estado que nación.

Un Estado que no hizo presencia en muchos lugares del territorio nacional y este vacío fue ocupado por las elites regionales licitas e ilícitas. Durante mucho tiempo, el uso de la fuerza sin límites claros se convirtió en una estrategia del Estado para intentar llegar a los colombianos. En muchos lugares del país no había escuelas o centros de salud, pero sí patrullaba el ejercito colombiano. El estado de sitio fue usado en Colombia como un instrumento reiterativo para enfrentar situaciones que tenían su origen en problemas sociales.⁵

Mientras en la segunda parte del siglo XX proliferaban en América Latina las dictaduras, en nuestro país teníamos como gobernantes a civiles muy poderosos, amparados en el estado de sitio. Pero los poderes excepcionales no sirvieron para solucionar los problemas estructurales de la sociedad. Colombia tenía una enfermedad, pero esa no era la cura.

² MENDIETA, 2020, pp. 97-109.

³ VALDERRAMA, F; ORTIZ, M. *Justicia transicional: Noción de la justicia en la transición colombiana*. Opinión Jurídica, 16(32), 2018, p. 245-266.

⁴ VALENCIA, H. *Cartas de batalla: una crítica al constitucionalismo colombiano*. Fondo Editorial Cerec, 1997, p. 87.

⁵ El uso del derecho para la normalización de la guerra ha sido tratado por Michel Foucault en *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa, 1995, p. 66.

1 NORMAS EXTRAORDINARIAS PARA SITUACIONES ORDINARIAS

El uso y abuso de la fuerza han hecho parte del devenir histórico del país y la excepción marcó a los colombianos durante gran parte de los siglos XIX y XX. La Constitución de 1886 establecía un solo estado de excepción, que era el estado de sitio⁶. Nuestro país fue gobernado durante largos periodos de tiempo con poderes excepcionales, así lo expresan García y Uprimny:

Desde el cierre del Congreso —en noviembre de 1949, durante el gobierno de Mariano Ospina Pérez (1946-1950)— hasta la expedición de la Constitución de 1991, Colombia vivió prácticamente en un régimen de excepción permanente⁷.

La normalidad era la anormalidad, la excepción se hizo regla. En términos de Loewenstein, Colombia se convirtió en un permanente gobierno de crisis⁸.

A pesar de las muchas declaratorias de estado de sitio y amplios poderes con los que se facultó al Ejecutivo, los problemas sociales crecieron y mutaron. La desigualdad, la pobreza extrema y la falta de oportunidades fueron caldo de cultivo para fomentar la insurgencia y la criminalidad en diferentes formas. Los poderes extraordinarios se mostraron ineficaces para solucionar estos males y los colombianos se dieron cuenta de que la pobreza no se acaba por decreto, así tenga fuerza de ley.

Colombia es un buen ejemplo de cómo los poderes desmedidos no solucionan problemas sociales, mientras persistan las razones estructurales que los generaron. El conflicto no se solucionará con el simple uso de la fuerza. En este sentido, Mary Luz Tobón afirma:

no solo porque la fuerza destruye el derecho, sino también y sobre todo porque la declaratoria del estado de excepción es una estrategia de guerra controlada, y más que actuar como un instrumento para la paz, contribuye al detrimento de esta⁹.

Rara vez la ruptura del principio democrático le ha servido a un pueblo para salir de la pobreza y si esto llega a pasar, el precio al sacrificar los derechos y libertades fundamentales es tan alto, que ya no vale la pena.

Como ya se ha mencionado, durante los siglos XIX y XX y en vigencia de la Constitución de 1886, en Colombia se usaron poderes extraordinarios para enfrentar la cotidianidad. Por ello, el constituyente de 1991 se preocupó tanto por establecer diferentes límites y controles a los estados de excepción. La Corte Constitucional colombiana ha hecho efectivos estos

⁶ TOBÓN, M; MENDIETA, D. *Los estados de excepción en el régimen constitucional colombiano*. Opinión Jurídica, 16(31), 2017, p. 70.

⁷ GARCÍA, M; UPRIMNY, R. *¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción*. Dejusticia, 2005, p. 3.

⁸ “en algunos países del mundo, el gobierno de crisis se ha transformado más en la regla que en la excepción” (Loewenstein, K. *Teoría de la constitución*. Ariel, 1976, p. 283).

⁹ TOBÓN, M. *Los estados de excepción: imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Grupo Editorial Ibañez, 2019, p. 428.

límites e, incluso, como se verá a continuación, podría decirse que los ha ampliado por vía jurisprudencial al establecer una exigente prueba de constitucionalidad para normas excepcionales.

2 LÍMITES Y CONTROLES DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN COLOMBIA

Frente a los excesos cometidos por agentes del Estado en vigencia de la Constitución de 1886, amparados por el estado de sitio, el constituyente de 1991 se preocupó mucho por regular los estados de excepción. Por ello, les establecieron múltiples límites y controles de diferente índole: temporales, materiales, políticos y jurídicos, entre otros¹⁰.

La Constitución de 1991 consagra tres estados de excepción a saber: estado de guerra exterior (art. 212), el estado de conmoción interior (art. 213) y el estado de emergencia por razones económicas, sociales, ecológicas o calamidad pública (art. 215), y el artículo 214 establece unos límites comunes a los estados de excepción. Además de la regulación constitucional, existe una Ley Estatutaria (que en Colombia hace parte del bloque de constitucionalidad) que reglamenta los estados de excepción: la Ley 137 de 1994 (en adelante LEEE). Es importante resaltar que “las facultades del presidente no pueden rebasar el núcleo esencial del derecho fundamental que se limita”¹¹.

La Corte Constitucional, interpretando el artículo 215 de la Constitución colombiana, ha establecido una serie de requisitos materiales y formales. Frente a estos últimos, ha dicho que deben:

(a) haber sido firmados por el presidente de la República y todos los ministros de su gabinete; (b) estar motivados; (c) establecer claramente su duración; (d) determinar con precisión su ámbito territorial de aplicación; (e) haber sido notificada su adopción a los organismos internacionales competentes; (f) estar reunido el Congreso, o en caso de no estarlo, habersele convocado para los diez días siguientes al vencimiento del estado de emergencia; y (g) haber sido remitido a la Corte Constitucional al día siguiente de su adopción para revisión automática de constitucionalidad¹².

Los requisitos materiales que debe cumplir el estado de emergencia social, económica y ecológica, son:

(a) cumplir con su presupuesto fáctico, es decir, debe responder a hechos sobrevinientes y extraordinarios que alteren el orden económico, social o ecológico y sean distintos a los que constituirían estados de guerra exterior o conmoción interior; el presupuesto fáctico se desagrega, a la vez, en tres

¹⁰ MIRA, C. M. *Los estados de excepción en Colombia y aplicación del principio de proporcionalidad: un análisis de seis casos representativos*. Opinión Jurídica, 15(29), 2016, p. 143.

¹¹ Congreso de la República de Colombia. (1994, 3 de junio). Ley 137 de 1994. Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia. Diario Oficial No. 41.379. Art. 7.

¹² Corte Constitucional de Colombia. (2015, 28 de octubre). Sentencia C 670 (María Victoria Calle Correa, M. P.)

componentes: (i) el juicio de realidad de los hechos invocados, (ii) el juicio de identidad de dichos hechos como constitutivos de un estado de emergencia, y (iii) el juicio de sobreviniencia de tales hechos; (b) debe cumplir con un presupuesto valorativo, consistente en que la alteración o amenaza de alteración del orden económico, social o ecológico debe ser grave y actual o inminente; y (c) debe satisfacer un juicio de necesidad, es decir, basarse en la insuficiencia de los medios ordinarios estatales para conjurar la crisis correspondiente, y la correspondiente necesidad de apelar a medidas extraordinarias o excepcionales en cabeza del Ejecutivo¹³.

En cumplimiento de la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos y la LEEE, los decretos legislativos no podrán:

(d) suspender los derechos humanos o libertades fundamentales, ni limitar aquellos que no son susceptibles de limitación y deben cumplir con las reglas constitucionales e internacionales aplicables a las hipótesis de limitación legítima de derechos constitucionales; (e) no pueden interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público; y (f) no pueden suprimir ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento.¹⁴

Además del control de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional conforme a lo establecido en el artículo 241 numeral 7 de la Constitución de 1991¹⁵, existen otros controles sobre las normas que se expiden amparadas en un estado de excepción en Colombia: uno de carácter político, a cargo del Congreso de la República (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 215); y dos controles jurisdiccionales, uno de constitucionalidad a cargo del Consejo de Estado —por vía de acción ciudadana, conforme a lo establecido en los artículos 237 numeral 2 de la Constitución y 135 de la Ley 1437 (2011)—¹⁶ y otro de legalidad sobre los decretos y demás actos administrativos expedidos por las autoridades nacionales, gobernadores, alcaldes, entre otras autoridades administrativas que se pronunciaron para

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Con respecto al control jurídico la Corte Constitucional ha dicho: “En síntesis, de la carta política se infiere la competencia de la Corte Constitucional para realizar el control de constitucionalidad formal y material tanto de los decretos legislativos declaratorios de los estados de excepción como de los decretos legislativos de desarrollo. Tal competencia es corroborada además por las deliberaciones a que hubo lugar en la Asamblea Nacional Constituyente; por el modelo del derecho constitucional de excepción por el que optó el Constituyente de 1991; por la regulación que aquél hizo de la naturaleza, límites y sistema de control del estado de conmoción interior; por la naturaleza jurídica del decreto declaratorio de tal estado de excepción y por la concepción actual de la jurisdicción constitucional y de su función” (Sentencia C-802, 2002).

¹⁶ “Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución. También podrán pedir la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional...” (Ley 1437, 2011, art. 135).

enfrentar la crisis. Este control lo realiza la jurisdicción contenciosa de manera oficiosa, en los términos del artículo 136 de la misma ley¹⁷.

Como puede verse, en vigencia de la Constitución de 1991, son muchos los límites y controles que tienen los estados de excepción en nuestro país. El papel jugado por el judicial, a través de la Corte Constitucional y la jurisdicción contencioso-administrativa, y el legislativo con el Congreso de la República, ha sido determinante para impedir que —con normas excepcionales del ejecutivo— se pretenda acabar con la separación de poderes y menoscabar derechos y libertades fundamentales de los colombianos¹⁸. Pero la crisis ocasionada por la pandemia de la COVID-19 ha puesto a prueba el funcionamiento de las ramas del poder público en Colombia y la eficacia de los límites y controles antes mencionados

3 NORMAS ORDINARIAS PARA SITUACIONES EXTRAORDINARIAS

El primer caso de coronavirus en Colombia se diagnosticó el 6 de marzo de 2020. El 10 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 380 que ordenó el aislamiento obligatorio de todos los viajeros provenientes de China, Italia, Francia y España por un término de catorce días¹⁹. El 12 de marzo de 2020 la misma autoridad, emite la Resolución 385 de 2020 que declara el estado de emergencia sanitaria en todo el territorio nacional y se adoptan algunas medidas para enfrentar la pandemia. El estado de emergencia sanitaria no es un estado de excepción, sino una competencia ordinaria.

El 12 de marzo y el 16 de marzo de 2020, el presidente expide los decretos ordinarios 402 y 412, que cierran fronteras, primero con Venezuela y luego con el resto de nuestros vecinos, pero no el transporte aéreo desde y hacia otros países. En Colombia, se decía que el Gobierno nacional no estaba tomando las decisiones contundentes para enfrentar la pandemia. Entonces, los gobiernos departamentales y locales tomaron medidas drásticas como toques de queda y confinamientos obligatorios de sus habitantes, lo que causó tensión entre el poder central y los gobiernos de los entes territoriales. No debe olvidarse que Colombia es un Estado unitario.

¹⁷ “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, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales, o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en este Código. Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la autoridad judicial indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición. Si no se efectuare el envío, la autoridad judicial competente aprehenderá de oficio su conocimiento” (Ley 1437, 2011, art. 136).

¹⁸ Algunos autores han criticado la eficacia del control político realizado por el Congreso de la República a los decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional durante un estado de excepción, es el caso de Orjuela Botero (2011): “De lo anterior se desprende que el legislativo puede ejercer, a través de todas las actividades que desarrolla, control sobre el Gobierno. Existen instrumentos, por supuesto, más idóneos para tal fin. Sin embargo, la realidad es que la afinidad ideológica y partidista entre las mayorías parlamentarias y el Presidente trae como consecuencia que este control, que podría ser total y eficiente, pase a ser inocuo y casi inexistente” (p. 120).

¹⁹ Al respecto nos preguntamos qué sucede con la libertad de movimiento. La libertad de movimiento también significa, por supuesto, tener la libertad de no moverse, incluso la libertad de auto confinarse. Para muchos, a menudo los más vulnerables y privados de derechos, esta libertad elemental no se da. Incluso se plantean medidas como el aislamiento inteligente, y son precisamente los más vulnerables quienes tienen que salir a trabajar.

El 18 de marzo de 2020, el presidente de la República expide el decreto ordinario 418, en el cual le deja claro a los gobernadores y alcaldes, so pena de sanción, que él es la máxima autoridad del orden público frente a la pandemia y que está actuando dentro del marco de una crisis sanitaria que, como se dijo antes, no es un estado de excepción. Pero el Gobierno nacional, con su amalgama normativa para enfrentar la pandemia, terminó dándole efectos excepcionales a normas ordinarias en la práctica.

Acorde con lo establecido en la Constitución Política de Colombia en el artículo 215, el Gobierno nacional declara el estado de emergencia social, económica y ecológica en todo el territorio nacional mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 por un término de treinta días. El 6 de mayo de 2020 se declara un nuevo estado de emergencia social, económica y ecológica a través del Decreto 637 por otros treinta días. Durante el primer estado de emergencia se expidieron setenta y tres decretos legislativos y en el segundo se expidieron cuarenta y dos, la mayoría con contenido económico²⁰.

El Gobierno nacional, amparado por dos estados de emergencia social, económica y ecológica, produjo una avalancha normativa que requerirá que la máxima autoridad colombiana de constitucionalidad tuviera que proferir más de cien sentencias de constitucionalidad en pocos meses. Lo anterior pone a prueba la capacidad operativa de la Corte Constitucional, pero también la rigurosidad del control.

No se discute la gravedad de la pandemia, pero sí el instrumento con el que se están limitando derechos como el de circulación (Artículo 24 de la C. P.), reunión (Artículo 37 de la C. P.), culto (Artículo 19 de la C. P.) y todos los que se ven afectados con el cierre de establecimientos públicos. Los anteriores derechos, la actividad comercial, las libertades de empresa y económica tienen límites en Colombia, pero dentro de los parámetros que establezca la ley (Artículo 333 de la C. P.). Sin embargo, hoy están siendo menoscabados por decretos ordinarios y competencias de policía.

Para el momento en que se escribe este texto, el Gobierno nacional está usando dos instrumentos normativos para enfrentar la crisis: por un lado, una emergencia sanitaria (poderes ordinarios) y, por el otro, dos estados de excepción de emergencia social, económica y ecológica (poderes extraordinarios). Con la primera está limitando derechos fundamentales y actividades que requerirían norma con fuerza de ley para su restricción; con los segundos se está ocupando especialmente de temas económicos. Lo que es muy característico de los gobiernos colombianos es que suelen ser liberales en lo económico y ultraconservadores a la hora de concebir y garantizar derechos y libertades fundamentales. Pero esta aberración de la ideología liberal no es exclusiva de Colombia. Por el contrario, representa las corrientes neoliberales de segunda parte del siglo XX y la primera del XXI²¹. Regular aspectos tan

²⁰ Los decretos ordinarios y los legislativos expedidos por el Gobierno nacional durante la crisis de la pandemia pueden ser consultados mes por mes en la siguiente dirección: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/decretos-2020/decretos-junio-2020>. La relación de los decretos legislativos que están siendo revisados en su constitucionalidad por la Corte Constitucional puede verse en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/micrositios/estado-de-emergencia/decretos.php>.

²¹ “Igualmente son significativas las obras de innumerables ultraliberales, como Mises, Hayek y Friedman, todos “fundamentalistas del mercado” y críticos con las “democracias basadas en la regla de la mayoría”, vistas potencialmente “perjudiciales” para el mercado. El ejemplo de la unión entre la derecha (y su extremo) y el ultraliberalismo, en el caso de la dictadura chilena, fue muy bien analizado por el libro y el documental de Naomi Klein, “La doctrina del choque”, pues explican el modus operandi de las derechas en el siglo XX” (Pinto, F. y

importantes para los colombianos con normas equivocadas no es un error involuntario, sino que hace parte de una práctica que han sostenido algunos mandatarios y que ha sido denominada elusión constitucional, que no es otra cosa que evadir el control idóneo de constitucionalidad que debería tener una norma²². Pero en este caso ha ido más lejos. El Gobierno nacional expidió normas materialmente extraordinarias, pero con forma ordinaria. Así, disfrazó lo que deberían ser decretos legislativos como si fueran ordinarios. Esto significa que se ha enfrentado la mayor crisis social y económica en la historia del país con normas concebidas para la normalidad, como lo es el Código Nacional de Policía.

Teniendo en cuenta lo anterior, uno de los efectos más evidentes tiene que ver con el control de constitucionalidad, pues los decretos de estados de excepción o legislativos tienen control de constitucionalidad automático, integral y posterior a cargo de la Corte Constitucional.

En cambio, los decretos ordinarios, como la declaratoria de emergencia sanitaria y los demás decretos dictados por el Gobierno nacional con base en ella, tienen un control por vía de acción. La autoridad competente para conocer de ellos es el Consejo de Estado²³.

El hecho de que el órgano competente para determinar la constitucionalidad de los decretos ordinarios —que limitan derechos fundamentales durante la pandemia— sea el Consejo de Estado y no la Corte Constitucional no es un detalle menor. Como se dejó constancia en este escrito, esto se debe a que muchos límites y controles que los decretos legislativos tienen en Colombia son temporales, por ejemplo. Nuestra historia nos llevó a desconfiar de este tipo de normas y a ser muy exigentes en su análisis de validez. Pero esto no sucede con los decretos ordinarios que tienen vocación atemporal, requieren ser demandados por un ciudadano y, una vez la norma sea accionada, el Consejo de Estado puede tardar muchos meses en decidir acerca de su constitucionalidad²⁴. Durante la pandemia, este control se ha tornado ineficaz, pues los términos judiciales para instaurarlo estuvieron suspendidos desde el 16 de marzo hasta el 22 de mayo del 2020²⁵. Además, la máxima

Pineda, C. *Las expresiones de derecho en Brasil y en España: conservadurismo, neoliberalismo y fascismo. Oxímora*. Revista Internacional de Ética y Política, (16), 2020, p. 76).

²² “El caso de los decretos reglamentarios es grave y paradigmático, pues allí ha desaparecido todo control real. De hecho, hoy se hace cualquier cosa con un decreto reglamentario. Se evita el control constitucional y se logra la realización de una competencia por parte del Consejo de Estado, donde el control es inexistente. Esto en atención a que la competencia para controlar los decretos reglamentarios fue asignada al Consejo de Estado (artículo 237.2 de la Constitución), aconteciendo que bajo el nombre de decreto reglamentario se expide un decreto de contenido legislativo, sin realizar control” (Quinche, M. *La elusión constitucional: una política de evasión del control de constitucionalidad en Colombia*. Editorial Universidad del Rosario Quinche, 2009).

²³ Mendieta, D. La acción de inconstitucionalidad en Colombia: ¿puede la Corte Constitucional establecer límites al ejercicio ciudadano de esta acción? [Memoria para optar al título de doctor, Universidad Complutense de Madrid]. E-Prints Complutense. El repositorio de la producción académica en abierto de la UCM, 2017, p. 135.

²⁴ Un ejemplo del tiempo que demora el Consejo de Estado en decidir un medio de control de nulidad por inconstitucionalidad es la demanda instaurada por un ciudadano el 10 de agosto de 2016 contra el Acuerdo PSAA-16-10548, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, y cuya sentencia para declarar la nulidad del acto es del 6 de febrero de 2018, es decir, dieciocho meses después de haber sido demandada. [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-24-000-2016-00480-00\(AI\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-24-000-2016-00480-00(AI).pdf)

²⁵ El Consejo Superior de la Judicatura le permitió hacer uso del medio de control nulidad por inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado mediante el Acuerdo PCSJA20-11556 (2020).

El Consejo Superior de la Judicatura, mediante los acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549 y PCSJA20-11556 suspendió los términos judiciales, estableció algunas excepciones y

autoridad de lo contencioso-administrativo en Colombia también se caracteriza por sus posiciones menos garantistas en temas de constitucionalidad en comparación con las de la Corte Constitucional²⁶.

4. CUANDO LOS CONTROLES FALLAN, SURGE LA DICTADURA

Como se dijo antes, algunos de los controles antes descritos se han tornado ineficaces durante la pandemia. Este es el caso de la ausencia del control político por parte del Congreso de la República, pues esta autoridad debió comenzar su segundo periodo de sesiones ordinarias de la presente legislatura el pasado 16 de marzo y hasta el 20 de junio (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 138). Pero este comienzo coincidió con la declaratoria del confinamiento obligatorio de los colombianos. A la fecha, principios de julio, aún se discute si las reuniones virtuales de los congresistas son constitucionales.

Esta discusión es innecesaria, pues el artículo 140 de la Constitución Política de Colombia permite la reunión del Congreso de la República, en caso de perturbación del orden público, en el sitio donde lo designe el presidente del Senado. En este sentido, dispone:

El Congreso tiene su sede en la capital de la República. Las cámaras podrán por acuerdo entre ellas trasladar su sede a otro lugar y, en caso de perturbación del orden público, podrán reunirse en el sitio que designe el presidente del Senado.²⁷

Hasta el momento, el Congreso de la República se ha autocensurado en su papel de hacerle control político a los decretos legislativos expedidos por el Gobierno nacional durante los dos estados de emergencia declarados. De esta manera, ha incumplido, ya sea por negligencia o incapacidad, la función del control político a los actos del Gobierno nacional.

Los controles jurisdiccionales también han presentado fallas durante la pandemia, pues el Consejo Superior de la Judicatura suspendió los términos para acudir ante los jueces desde el 16 de marzo hasta el 1 de julio. Durante este tiempo, los controles de constitucionalidad y legalidad que realiza la jurisdicción contencioso-administrativa fueron precarios, pues solo con el paso de los meses se restablecieron los medios de control establecidos en los artículos 135 y 136 de la Ley 1437. Los acuerdos PCSJA20-11532 y PCSJA20-11556 (2020) del Consejo Superior de la Judicatura fijaron excepciones a la suspensión de estos términos. El primer acuerdo le permitió a la jurisdicción contencioso-administrativa, desde

adoptó otras medidas por motivos de salubridad pública y fuerza mayor con ocasión de la pandemia de la COVID-19 (Acuerdo PCSJA20-11567, 2020). http://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7e%2fApp_Data%2fUpload%2fPCSJA20-11567.pdf

²⁶ MENDIETA, D; TOBÓN, M. El (des)control de constitucionalidad en Colombia. *Estudios Constitucionales*, 16(2), 2018a, p. 51 y ss.

²⁷ Constitución Política de Colombia. (1991). Publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Art. 140.

el 11 de abril, realizar el control oficioso de legalidad²⁸. El segundo, con fecha del 22 de mayo, permite ejercer los medios de control de nulidad por inconstitucionalidad y nulidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa frente a los actos administrativos expedidos por el presidente, gobernadores, alcaldes y demás autoridades administrativas en el marco de la emergencia sanitaria (Acuerdo PCSJA20-11556, 2020).

Como se dijo antes, en Colombia, los términos para la mayoría de los trámites judiciales están suspendidos hasta el 1 de julio del año en curso. ¿Qué pasa con el Estado constitucional de derecho sin administración de justicia? Durante la pandemia, el acceso a la justicia en Colombia ha estado vulnerado en diferentes grados. Los jueces en general y el Consejo Superior de la Judicatura en particular salen mal librados de esta crisis, y la necesidad de modernizarse es la mayor enseñanza que les ha dejado la pandemia.

Mientras tanto, el confinamiento preventivo y obligatorio de los colombianos, a pesar de estar vigente en la norma, se torna inocuo. Fue impuesto desde el 25 de marzo mediante el decreto ordinario 457 de 2020 y fue prorrogado por otros decretos, también ordinarios, así: decretos 531, 536, 593, 636, 749 y 878 del 2020. Todos surgen por una competencia dada por la Ley 1801 de 2016 o el Código Nacional de Policía. Los decretos citados forman una cadena normativa donde unos modifican o derogan al anterior, pero al mismo tiempo flexibilizan el confinamiento. El último de ellos establece en su artículo 2:

Prorrogar la vigencia del Decreto 749 del 28 de mayo de 2020. 'Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público', modificado por el Decreto 847 del 14 de junio de 2020, hasta el 15 de julio de 2020, y en tal medida extender las medidas allí establecidas hasta las doce de la noche (12:00 pm) del día 15 de julio de 2020.²⁹

Sin embargo, deja vigente el artículo 3 del decreto 749 del 2020 que permite la circulación de personas en cuarenta y tres casos o actividades diferentes. Incluso, autoriza a los alcaldes implementar planes piloto que permitan la apertura de restaurantes y servicios religiosos (Decreto 878, 2020, art. 1).

El Gobierno nacional no es el único que ha incurrido en excesos normativos y prácticas reprochables a la hora de enfrentar la pandemia. Durante esta los gobiernos departamentales, distritales y municipales también han incurrido en vulneraciones a derechos fundamentales con toques de queda, prohibiciones de ingreso y salida a los entes territoriales, obtención y manejo de información y datos personales a través de aplicaciones sin una justificación clara, invasión de domicilios, imposición de multas que, en muchos casos, vulneran la presunción de inocencia y el debido proceso, entre otros.

Colombia tuvo una amarga experiencia con el estado de sitio vigente en la Constitución de 1886. Por ello, la Constitución de 1991 puso tantos límites y controles a los

²⁸Durante el tiempo que estén suspendidos los términos judiciales se podrán llevar a cabo las actuaciones que adelanten el Consejo de Estado y los tribunales administrativos con ocasión del control inmediato de legalidad que deben adelantar de conformidad con las competencias establecidas en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 y en los artículos 111, numeral 8; 136 y 151, numeral 14, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso-administrativo (Acuerdo PCSJA20-11532, 2020).

²⁹ Ministerio del Interior de Colombia (2020, 25 de junio). Decreto 878. Art. 2.

estados de excepción, y durante los últimos veintinueve años la Corte Constitucional se ha preocupado por preservar estos límites. Sin embargo, el Gobierno nacional ha encontrado la manera de evadirlos. El uso de medidas ordinarias para enfrentar la mayor crisis social y económica del país es la implementación de un estado de excepción de facto, sin límites claros y sin controles eficaces. ¿Pero qué es un estado de excepción sin límites ni controles? Pues no es más que una dictadura.

Una crisis sanitaria sin precedentes, como la generada por las COVID-19, ha generado una crisis institucional también sin precedentes en el sistema de *checks and balances* de la estructura del Estado colombiano. El control político a cargo del Congreso de la República y los controles jurisdiccionales presentaron fallas evidentes. El punto de partida de la dictadura es el inverso del estado de excepción: el Estado cede al prever posibles situaciones de crisis. En consecuencia, también cede al tratar de limitar los efectos de las medidas adoptadas durante la situación de anormalidad sobre el orden constitucional vigente.

En palabras de Orjuela Botero, los estados de excepción son una figura contradictoria y por lo tanto altamente polémica³⁰. Plantean limitar la democracia, para mantenerla; restringir la Constitución, para conservarla; disminuir el disfrute de los derechos humanos, para garantizar su posterior vigencia; y, en muchos casos, dotar al Gobierno de poderes excepcionales para evitar una posible dictadura. Esta es justificada por algunos autores como Schmitt³¹.

En la acción del dictador, según Schmitt³², el respeto de las reglas de la ley debe ser suspendido para crear las condiciones de validez fáctica del derecho en sí. Es una acción, por lo tanto, que encuentra su referencia inmediata en la realidad concreta y que extrae su criterio del propio "estado de las cosas". *A contrario sensu*, en el estado de normalidad las crisis se deben regir por las normas del derecho. Mientras tanto, en la dictadura, los hechos determinarían los cursos de la conducta de la autoridad pública³³. La fractura del Estado constitucional de derecho por parte del Ejecutivo durante la pandemia fue evidente. Durante varios meses los demás poderes públicos fueron incapaces o negligentes para controlarlo. Colombia estuvo inmersa en la pequeña dictadura de la COVID-19 y aún es pronto para saber cuáles serán sus consecuencias.

No cabe duda de que hoy en día el uso de poderes excepcionales ha ido en aumento en diferentes Estados como una forma de responder a las crisis globales causadas por factores como el terrorismo, el cambio climático y la pandemia; sus efectos se han agravado por el modelo económico neoliberal³⁴. Mientras en el mundo tienen miedo de gobernantes con estos poderes, pues pueden vulnerar derechos humanos, en Colombia, por el actuar sospechoso del Gobierno nacional y las fallas de los controles legislativo y jurisdiccionales, debemos temerles también a los poderes ordinarios usados para enfrentar una situación

³⁰ BOTERO, ORJUELA. *Los estados de excepción en Colombia: una aproximación desde los mecanismos de control*. Editorial Universidad San Buenaventura, 2011, p. 119.

³¹ La dictadura es un medio para alcanzar un fin determinado; como su contenido solo está determinado por el interés en el resultado a alcanzar y, por tanto, depende siempre de la situación de las cosas no se puede definir, en general, como la supresión de la democracia (Schmitt, 1999, p. 23).

³² SCHMITT, C. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Alianza, 1999.

³³ FERREIRA, B. *Sujeito e ordem: romantismo e decisionismo no pensamento de Carl Schmitt*. *Dados*, 45(4), 2002, p. 622.

³⁴ AGAMBEN, G. *Homo Sacer II*. Estado de excepción (trad. Flavia Costa e Ivana Costa). Adriana Hidalgo Editora, 2005.

extraordinaria como lo es la pandemia que nos aqueja. Limitar derechos y libertades fundamentales con normas ordinarias es declarar un estado de excepción de facto: esto es una dictadura. Es necesario, entonces, restablecer la eficacia de los controles y evitar que el poder ejecutivo se desborde. De lo contrario, quien pelagra es el Estado constitucional de derecho³⁵.

■ CONCLUSIONES

El estado de sitio dejó una huella imborrable en la historia de Colombia. La falta de límites y controles efectivos sirvieron para que, durante su vigencia, se abusara de los derechos humanos. Por ello, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 fue tan cuidadosa con la regulación de los estados de excepción. La Corte Constitucional, garante de la supremacía e integridad de la Constitución, ha velado por evitar el abuso de los poderes excepcionales por parte del Gobierno nacional. Sin embargo, este ha encontrado formas de evadir este control. Una de ellas es acudir a decretos ordinarios para regular aspectos que deberían estar normados por leyes o, en su defecto, decretos con fuerza de ley. Lo anterior es llamado elusión constitucional.

Frente a las crisis globales causadas por el terrorismo, el cambio climático, la migración descontrolada, las pandemias, entre otros, los Estados acuden cada vez más a poderes excepcionales, pero esto no puede volverse recurrente. La excepción no puede convertirse en la regla, y en esto la historia de Colombia tiene mucho que enseñar. Las medidas excepcionales se deben establecer para solucionar problemas excepcionales, pero siempre con límites y controles. De lo contrario, la cura podría ser peor que la enfermedad.

Una crisis sanitaria provocó en Colombia una crisis institucional que mostró la incapacidad de varios controles para ser eficaces durante el confinamiento. Asimismo, esta crisis obligó a los poderes públicos a considerar y materializar su funcionamiento por canales virtuales. Amparado en la pandemia, el Gobierno nacional extralimitó sus poderes ordinarios y eludió los límites y controles inherentes a sus poderes excepcionales. Al establecer un estado de excepción de facto hubo una fractura del Estado constitucional de derecho. Incluso, durante varios meses, Colombia estuvo sometida a la dictadura de la COVID-19.

Algo que permite diferenciar a los estados de excepción de la dictadura es la existencia de controles eficaces en los primeros y su ausencia en la segunda. Una de las líneas que divide la democracia de la autocracia son los estados de excepción. Cuando el Estado constitucional de derecho se encuentre en peligro, la salida es fortalecer al Estado con límites y controles eficaces que permitan recuperar la separación de poderes y garantizar los derechos y libertades fundamentales.

³⁵ MENDIETA, D. TOBÓN, M. *La dignidad humana y el Estado Social y Democrático de Derecho: el caso colombiano*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 10(3), 2018b, p. 278.

REFERENCIAS

AGAMBEN, G. *Homo Sacer II. Estado de excepción* (trad. Flavia Costa e Ivana Costa). Adriana Hidalgo Editora, 2005.

FERREIRA, B. Sujeito e ordem: romantismo e decisionismo no pensamento de Carl Schmitt. *Dados*, 45(4), 2002, 599-648. <https://doi.org/10.1590/S0011-52582002000400003>

FOUCAULT, M. *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa, 1995.

GARCÍA, M; UPRIMNY, R. *¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción*. Dejusticia, 2005.

LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la constitución*. Ariel, 1976.

MIRA, C. M. Los estados de excepción en Colombia y aplicación del principio de proporcionalidad: un análisis de seis casos representativos. *Opinión Jurídica*, 15(29), 2016, 141-163. <https://doi.org/10.22395/ojum.v15n29a7>

MENDIETA, D. *La acción de inconstitucionalidad en Colombia: ¿puede la Corte Constitucional establecer límites al ejercicio ciudadano de esta acción?* [Memoria para optar al título de doctor, Universidad Complutense de Madrid], 2017. E-Prints Complutense. El repositorio de la producción académica en abierto de la UCM. <https://eprints.ucm.es/43045/>

MENDIETA, D; TOBÓN, M. El (des)control de constitucionalidad en Colombia. *Estudios Constitucionales*, 16(2), 2018. 51-88. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002018000200051>

MENDIETA, D. TOBÓN, M. La dignidad humana y el Estado Social y Democrático de Derecho: el caso colombiano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 10(3), 2018, 278-289. <https://doi.org/10.4013/rechtd.2018.103.05>

MENDIETA, D. Medidas extraordinarias para situaciones ordinarias y medidas ordinarias para situaciones extraordinarias: el caso colombiano. En L. Arcaro (coord.), *O direito público em tempos pandémicos* (pp. 97-109). Editorial Tirant lo Blanch, 2020. https://editorial.tirant.com/free_ebooks/E000020005222.pdf

ORJUELA, N. Botero. *Los estados de excepción en Colombia: una aproximación desde los mecanismos de control*, 2011. Editorial Universidad San Buenaventura.

PINTO, F; PINEDA, C. Las expresiones de derecho en Brasil y en España: conservadurismo, neoliberalismo y fascismo. *Oxímora. Revista Internacional de Ética y Política*, (16), 2020, 63-84. <https://doi.org/10.1344/oxi.2020.i16.29252>

QUINCHE, M. *La elusión constitucional: una política de evasión del control de constitucionalidad en Colombia*, 2019. Editorial Universidad del Rosario.

SCHMITT, C. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Alianza, 1999.

TOBÓN, M; MENDIETA, D. Los estados de excepción en el régimen constitucional colombiano. *Opinión Jurídica*, 16(31), 2017, 67-88. <https://doi.org/10.22395/ojum.v16n31a3>

TOBÓN, M. *Los estados de excepción: imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Grupo Editorial Ibañez, 2019.

VALDERRAMA, F; ORTIZ, M. Justicia transicional: Noción de la justicia en la transición colombiana. *Opinión Jurídica*, 16(32), 2018 245-266.
<https://doi.org/10.22395/ojum.v16n32a11>

VALENCIA, H. *Cartas de batalla: una crítica al constitucionalismo colombiano*. Fondo Editorial Cerec, 1999.

