

Control constitucional flexible y extensión del poder presidencial en la pandemia: entre las facultades implícitas y el control flexible al estado de emergencia en Colombia

Flexible constitutional control and extension of presidential power in the pandemic: between implicit powers and flexible control of the state of emergency in Colombia

Mario Alberto Cajas Sarria¹

Juan Pablo Sarmiento Erazo²

-
- 1 Abogado de la Universidad del Cauca, Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia y doctor en Derecho de la Universidad de los Andes. Profesor y jefe del Departamento de Estudios Jurídicos de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Icesi, Calle18 #122-135, Cali, Colombia. Dirección de correspondencia de autor: mcajas@icesi.edu.co ORCID: 0000-0003-4070-0135. Scopus Author ID: 57850203000. Este artículo contó con la colaboración de María Camila Vélez, asistente de investigación y estudiante de la Maestría en Derecho de la Universidad Icesi.
 - 2 Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, Magíster y Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes. Profesor de la Universidad de La Sabana. Email: juan.sarmiento3@unisabana.edu.co. ORCID 0000-0002-7303-3300. Scopus Author ID: 55849681700

Resumen: Este artículo sostiene que la Corte Constitucional flexibilizó el control judicial a los poderes excepcionales del Presidente de la República durante la pandemia por COVID 19, permitiendo así la expansión y concentración de las competencias regulatorias en el marco de las facultades implícitas del estado de emergencia en Colombia. Para probar este argumento, se examinan las sentencias de control de constitucionalidad proferidas en el marco del control automático y posterior realizado por la Corte, que fortalecieron el poder del Gobierno nacional, para así demostrar cómo ese tribunal (re)construyó un marco flexible de facultades implícitas del presidente de la República.

Palabras clave: COVID19 y medidas extraordinarias, estado de emergencia económica, social y ambiental, facultades extraordinarias del presidente, control constitucional a los estados de excepción en pandemia.

Abstract: This article argues that the Constitutional Court of Colombia relaxed its judicial oversight of the exceptional powers granted to the President of the Republic during the COVID-19 pandemic. This relaxation facilitated an expansion and concentration of regulatory competencies within the context of the implied powers of the state of emergency. To substantiate this argument, the study examines the constitutionality rulings issued as part of both the automatic and subsequent controls exercised by the Court. These rulings reinforced the power of the National Government, thereby demonstrating how the tribunal (re)constructed a flexible framework of the President's implied powers.

Keywords: COVID19 and extraordinary powers, state of emergency, extraordinary powers of the President, judicial review of exception in pandemic.

Introducción

Este artículo presenta el tercer resultado de nuestra investigación en la línea de jueces, control político, y pandemia, de la cual hay dos trabajos publicados. En el primero de ellos se estableció cuál fue el juicio de proporcionalidad y razonabilidad en la vacunación obligatoria contra el virus del Covid-19³; el segundo examinó al hiperpresidencialismo, la pandemia del Covid-19 y el control judicial desde el rol de los jueces constitucionales y de legalidad, respecto a los decretos ordinarios y de policía, así como algunos decretos legislativos emitidos por el Gobierno Nacional. En esta entrega centramos nuestra atención en el control de constitucionalidad que realizó la Corte Constitucional a los decretos legislativos emitidos por el Presidente de la República, para conjurar los estados de emergencia que se declararon en el contexto de la mencionada pandemia en Colombia (2020-2022).

Nuestra línea de investigación parte de la historia constitucional colombiana y latinoamericana, cuyas trayectorias se han caracterizado por las crisis políticas continuas, amenazas internas al orden público, y al mismo tiempo una constante expansión del poder presidencial de cara a solventar y fortalecer el dominio y la cooptación del Estado sobre el territorio. De este modo, tales trayectorias ponen en evidencia que las normas o las prácticas han permitido el ejercicio de un “poder fuerte” que promete el control del orden público, las más de las veces, a costa de los derechos constitucionales de las personas⁴.

3 CAJAS, M. y SARMIENTO, J.P. 2022.

4 Resulta relevante mencionar que, ante distintas crisis de seguridad, el poder ejecutivo de algunos países de la región ha reaccionado con la declaratoria de estados de excepción, bien a nivel nacional o regional en los últimos tres

En este sentido, el “enemigo interno”, y algunas veces externo⁵, jugó un papel constitutivo del poder, enmarcado en la justificación del autoritarismo y del militarismo que definió la interacción entre los movimientos sociales, los partidos políticos y el Estado. En la experiencia colombiana más reciente, tanto los años que transcurrieron entre la llamada política de *seguridad democrática* como la implementación del acuerdo de paz por medio de facultades extraordinarias otorgadas a través de reforma constitucional, expandieron notablemente el poder del Ejecutivo (2002-2022)⁶.

Este modelo constitucional se puso a prueba y se extendió todavía más con la pandemia del virus SARS-CoV-2 (Covid-19), que le permitió al gobierno del presidente Iván Duque Márquez (2018-2022) declarar dos estados de emergencia económica, social y ecológica, y con ello ganar facultades *semi parlamentarias* transitorias⁷. Entretanto, el Ejecutivo reglamentó un amplio espectro de materias por medio de decretos ordinarios que se amparaban en las facultades de policía que le confirió la Constitución Política de 1991 al presidente de la república, y que luego desarrolló con cierta amplitud el Código Nacional de Policía y Convivencia -Ley 1801 de 2016-.

Aunque las medidas ordinarias de policía se dirigieron a confinamientos y limitaciones a la movilidad, los estados

años. Estos son los casos de El Salvador, Honduras, Ecuador, Perú, Belice o Chile. De igual modo, parece haber una tendencia política a emular tales facultades como la solución a dicha problemática. Al respecto véase: Berg & Ziemer, 2023.

5 SARMIENTO, 2013.

6 CAJAS; BOTERO, 2021.

7 Una compilación el marco constitucional y legal, los decretos de emergencia, y las decisiones de la Corte Constitucional en el ejercicio de control automático de constitucionalidad de estos últimos en Bernal et al: 2021.

de emergencia permitieron que el gobierno prescindiera del Congreso de la República, impusiera su propia agenda y expidiera decretos con fuerza de ley que regulaban una amplia gama de relaciones políticas, sociales y económicas. Por ello, este artículo se concentra en el estudio del control constitucional que ejerció la Corte Constitucional a las medidas dictadas por el Gobierno Nacional en desarrollo de los dos estados de emergencia económica, social y ecológica que declaró durante la pandemia de Covid-19⁸. Nuestro argumento es que, en una suerte de reinterpretación y novación de categorías

8 En la literatura hay interesantes estudios sobre el rol de los jueces constitucionales con respecto a las medidas de emergencia sobre la pandemia en perspectiva comparada o en países en particular. Estas son algunas referencias: Fabrizio Cafaggi y Paola Iamicelli revisan 104 decisiones judiciales de 47 países y evalúan el papel de los jueces en el monitoreo y revisión de las medidas gubernamentales, con especial énfasis en los derechos fundamentales en contextos de “incertidumbre científica” durante la pandemia. En general, concluyen que dicho rol ha sido significativo en regímenes democráticos con cortes independientes, pero menor en los casos de los países con cortes más expuestas a la interferencia política: CAFAGGI; IAMICELI, 2021. Para el caso de los Estados Unidos de América, TYLER, 2023, examina la jurisprudencia de la Corte Suprema con respecto a los poderes de emergencia del presidente en perspectiva histórica y también durante la pandemia: concluye que las decisiones sobre esta última muestran una revisión judicial menos deferente con el poder presidencial que en el pasado. Sobre los fallos relacionados con las medidas de salud en varios países véase: GLODFELTER. C. et al, 2023. Una revisión del control judicial de las medidas en el Canadá en: KEYES, 2022. Para una comparación sobre cortes y pandemia en varios países europeos en: POLI, 2022. La revisión judicial de las medidas sobre la pandemia en contextos autoritarios, en detrimento de los derechos fundamentales en el contexto de Turquía, en TURKUT, 2022. Un estudio crítico sobre el uso de la proporcionalidad en las medidas de emergencia en pandemia, incluyendo decisiones judiciales de varios países, en: SÁNCHEZ, 2022. Una comparación del rol judicial en Australia y las Cortes de Israel y Nueva Zelanda en HICKS, 2023. Por último, *Covid 19 and the Law: Disruption, Impact and Legacy*, editado por COHEN; GLUCK, et al, 2023, ofrece un amplio panorama de las respuestas estatales frente a la pandemia: en especial el capítulo 23, de GROGAN y YAMIN: “Mappin Covid 19 Legal responses: A Functionalist Analysis”. También: GINSBURG y VERSTEEG, 2021.

como las “facultades implícitas” de los estados de sitio⁹, la Corte hizo uso de un control flexible de constitucionalidad, considerando las tensiones connaturales derivadas de la situación excepcional que impuso la pandemia.

Para desarrollar nuestro argumento, iniciamos con una breve exposición sobre las facultades implícitas y la relación que el constitucionalismo colombiano construyó desde sus antecedentes y la narrativa del Estado asediado y en crisis (1), para luego demostrar la manera en que la Corte Constitucional (re)escribió las categorías que ampliaron las potestades del ejecutivo para expedir normas con fuerza de ley, en el marco de la excepcionalidad de la pandemia (2). Luego ofrecemos unas conclusiones.

Por último, es importante mencionar que, pese a la gran atención que ha recibido la relación entre derechos, pandemia de Covid- 19 y Constitución, la literatura científica no se ha concentrado en analizar el comportamiento jurisprudencial de la Corte Constitucional con respecto a la revisión de los decretos legislativos desde la perspectiva que aquí se propone. En ese sentido, este trabajo quiere aportar a una mejor comprensión del papel del tribunal durante una etapa crítica e inédita en la historia global, y por supuesto del país¹⁰.

9 CAJAS, 2017.

10 Dentro de la literatura que aborda esta tríada: derechos, constitución y pandemia, se destaca: Demopandemia; Análisis de la relación entre la crisis sanitaria, la democracia y la acumulación de poder, de JIMÉNEZ; ARBOLEDA, 2023, que incorpora tanto debates teóricos como análisis de los poderes de excepción desplegados por el gobierno. Con otra perspectiva, TOBÓN, 2022. Un análisis de las respuestas estatales a la pandemia, sin analizar las decisiones de la Corte Constitucional, en: VICIANO; RAMÍREZ, 2022. p. 228-256. Una revisión parcial de las decisiones de la Corte Constitucional sobre los estados de emergencia en: ROBLEDO, 2021, p 579-□591.

1. Antecedentes del control constitucional de los estados de emergencia y las facultades implícitas del presidente de la República

La acumulación de poder presidencial, tanto en América Latina como en Colombia, ha sido tratada de modo amplio por la literatura científica, que da cuenta de las desviaciones del modelo presidencial como aquel ideal regulativo que propone unas relaciones regladas más o menos horizontales entre los diferentes poderes, aunque con cierta preeminencia del poder ejecutivo como institución, hacia algo más personalista que supone, en nuestra realidad política, unas relaciones más verticales entre el presidente con los demás poderes, incluso con el mismo Ejecutivo¹¹. Esta desviación desafía al menos dos de los principios fundantes del Estado Constitucional: un gobierno de las instituciones y sus reglas, y no de las personas; y la separación de poderes que evite su concentración en una sola institución, o peor aún, en una persona¹².

Bajo la Constitución de 1886 el Presidente de la República gozó de un amplio poder de creación normativa, en especial bajo los estados de excepción y en particular del estado de sitio. Es así como desde los orígenes de esa Carta se analiza el carácter autoritario dichos regímenes, que incrementaban el poder presidencial a tal punto de facultar al Jefe de Estado para dictar decretos que derogaban las leyes incompatibles con el estado de excepción¹³. Aunque entre la

11 La literatura le ha asignado distintas categorías a esta desviación: democracia delegativa, presidencialismo caudillista, cesarismo, presidencialismo nacional-populista, neopopulismo, autoritarismo democrático, hiperpresidencialismo, presidencialismo tradicional. BOTERO; CAJAS, 2021.

12 BOTERO; CAJAS, 2021.

13 BOTERO; CAJAS, 2021.

vigencia de esa Carta y la de 1991 hoy vigente hubo intentos de limitar ese poder presidencial, los efectos reales de los mismos fueron muy limitados. Por ejemplo, la reforma constitucional de 1910 determinó que el presidente solo podría “suspender” las leyes contrarias al estado de sitio, y al menos estableció la “responsabilidad política” de este y sus ministros si declaraban el estado de excepción sin que hubiera lugar a ello o por abusos que se cometieran bajo tal régimen. De igual modo, creó la acción pública de inconstitucionalidad y con ella fijó una vía de demanda ciudadana de esos decretos ante la Corte Suprema de Justicia.

Luego la reforma constitucional de 1968 parecía avanzar hacia mayores límites al poder presidencial al establecer que los decretos dictados al amparo de los estados de excepción tendrían revisión automática de constitucionalidad a cargo de la Corte Suprema de Justicia, de modo que el control constitucional ya no dependería de las demandas ciudadanas. Pese a ello, el balance jurisprudencial de la Corte hasta 1991 no muestra un fortalecimiento del control sino más bien una deferencia del tribunal al Ejecutivo, que dio vía libre a restricciones severas de las libertades y los derechos, en especial bajo el estado de sitio¹⁴.

Con el argumento de controlar el orden público en tiempos de crisis (es decir en una buena parte del Siglo XX), los gobiernos de turno dictaron medidas de excepción que afectaban los derechos y libertades ciudadanas. Esas atribuciones, si bien en algunos casos lograron desarticular temporalmente focos de violencia o de inseguridad, también sirvieron para neutralizar a la oposición y a los disidentes, y produjo centenares de violaciones de derechos humanos. El control judicial de los estados de excepción fue tan laxo que

14 Un balance del control constitucional de los estados de excepción bajo la Carta de 1886, en una perspectiva política, en: CAJAS, 2015.

le permitió al Ejecutivo someter a los civiles a la jurisdicción penal militar hasta 1987, cuando la Corte Suprema de Justicia finalmente la proscribió.

Precisamente, uno de los más antiguos sometimientos de civiles a la justicia militar fue el aplicado al movimiento obrero con motivo de la huelga bananera del Magdalena en 1928 y durante el gobierno del conservador Miguel Abadía Méndez (1926-1930). Otro caso notable fue el de los militantes del partido Conservador acusados de haber participado en el intento de golpe militar al presidente liberal Alfonso López Pumarejo en la ciudad de Pasto en 1944. Por cierto, en el control constitucional que ejerció la Corte Suprema de Justicia a los decretos legislativos que dictó López para conjurar la crisis, la corporación judicial inauguraría una peligrosa doctrina que ensanchó de modo descomunal el poder presidencial: en su sentencia de 1945 determinó que el presidente con la firma de sus ministros podía suspender cualquier derecho en tiempos de turbación del orden público, con excepción del derecho a la vida¹⁵.

Más adelante, durante el Frente Nacional (1958-1974), dicha herramienta se usó para desactivar la protesta social: era común que los gobiernos dictaran decretos de estado de sitio para enfrentar las huelgas en los servicios públicos o en otras actividades, así como las protestas estudiantiles. En la década de los setenta hubo un auge del estado de excepción, así como del juzgamiento de civiles por la justicia penal militar. La influencia de la Revolución Cubana, la mayor intensidad de la Guerra Fría en la región y el surgimiento de distintos movimientos subversivos avivó el temor de la “amenaza comunista” en América Latina. Las medidas de excepción empleadas en Colombia para enfrentar dicha amenaza se impusieron en desmedro de los derechos y

15 CAJAS, 2015.

garantías de las personas. Una de las mayores expresiones de estas políticas fue el Decreto 1923 de 1978, o estatuto de seguridad, dictado en el marco del estado de sitio y cuyo paquete de medidas fue declarado constitucional por la Corte Suprema Justicia.

Ahora bien, junto con los estados de excepción, el Presidente gozó de un amplio poder reglamentario y en muchos casos del respaldo de los jueces. A modo de ejemplo, encontramos la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 13 de noviembre de 1928, que declaró exequible la mayor parte de las medidas del Decreto de Alta Policía o 707 de 1927: uno de los instrumentos que usó el régimen conservador para enfrentar la “cuestión social” en momentos en que se veía amenazado por el movimiento obrero, el fortalecimiento de los partidos socialista y el clima de movilización social en busca de mejores condiciones laborales y económicas. El decreto limitaba severamente los derechos y libertades, y tuvo como trasfondo las sospechas del gobierno de que habría una gran revolución comunista en la celebración del Día del Trabajo.

Un ciudadano demandó ante la Corte la inconstitucionalidad del decreto. El tribunal aceptó que el gobierno carecía de competencias legales para expedirlo, pero recurrió a la doctrina de las “facultades implícitas”, según la cual la Carta Política al confiarle la seguridad y el orden público al Presidente de la República, también lo revestía de facultades para dictar decretos como el de Alta Policía. De este modo, determinó que no era necesario que el Congreso le asignara una competencia expresa al poder ejecutivo para ejercer su facultad reglamentaria en materia de orden público, pues este tenía un mandato “constitucional” para garantizarlo¹⁶.

16 BARRETO, 2012.

Ahora bien, durante las últimas décadas del siglo XX fueron constantes los llamados a limitar el poder presidencial, y como dijimos previamente, parecía que esto se resolvería con el cambio constitucional de 1991. En ese sentido, la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) intentó desligarse del historicismo institucional para avanzar hacia un “presidencialismo moderado” al formular un modelo de gobierno intermedio entre el hiperpresidencialismo -presidencialismo con el máximo poder de concentración en el presidente- y el atenuado -presidencialismo con el mínimo nivel concentración en el presidente-¹⁷. Pero este modelo normativo tardó muy poco en experimentar sus primeros desarreglos con las reformas constitucionales del gobierno de César Gaviria (1990-1994), que por cierto también había impulsado el cambio constitucional de 1991¹⁸.

Dicha práctica continuaría con los sucesivos gobiernos, de modo que, poco a poco, se fueron acercando al modelo presidencial que rigió bajo la autoritaria Carta de 1886¹⁹. En efecto, como señalan Cajas y Botero, el incremento del poder presidencial fue notable bajo los dos gobiernos de Álvaro Uribe (2002-2010) y Juan Manuel Santos (2010-2018), por distintos motivos: el primero para concentrar el poder y enfrentar por la fuerza a los alzados en armas, y el segundo para negociar y aprobar el acuerdo de paz con la guerrilla de las FARC-EP. El reformismo constitucional se acentuó en el primer mandato de Uribe, quien con el control del Congreso logró la aprobación de la enmienda del 2004 que alteraba el

17 BOTERO; CAJAS, 2021.

18 Incluso la propia Constitución de 1991 dejó abiertos espacios para el ejercicio de un amplio poder presidencial “transitorio”, pues le entregó facultades extraordinarias al Ejecutivo para dictar decretos que regularon decenas de materias.

19 BOTERO, 2012.

sistema de pesos y contrapesos de la Carta de 1991 al permitir la reelección presidencial inmediata. Esa reforma no solo le abrió el paso a dos mandatos consecutivos del entonces presidente, sino que dejó intactos los períodos de los órganos de control y de otros altos cargos del Estado; todo esto con el visto bueno de la Corte Constitucional (Sentencia C-1040 de 2005).

La reforma reeleccionista también benefició a Juan Manuel Santos, quien logró elegirse para dos períodos consecutivos, y experimentó las ventajas del incremento del poder presidencial, pues este le facilitó concretar el acuerdo de paz con las FARC-EP, principalmente por las reformas constitucionales del llamado *Fast Track*, que modificaba el procedimiento para tramitar actos legislativos y leyes relacionados con dicho acuerdo, y, además, facultaba ampliamente al gobierno para dictar decretos en la misma línea²⁰. Todas estas enmiendas, además, en general recibieron fallos favorables por parte de la Corte Constitucional. De igual modo, sus amplias mayorías en el Congreso le permitieron obtener la refrendación del mencionado acuerdo, pese a que la ciudadanía lo había rechazado por un estrecho margen en el plebiscito del 2016²¹.

Por último, es importante mencionar el amplio uso de medidas policivas que hizo el Gobierno Duque en tiempos de la pandemia de Covid- 19, y ya casi al final de su mandato, con motivo de la gran movilización social que se produjo en diversas ciudades del país entre abril y julio del 2021²². En efecto, se trató del llamado “Paro Nacional”, que aunque conectado a movilizaciones previas de menor dimensión en los años 2019 y 2020, inició con protestas masivas de ciu-

20 SMELLA; CRUZ, 2022.

21 BOTERO; CAJAS, 2021

22 UPRIMNY, 2022.

dadanos en contra de una reforma tributaria y otras causas diversas, y luego devino en cierres de vías, tomas de calles, disturbios y hechos de vandalismo, que dejaron como saldo varias personas muertas, heridas e incluso desaparecidas²³. Durante las movilizaciones se reportaron múltiples violaciones a los derechos humanos atribuibles a las fuerzas de seguridad del Estado, así como también graves hechos de violencia en contra de miembros de esos organismos²⁴.

El gobierno enfrentó el estallido con severas medidas de orden público²⁵, e incluso recurrió a la figura de la “asistencia militar”, pues al amparo del artículo 170 de Ley 1801 de 2016 expidió el Decreto 575 del 28 de mayo de 2021 y le ordenó a algunos alcaldes y gobernadores poner fin a los bloqueos de vías con el apoyo de las Fuerzas Militares. Para todo esto, Duque no recurrió al estado de excepción -conmoción interior-²⁶. El uso de esta figura por primera vez durante la vigencia de la Constitución de 1991 no solo fue motivo de tensiones y enfrentamientos entre el Gobierno nacional y autoridades subnacionales, que se oponían a la aplicación dichas medidas en sus respectivos territorios, sino que dio

23 CAMACHO; GUERRERO, 2021.

24 Organización de las Naciones Unidas, 2022.

25 “(...) Varias manifestaciones pacíficas fueron disueltas a la fuerza por el ESMAD; igualmente varios bloqueos que no estaban causando graves perturbaciones fueron también levantados a la fuerza, sin que las autoridades hubieran intentado previamente el diálogo (...) Centenares de manifestantes fueron detenidos por la policía, que además abusó de una ambigua figura del Código de Policía, llamada el «traslado por protección», que existe para que la policía pueda retener y llevar a un lugar seguro a quien se encuentre en situación de riesgo para sí mismo o terceros, como podría ser una persona embriagada en la calle. La policía retuvo durante las protestas a más de 7.000 personas abusando de esta figura (...)” UPRIMNY, 2022.

26 Decreto 575 del 28 de mayo de 2021, “Por el cual se imparten instrucciones para la conservación y el restablecimiento del orden público: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=163846

lugar a intensas controversias jurídicas y serios cuestionamientos a su constitucionalidad y potencialidad de vulnerar derechos humanos²⁷. Por ejemplo, por medio de la acción de tutela, un grupo de ciudadanos logró que la Sección Cuarta del Consejo de Estado suspendiera provisionalmente el Decreto 575 en primera instancia, bajo cargos de dar lugar a un uso excesivo de la fuerza por parte de los agentes adscritos a los cuerpos de seguridad del Estado que estaban a cargo del control del orden público durante la protesta social, y que además, esta emitiera una serie de órdenes para limitar su actuación. No obstante, posteriormente la Sección Segunda del mismo tribunal revocó la decisión en segunda instancia, al considerar que los accionantes sostuvieron sus alegaciones “sobre hechos futuros e inciertos y no explicaron la manera como la asistencia militar que habilita el Decreto podría llegar a afectar sus derechos fundamentales”, y que además este era susceptible de ser demandado por cualquier persona mediante una simple acción de nulidad, como en efecto ocurrió²⁸. Podría decirse que, al final, el gobierno también

27 A modo de ejemplo, Uprimny, 2021 ilustró los principales cargos de inconstitucionalidad que se atribuyeron a la medida: “Primero, el decreto es inconstitucional al ordenar levantar a la fuerza todos los bloqueos pues muchos de ellos están protegidos por el derecho a la protesta, aunque haya otros que lo desborden por afectar desproporcionadamente derechos de terceros. Segundo, el decreto es inconstitucional al no señalar que incluso frente a bloqueos manifiestamente desproporcionados, los alcaldes y gobernadores deben privilegiar el diálogo para concertar su levantamiento, antes de recurrir a la fuerza. Tercero, el decreto es inconstitucional al no indicar con claridad que cuando la fuerza resulte necesaria, por haberse agotado cualquier posibilidad de concertación, el uso de la fuerza debe ser estrictamente proporcionado y respetar los estándares legales, constitucionales y de derechos humanos en la materia. Cuarto, el decreto es inconstitucional al no aclarar el uso de la polémica figura de la “asistencia militar” pues no puede usarse al ejército para levantar bloqueos o enfrentar manifestaciones”.

28 Consejo de Estado (2021) “Consejo de Estado explica por qué revocó fallo de tutela que suspendió decreto de asistencia militar”: <https://>

terminó recibiendo un espaldarazo de la Corte Constitucional, pues esta en su sentencia C-122 de 2022 encontró ajustado a la Constitución el marco legal que daba sustento a la asistencia militar²⁹.

En suma, la respuesta gubernamental al “estallido social” puso en evidencia las amplias facultades ordinarias, tanto de raigambre constitucional como legal, con que cuenta el Ejecutivo para restringir derechos y libertades, pues como se dijo antes, ni siquiera tuvo que recurrir al estado de conmoción interior, y al final el control judicial al orden público y a medidas como la asistencia militar, fue laxo. En este sentido, esta coyuntura parece conectarse con el historicismo de la trayectoria del amplio poder presidencial en Colombia, aún bajo la Carta Política del 91, que como se dijo, intentó moderarlo.

2. Control constitucional flexible a los estados de emergencia derivados de la pandemia

Para enfrentar la rápida expansión del Covid-19 en el país, el presidente Iván Duque con la firma de sus mi-

www.consejodeestado.gov.co/news/consejo-de-estado-explica-porque-revoco-fallo-de-tutela-que-suspendio-decreto-de-asistencia-militar/#:~:text=El%20Consejo%20de%20Estado%20revoc%C3%B3,orden%20p%C3%BAblico%20durante%20el%20paro

- 29 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también expresó sus preocupaciones por la amplitud del decreto y recomendó modificarlo para establecer límites con el fin de garantizar la protesta social, *El Espectador*, 7 de julio de 2021. Posteriormente, la Corte Constitucional decidió una demanda de inconstitucionalidad dirigida contra el artículo 170 de la ley 1801 de 2016, que habilitaba al Ejecutivo para permitir dicha asistencia, y encontró que este no quebrantaba la Carta Política, pues hacía parte de la función de protección de las personas que tenían las Fuerzas Militares. Corte Constitucional, Sentencia C-100 del 17 de marzo de 2022. M.P. José Fernando Reyes:

nistros declaró el estado de emergencia social, económica y ecológica mediante el Decreto 417 del 17 de marzo del 2020, cuya vigencia inicial fue de 30 días. Posteriormente, y como consecuencia de la prolongación y profundización de la situación económica y social producida por la pandemia, expidió el Decreto 637 el 06 de mayo del mismo año, por el mismo término. En el marco de las dos emergencias decretadas, se expidieron 115 Decretos Legislativos orientados a conjugar la situación³⁰.

Con todo, sólo siete Decretos Legislativos fueron declarados inexequibles por el control automático y posterior de la Corte Constitucional. Este control constitucional se compartió con el Consejo de Estado, como se demostró en el trabajo previo sobre Hiperpresidencialismo, pandemia y control judicial. En el estudio previo, se pudo constatar que las facultades derivadas del hiperpresidencialismo y las competencias ordinarias de policía fueron objeto del control rogado de legalidad. En los hallazgos sobre el control de legalidad, fue posible evidenciar una flexibilización significativa del control de legalidad, pues tempranamente, el Consejo de Estado rechazó el control automático de legalidad sobre estas medidas, debido a que dichas normas encontraron su base competencial y funcional en las facultades ordinarias de Policía, definidas en el numeral 4º del artículo 189, artículos 303 y 315 de la Constitución Política de Colombia, y el artículo 199 de la Ley 1801 de 2016.

Entre tanto, la revisión de la Corte Constitucional se centró en el test de constitucionalidad y la aplicación de los juicios de finalidad, conexidad material, motivación suficiente, ausencia de *arbitrariedad*, intangibilidad, no contradicción específica, incompatibilidad, necesidad, proporcionalidad y no discriminación. El déficit de control se profundizó por

30 BARRERA, 2020.

medio de otra estrategia formalista que se consignó en varios Decretos Legislativos: en efecto, estos fijaron su vigencia “mientras estuviese vigente la emergencia sanitaria”, lo cual condujo a que algunos decretos extendieran su vigencia por un término superior al indicado en el artículo 215 de la Constitución, pues de hecho, esta se vinculó a una condición y no a un plazo: la vigencia dependía de la duración que fijara una resolución, pues la declaratoria de la emergencia sanitaria es un acto administrativo que dicta el Ministro de Salud y Protección Social.

Como consecuencia del diseño institucional antes descrito, el control de constitucionalidad se encontró en un laberinto formalista que finalmente, ante los desafíos de la pandemia, autorizó por defecto la expansión de las atribuciones del Presidente de la República. Lo anterior, como se procederá a exponer, se flexibilizó aún más en el marco de las decisiones judiciales que replegaron por medio de otros argumentos el control automático de constitucionalidad. Como se mencionó previamente, sólo 7 Decretos Legislativos fueron declarados inexecutable por cuenta de que la Corte Constitucional encontró que las medidas podían adoptarse dentro de las funciones ordinarias del Presidente³¹, y que algunas no guardaban conexidad con la situación que provocaba la crisis³². En otras palabras, lo antedicho indica que

31 Barrera indica que en este grupo se encontraban decretos legislativos que disponían la suspensión de desembarque, prevención, diagnóstico y tratamiento de la COVID-19, servicio público de transporte e infraestructura, fortalecimiento del Fondo Nacional de Garantías, acceso de hogares más vulnerables a productos básicos, liquidación del Presupuesto General de la Nación, creación de una subcuenta para la gestión del riesgo, operación del Centro de Logística y transporte. BARRERA, 2020, p. 81.

32 En el estudio realizado por Barrera, se trató de Decretos Legislativos que fueron declarados inexecutable en la medida en que se referían al financiamiento de proyectos de inversiones públicas con recursos del Fondo

los estados de emergencia resultaron innecesarios y quedaron en un segundo plano, en tanto las facultades derivadas del hiperpresidencialismo y las facultades de policía eran suficientes para conjugar la situación, como efectivamente ocurrió. Las inexecutableces recayeron sobre los decretos: 802, 811, 797, 580, 567, 558 y 487 de 2020.³³ De los 766 artículos que contenían los decretos examinados, la Corte declaró executableces 707, es decir el 79,89% de los artículos emitidos por el Ejecutivo; declaró inexecutableces 98, es decir el 11,07%, mientras que declaró 80 artículos condicionados o expresiones inexecutableces, es decir el 9,04% (Corte Constitucional, 2020).

El examen de las sentencias pone en evidencia que la Corte le atribuía un enorme valor a la exposición de motivos presentada por el Gobierno Nacional; en otras palabras, confiaba en el diagnóstico de la crisis que le planteaba el propio poder ejecutivo para justificar las medidas. En efecto, en esos fallos es posible constatar que la Corte tomaba como ciertas las razones y los efectos de las medidas de aislamiento preventivo con ocasión de la pandemia, y que por lo tanto se hacía necesario tomar medidas que mitigaran los impactos de la emergencia sanitaria sobre la economía. Así las cosas, se puede apreciar que el Tribunal contaba con que el Gobierno tenía la información suficiente para diagnosticar y prever los impactos económicos que iba a ocasionar la pandemia, sin cuestionar aspectos como la causalidad, las inversiones, el endeudamiento o la priorización de sectores. Aunque, en el

de Regalías, sector infraestructura y transporte, descapitalización del régimen pensional y apoyo económico para las notarías. Para Barrera, no se comprende la razón por la cual se decide brindar un apoyo económico a las notarías del país, o cómo el financiamiento de proyectos de inversiones públicas con recursos de regalías pueda ayudar a conjugar la situación de crisis declarada. BARRERA, 2020, p. 81.

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

juicio de constitucionalidad de la segunda declaratoria de estado de emergencia, la Corte encontró que varias medidas habían sido insuficientes para mitigar los efectos económicos de la pandemia, ello no tuvo impacto en el juicio de constitucionalidad de la declaratoria de emergencia ni en los decretos legislativos que emanaron de ella, pues encontró que un hecho inédito como la pandemia, superó lo previsto en el primer estado de emergencia.

Hemos caracterizado las sentencias de revisión automática de constitucionalidad de los Decretos Legislativos dictados en el marco de la pandemia según ejes temáticos. Consideramos que este modo de clasificar las decisiones ayuda a ver de modo más claro el panorama de las medidas de excepción, así como los respectivos controles que ejerció la Corte Constitucional.

Tabla 1: Resumen ejes temáticos

Eje temático	Sentencias
Subsidios/auxilios económicos	Decreto 580 de 2020 - C-256, Decreto 518 de 2020- C-174, Decreto 458 de 2020-C-150, Decreto 553 de 2020- C-195, Decreto 570 de 2020- C- 217, Decreto 467 de 2020- C-161, Decreto 561 de 2020-C-204, Decreto 557 de 2020-C-208, Decreto 486 de 2020-C-218, Decreto 639 de 2020-C-458, Decreto 677 de 2020-C-459, Decreto 815 de 2020-C-460, Decreto 770 de 2020-C-324, Decreto 801 de 2020-C-417, Decreto 803 de 2020-C-393, Decreto 805 de 2020-C-408, Decreto 659 de 2020-C-403, Decreto 812 de 2020-C-382, Decreto 814 de 2020-C-404, Decreto 789 de 2020-C-330, Decreto 470 de 2020-C-158, Decreto 553 de 2020-C-199, Decreto 771 de 2020-C-311.

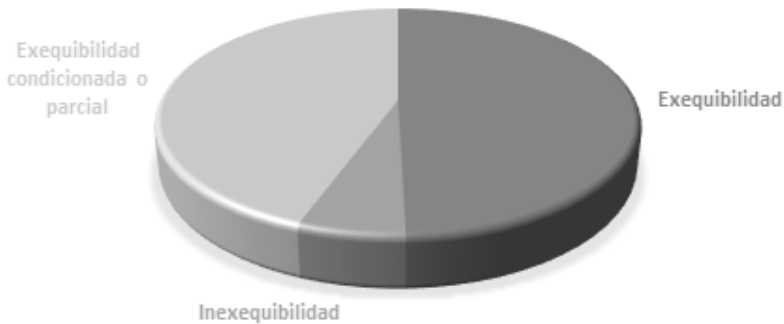
Adiciones presupuestales	Decreto 519 de 2020 - C-170/2020, Decreto 522 de 2020- C-212/20, Decreto 571 de 2020-C-215/20, Decreto 774 de 2020-C-351/2020, Decreto 813 de 2020- C-397/2020.
Materia tributaria	Decreto 530 de 2020-C-216, Decreto 551 de 2020-C-292, Decreto 417 de 2020-C-293, Decreto 438 de 2020-C-159, Decreto 535 de 2020-C175, Decreto 573 de 2020-C-202, Decreto 682 de 2020-C-430, Decreto 688 de 2020-C-380, Decreto 773 de 2020- C-405, Decreto 789 de 2020-C-325, Decreto 807 de 2020-C-394, Decreto 818 de 2020-C- 402, Decreto 799 de 2020-C-326, Decreto 540 de 2020-C-197, Decreto 475 de 2020-C-153.
Actividades redirigidas a la virtualidad	Decreto 440 de 2020-C-162, Decreto 537 de 2020-C-181, Decreto 806 de 2020-C-420, Decreto 464 de 2020-C-151, Decreto 555 de 2020-C-209, Decreto 491 de 2020-C-242.
Operaciones de crédito	Decreto 581 de 2020-C-251, Decreto 468 de 2020-C-160, Decreto 562 de 2020-C-196, Decreto 809 de 2020-C-309.
Procesos de insolvencia	Decreto 560 de 2020-C-237 y Decreto 772 de 2020-C-378.
Creación de organismos u otorgamiento de nuevas funciones a ya existentes	Decreto 492 de 2020-C-200, Decreto 444 de 2020-C-194, Decreto 559 de 2020-C-210, Decreto 476 de 2020-C-155, Decreto 816 de 2020-C-406, Decreto 662 de 2020-C-350, Decreto 522 de 2020-C-240, Decreto 482 de 2020-C-185, Decreto 796 de 2020-C-410.
Facultades especiales a entidades territoriales en el ámbito de Hacienda	Decreto 461 de 2020-C-169, Decreto 513 de 2020-C-254, Decreto 512 de 2020-C-186, Decreto 678 de 2020-C-448.

Fuente: Elaboración propia

Como se constata, la Corte Constitucional profirió 115 sentencias. 73 correspondieron a la primera declaratoria de emergencia, mientras que las restantes 42 a la segunda. En cuanto a la primera emergencia, sólo se declararon 4 inexecutableidades de Decretos Legislativos, mientras que de la segunda sólo se produjeron 3 inexecutableidades. Así mismo, en la primera declaratoria 35 decretos legislativos se declararon exequibles de modo parcial o condicionado, mientras que en la segunda declaratoria, se expidieron 16 fallos con exequibilidades parciales o condicionadas de algunas de sus disposiciones. De este modo, en un primer ejercicio cuantitativo y sin entrar al contenido de los decretos y los respectivos fallos de la Corte, se puede apreciar cómo el número de decisiones que avalaron las medidas gubernamentales fue notablemente mayor al de aquellas que las limitaron o declararon contrarias al orden constitucional.

Gráfica 1

Proporción de sentencias que declararon la exequibilidad y la inexecutableidad de los Decretos Legislativos



Fuente: Elaboración propia

A continuación se presenta la siguiente tabla, resumiendo las decisiones y decretos legislativos que fueron declarados inexecutableibles:

Tabla 2: Sentencias que declararon inexecutable decretos legislativos del estado de emergencia

Sentencia	Decreto	Materia	Síntesis del contenido del decreto	Síntesis de aspectos formales	Síntesis de aspectos materiales
C-201/20	Decreto 487 de 2020	Justicia	Suspendía términos (30 días prorrogables) para trámite de extradición, incluyendo aquellos que ya habían empezado a correr. No aplicaba para cancelar órdenes de captura, decretar libertades por desistimiento del pedido de extradición o la revocatoria de la decisión que concede la extradición.	Se cumplen en su totalidad	No se superan los juicios de ausencia de arbitrariedad, no contradicción específica y proporcionalidad y no discriminación . El análisis general es que establecer estas medidas vulnera el derecho al debido proceso puesto que las personas solicitadas en extradición no tienen la oportunidad de ejercer los medios de defensa. Y a pesar de que inicialmente se determinó para 30 días, podía alargarse por un tiempo muy prolongado debido a que estaba sujeto a la duración de la emergencia sanitaria.
C-258/20	Decreto 558 de 2020	Trabajo y seguridad social	Autorizó realizar pagos parciales de los aportes al Sistema General de Pensiones en abril y mayo a los empleadores del sector público y privado, y a los trabajadores independientes. Estableció un mecanismo especial de pago a cargo de COLPENSIONES de las mesadas de los pensionados de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, que reciben una mesada pensional equivalente a un salario mínimo bajo la modalidad de retiro programado.	Se cumplen en su totalidad	Sólo analiza dos de los juicios (no contradicción específica y motivación suficiente). Se concluye que el decreto desmejora los derechos de los trabajadores con expectativa de pensiones superiores a un salario mínimo porque el gobierno no esclarece si se tendrán como cotizados los meses dejados de pagar. Así mismo, no hay manera de asegurar la sostenibilidad financiera del sistema pensional al atribuir otra carga a Colpensiones ni las razones por las que se desea implementar esta medida pues no guarda relación con la declaratoria de emergencia.
C-193/20	Decreto 567 de 2020	Justicia	Daba funciones jurisdiccionales temporales a los procuradores judiciales de familia que delegara el Procurador General de la Nación para conocer de los procesos de adopción cuyos términos estaban suspendidos por decisión del CSJUD. Establecía la revisión judicial solo en caso de oposición.	Se cumplen en su totalidad	Ninguno de los juicios fue superado. En general se concluyó que la medida podía vulnerar los derechos de niños, niñas y adolescentes (NNA), pues no podrían acceder al debido proceso de manera igualitaria; además se precisa que el decreto carece de necesidad por cuanto la suspensión de los términos judiciales no era prolongada. Además las motivaciones del decreto eran infundadas; no había manera de probar que esa suspensión de términos persuadiera a las familias de acceder a los trámites de adopción.

C-256/20	Decreto 580 de 2020	Hacienda	Subsidios para los servicios de alcantarillado, acueducto y aseo. Entidades territoriales podían asumir total o parcialmente el costo de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo de los usuarios, si había disponibilidad de recursos (se debía priorizar las asignaciones para las personas de menores Ingresos) Pago diferido de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo para las entidades sin ánimo de lucro. Aportes voluntarios de los usuarios	Se cumplen todos, excepto firma de los ministros	La Corte no realiza un estudio de fondo, debido al incumplimiento de uno de los requisitos formales.
C-409/20	Decreto 797 de 2020	Comercio, Industria y Turismo	Regulaba temporalmente, la terminación unilateral de los contratos de arrendamiento de local comercial por parte de los arrendatarios	Se cumplen en su totalidad	Señala la Corte: “A pesar de que se hace referencia a un estudio realizado por el gobierno y se menciona la teoría de la imprevisión, contenida en la normatividad comercial, no se indica por qué a pesar de la multiplicidad de alternativas contractuales y diversidad de cláusulas que se pactan en dichos negocios jurídicos, todas las diversas contingencias derivadas de la pandemia pueden resolverse con una única solución, como la prevista en este decreto”.
C-308/20	Decreto 802 de 2020	Trabajo y seguridad social	Modifica decreto 558 expedido en la primera declaratoria. Se diferencia en que el traslado es voluntario para las Administradoras de Fondos de Pensiones y de cesantías.	Se cumplen en su totalidad	El estudio que hace la Corte sobre los criterios materiales presenta similitudes con la sentencia 258/2020. Se cuestiona la motivación de la medida relacionada con el retiro programado puesto que esta no tenía poder en la reducción de los efectos de la crisis. Tampoco se estima vencido el juicio de necesidad por cuanto el RAIS cuenta con herramientas ordinarias para solventar las posibles deficiencias de recursos en las cuentas pensionales, sin que se requiera el apalancamiento operativo o financiero de Colpensiones.
C-416/20	Decreto 811 de 2020	Hacienda	Medidas para la inversión y la enajenación de la propiedad accionaria estatal adquirida o recibida en el marco del estado de emergencia.	Se cumplen en su totalidad	Dentro de las razones para declarar la inequibilidad de este decreto se encuentra que: 1) El Gobierno no indicó los fundamentos por los cuales el marco normativo preexistente resultaba ineficaz para realizar las operaciones de enajenación que le permitieran obtener los recursos necesarios para la superación de los efectos derivados de la pandemia causada por el COVID-19; 2) las medidas vulneraban directamente las previsiones establecidas en el artículo 150.9 de la Constitución. De conformidad con esa norma constitucional, cuando el Gobierno pretenda la enajenación de las empresas estatales o de la participación accionaria del Estado, se requerirá de un debate democrático previo y robusto. Este solo se puede concretar en el Congreso de la República

Con todo, los ejes temáticos no parecerían evidenciar una correlación directa y causalidad entre la flexibilidad o rigurosidad del control de constitucionalidad y el ejercicio del poder presidencial de excepción. Como se observa, y guardando la causalidad entre la emergencia económica y social con las medidas adoptadas, encontramos que la mayoría de estos decretos legislativos versaron sobre medidas económicas, auxilios o subsidios (23), asuntos tributarios y exenciones (15), adiciones presupuestales (6) y facultades especiales a entidades territoriales relativas a hacienda (4).

Ahora bien, desde la misma declaratoria de emergencia se pudo evidenciar la flexibilización del control de constitucionalidad de la Corte Constitucional en favor de las facultades del Ejecutivo, En ese sentido, coincidimos con Robledo (2021) en que dicha laxitud se aprecia tanto en la sentencia C-145 como la C-307 de 2020, que revisaron los dos decretos que declararon los estados de emergencia. En efecto, el tribunal asumió que la pandemia de Covid 19 era inédita en la historia del país y que sus elementos mostraban una crisis multinivel, de modo que no era comparable con otras situaciones ocurridas bajo la Constitución de 1991 (la mayoría de ellas por causa de desastres naturales), y por tanto, le concedió al Gobierno Nacional amplia libertad de configuración normativa³⁴. En primer lugar, en la C-145 la Corte aplicó un “juicio atenuado” de constitucionalidad (Robledo 2021): estimó que se cumplía el presupuesto valorativo de la gravedad e inminencia de los hechos que motivaban la declaratoria, pues se

34 Por ejemplo, sobre la afectación de la salud, dijo la Corte: “La situación ocasionada por la pandemia sobrepasa las permanentes dificultades ordinarias del sistema de salud colombiano, no solo por la imprevisibilidad e impredecibilidad, sino también, como se ha insistido, por la facilidad y velocidad de propagación, los altos niveles de gravedad y la inexistencia de vacuna o tratamiento específico”. Corte Constitucional, Sentencia C-145 de 2020, consideración número 69, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

podían constatar los efectos mencionados por el Gobierno³⁵. En cuanto al juicio de subsidiariedad,³⁶ determinó que el Ejecutivo había hecho uso de las medidas ordinarias que estaban a su alcance, pero que la magnitud de la pandemia desbordaba su capacidad y por tanto era más eficaz recurrir a las medidas de excepción³⁷.

En la sentencia C-307 de 2020 el juicio también fue atenuado, aunque el tribunal afirmó que debía analizar con extremo cuidado el margen de apreciación del Ejecutivo sobre la naturaleza de la crisis y las medidas para enfrentarla. No obstante, en el juicio de *sobrevenida* puso de presente que el escalamiento de la pandemia hacía difícil enfrentarla en el plano doméstico con medidas ordinarias, pese a que ya previamente el Ejecutivo había declarado otra emergencia³⁸. Para el tribunal, algunos factores de la crisis sanitaria provocada se habían agravado, pues crecía el número de personas contagiadas y fallecidas. De igual modo, valoró la incertidumbre que había sobre el modo de superar la emergencia sanitaria, pues no se contaba con información sobre el desarrollo y acceso a la vacuna, con lo cual no se sabía hasta cuándo se debían mantener las medidas de aislamiento. Además, tuvo en cuenta que los precios del petróleo no mejoraban, que el mercado mundial de valores

35 Corte Constitucional, Sentencia C-145 de 2020.

36 Corte Constitucional, Sentencia C-145 de 2020, consideración 99.

37 Cabe anotar que dos magistrados discreparon parcialmente del fallo y plantearon que la Corte debió considerar la falta de intervención del Congreso, que no se pudo pronunciar por encontrarse en cuarentena, así como la voz de la oposición. De igual modo, que las medidas de aislamiento preventivo obligatorio tomadas por el Ejecutivo bajo el poder ordinario de policía debían ser objeto de control del tribunal, pues su contenido materialmente era el de una ley que limitaba derechos fundamentales. Corte Constitucional, Sentencia C-145 de 2020.

38 Corte Constitucional, Sentencia C-307 de 2020, M.P. Luís Guillermo Guerrero Pérez.

seguía afectado, y todavía no se habían superado todas las deficiencias del sistema de salud³⁹.

Por último, cabe anotar que la amplitud de las facultades presidenciales que desplegaba el decreto 417 de 2020, bajo examen de la Corte, llevó a que ciudadanos intervinientes en el proceso de revisión automática de constitucionalidad solicitaran que la Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-760 de 2008, relacionada con la violación sistemática y masiva del derecho a la salud años antes de la pandemia, para que verificara el cumplimiento de estándares mínimos para atender la emergencia y determinara los límites correspondientes. La corporación desestimó la petición aduciendo que la grave calamidad pública que se vivía no se ajustaba a las razones por las cuales se dictó dicho fallo. De igual modo, ciudadanos le solicitaron que avocara el conocimiento de los decretos de aislamiento preventivo obligatorio, pero la Corte lo estimó improcedente porque consideró que dichas medidas eran objeto de control por la acción de nulidad ante la justicia contencioso administrativa, y además porque esa misma jurisdicción ejercía el control inmediato de legalidad de las medidas dictadas en ejercicio de la función administrativa, y como desarrollo de los decretos legislativos dictados en virtud del estado de excepción⁴⁰.

39 Cabe anotar que uno de los magistrados aclaró su voto y echó de menos una revisión más a fondo de esta segunda declaratoria, pues a su juicio debía prevalecer un criterio de regreso a la normalidad constitucional pese a la crisis, y debían exigirse al Ejecutivo más sustento para justificar la excepcionalidad: "(...) un mayor grado de escrutinio sobre la segunda declaratoria del estado de excepción, un estímulo institucional al restablecimiento de la normalidad constitucional y una función de garantía de las medidas estructurales para superar los retos también estructurales que afronta el país, han debido estar en el centro de las deliberaciones de la Corte Constitucional". Corte Constitucional, Sentencia C-307 de 2020, M.P. Luís Guillermo Guerrero Pérez.

40 Corte Constitucional, sentencia C-145 de 2020. Consideraciones 129 y 120

Regresando a la revisión constitucional de los decretos legislativos que dictó el Gobierno Nacional al amparo de las dos emergencias, es importante precisar que, incluso en los casos de las sentencias de inexequibilidad o constitucionalidad condicionada, las medidas mantuvieron su vigencia durante varios meses antes de que la Corte Constitucional se pronunciara, con lo cual el Ejecutivo salió favorecido, pues el escrutinio de sus decretos quedó supeditado a las dinámicas de trabajo de un tribunal que se vio desbordado por la inmensa carga de trabajo que le supuso la revisión de más de un centenar de decretos.

Dentro de las decisiones más divididas que tuvo la Corte en la revisión de los mencionados decretos encontramos la sentencia C-242 del 2020, MP. Luís Guillermo Guerrero y Cristina Pardo, que con cinco de nueve votos declaró la constitucionalidad condicionada del decreto 491 del 17 de marzo del mismo año, que dentro de sus disposiciones “autorizaba” el funcionamiento virtual o no presencial del Congreso. El tribunal consideró que la medida no cumplía con el “juicio de necesidad”, pues ni dicha corporación legislativa ni otros cuerpos colegiados requerían de una autorización del Ejecutivo para funcionar, esto por cuanto la injerencia gubernamental quebrantaba el principio de separación de poderes, y con mayor razón en el caso del Congreso, que debía estar vigilante de la rama ejecutiva en tiempos de excepcionalidad. No obstante, la Corte determinó que se ajustaba a la Constitución que el Congreso operara de dicho modo en esa coyuntura crítica como la que se vivía.

Por otra parte, la sentencia C-206 del 2020, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, declaró constitucional la adición por más de nueve billones de pesos al presupuesto general de la Nación, que ordenó el Ejecutivo mediante Decreto Legislativo 572 del 15 de abril del mismo año, pero decla-

ró inconstitucional su liquidación pues consideró que no cumplía el requisito de “necesidad jurídica”, dado que el gobierno tenía facultades ordinarias para tomar tal medida.

En la C-200 del 25 de junio de 2020, M.P. Diana Fajardo, la Corte encontró que el Decreto 492 del 28 de marzo del mismo año, relacionado con la tarifa notarial para la capitalización, era constitucional en cuanto a las medidas adoptadas en materia de recursos de crédito para las micro, pequeñas y medianas empresas, como para trabajadores independientes. No obstante, declaró inexecutable el artículo 8° del decreto por no superar el juicio de necesidad jurídica, pero difirió sus efectos por tres meses. Al igual que en el caso previo, la corporación entendió que el presidente gozaba de facultades ordinarias para tomar dicha medida, de modo que no requería recurrir a un decreto legislativo.

En otra sentencia adoptada por cinco de nueve votos de los magistrados que integraban la Corte Constitucional, la C-201 del 25 de junio de 2020, M.P. Alejandro Linares Cantillo, la corporación declaró inexecutable el Decreto 487 del 27 de marzo del 2020, que adoptó medidas relacionadas con la extradición, aunque determinó que esto no afectaba la suspensión de términos por 30 días de dichos trámites en los casos de las personas requeridas para el cumplimiento de condenas en firme, cuando ya se había proferido resolución ejecutoriada ordenando la extradición para la fecha de expedición del decreto. Para la Corte, esta regla evitaba desproteger o vulnerar los derechos fundamentales de las personas que se encontraban en dicha situación, teniendo en cuenta la posible afectación del derecho de defensa y sus consecuencias para la libertad. Según el tribunal, el decreto no satisfizo “los juicios de ausencia de arbitrariedad, no contradicción específica, y proporcionalidad”. En cuanto al primero, porque la medida suspendía el debido proceso de

las personas solicitadas en extradición. En cuanto al segundo, porque la suspensión de términos en los trámites de extradición contradecía directamente normas constitucionales que consagran principios y garantías del debido proceso, así como el derecho fundamental a la libertad. Con respecto a la proporcionalidad de la medida, la Corte estimó que, si bien se buscaba cumplir con compromisos internacionales, adoptando un juicio de proporcionalidad estricto e idoneidad, no cumplía con el criterio de necesidad porque había otros modos de lograr dicho fin, y además, no era proporcional en sentido estricto, dado que la medida afectaba ostensiblemente los derechos de las personas requeridas en extradición.

Dentro de las cuatro posturas disidentes de la Corte, se destaca la de la magistrada Gloria Ortíz, quien dentro de sus argumentos discrepó de los modos como la mayoría había aplicado el juicio de constitucionalidad, pues había sido más estricta que en otros casos, y de todos modos en vía contraria a la flexibilidad que se anunció en la sentencia C-145: “la sentencia adelantó los juicios de proporcionalidad, contradicción específica y ausencia de arbitrariedad con un estándar estricto porque estaban involucrados los derechos a la libertad y al debido proceso. En relación con este estándar la mayoría de la Sala no explicó cómo este rigor se armoniza con la mayor flexibilidad del examen de los decretos legislativos que anunció la Sala Plena en la Sentencia C-145 de 2020, ni moduló las exigencias de los juicios referidos”⁴¹.

Con ponencia de la magistrada Gloria Ortiz, la Sentencia C-193 del 24 de 2020 declaró inexecutable el Decreto 567 del 15 de abril del mismo año, que asignaba funciones

41 Corte Constitucional, sentencia C-201 de 2020, salvamento de voto de la magistrada Gloria Ortíz. El magistrado Carlos Bernal Pulido consideró que la mayoría había omitido la consideración de otros valores constitucionales involucrados en el cumplimiento de los convenios de extradición, y que en todo caso, la medida era razonable.

judiciales transitorias a los procuradores judiciales de familia, con el fin de que estos adelantaran los procesos de adopción de los niños, las niñas y los adolescentes. Para el tribunal, investirlos de tales competencias desconocía los principios definitorios del estado social de derecho, alteraba las funciones constitucionales de la Procuraduría General de la Nación y violaba las cláusulas de derechos fundamentales. Para la Corte, las medidas eran desproporcionadas y podrían poner en riesgo los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA) debido a la alteración de las competencias de los jueces. De igual modo, consideró que había falta de congruencia entre la dimensión de la emergencia y las medidas adoptadas al menos en dos facetas: por un lado, porque alteraba la división de poderes, debilitaba las competencias de los jueces y desnaturalizaba las funciones de un órgano de control que era vital en tiempos de anormalidad. De otro lado, porque alteraba diseños procedimentales y competencias que hacían parte de las garantías procesales de los niños, niñas y adolescentes, de modo que el tratamiento era desigual.

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

Otro fallo que fue recibido con gran expectativa, dado el impacto directo en los bolsillos de miles de personas, fue el que revisó la constitucionalidad del decreto legislativo 568 del 15 de abril de 2020 (“impuesto solidario”), mediante el cual se gravó a servidores públicos, contratistas del Estado y pensionados que percibieran ingresos por más de \$10 millones mensuales con el fin de destinar esos recursos al Fondo de Mitigación de Emergencias (FOME) que se había creado para atender la pandemia. Los debates sobre la constitucionalidad de la medida fueron amplios e incluso hubo intervinientes que le solicitaron a la Corte suspenderla, aunque esta la negó por considerar que tal decisión no procedía en el juicio a los decretos legislativos⁴².

En la sentencia C-293 del 5 de agosto de 2020, con la ponencia de Gloria Stella Ortiz y Cristina Pardo, la Corte declaró inexecutable los ocho primeros artículos del decreto 568, cuando este llevaba más de 3 meses vigente y se habían recaudado \$ 240 mil millones⁴³. Según el tribunal, el gobierno no delimitó las razones por las que sólo los funcionarios públicos debían realizar el pago del impuesto, lo que se catalogó como transgresor de derecho a la igualdad y como representación del incumplimiento de varios principios.

De acuerdo con el tribunal, el Decreto no superó el juicio de no contradicción específica, porque no cumplió con el principio de generalidad del tributo, y no respetó los principios de equidad e igualdad tributaria, en su dimensión horizontal, pues creó una medida impositiva destinada a un grupo de personas y excluyó tanto a los trabajadores

42 SEMANA DINERO, “Corte Constitucional negó solicitud de suspender ‘Impuesto Solidario’, 8 de junio de 2020.

43 SEMANA DINERO, “Gobierno alcanzó a recaudar \$240.000 millones del impuesto solidario”, 6 de agosto de 2020: Véase también: LA REPÚBLICA, “La Corte Constitucional tumbó el impuesto solidario que se estableció en el Decreto 568 de 2020”, 5 de agosto de 2020.

particulares como a los funcionarios públicos que estaban en iguales condiciones, en términos de capacidad contributiva, de modo que desconoció los principios de equidad e igualdad tributaria y de generalidad del impuesto. De igual modo, que el impuesto solidario no superó el juicio de no discriminación, pues “el Gobierno ha otorgado amplios beneficios tributarios para no afectar la liquidez en la economía y, pese a ello, en el decreto legislativo bajo examen no se justificó suficientemente por qué debía gravar a los servidores públicos, a las personas naturales vinculadas mediante contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión pública y a quienes reciben una pensión equivalente o mayor a los diez millones de pesos (\$10'000.000)-, sin analizar alternativas diferentes que no impacten los ingresos de quienes los perciben y podrían invertirlos para lograr el objetivo de reactivar la economía”.

Según la Corporación, el Gobierno no acreditó el presupuesto de motivación suficiente, pues “no asumió la carga argumentativa cualificada requerida para justificar la medida impositiva”, De igual modo, tampoco superó el juicio de necesidad fáctica, porque: “El Gobierno Nacional no demostró la inexistencia o insuficiencia de medidas presupuestales alternativas y menos gravosas para la obtención de recursos que financien los programas de atención a la clase media vulnerable y a los trabajadores informales”.

Por último, cabe anotar que la corporación estableció efectos retroactivos a su fallo. En efecto, los valores pagados por los contribuyentes afectados por el impuesto se convirtieron en abonos al impuesto de renta de la vigencia 2020 y que por lo tanto debía pagarse en el 2021. Según la Corte, en caso de que se tuviera un saldo a favor del contribuyente, este podría solicitar la devolución a partir del 1 de julio de 2021, casi un año después de producirse la decisión. De este modo,

la Corte no solo no desfinanció de inmediato el FOME, sino que también le dio tiempo al gobierno para obtener recursos que reemplazarían los del impuesto solidario.

Otro de los fallos de inconstitucionalidad que tuvieron controversia fue la sentencia C-258 del 23 de julio de 2020, M.P. Antonio José Lizarazo, que declaró inexecutable el decreto 558 del 15 de abril del mismo año, que en términos generales, disminuyó la cotización al Sistema General de Pensiones del 16% al 3% para los períodos de abril y mayo de 2020, y estableció un mecanismo especial de pago a cargo del Fondo Público de Pensiones, Colpensiones, de las mesadas de los pensionados de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías (entidades privadas), que reciben una mesada pensional equivalente a un salario mínimo bajo la modalidad de retiro programado. Según la Corte, la primera de las medidas del decreto no cumplía el requisito de “no contradicción específica”, pues: “ (i) Desmejora los derechos sociales de los trabajadores con expectativa de pensiones superiores a un salario mínimo; (ii) Dispone de recursos destinados a la financiación de las pensiones para fines distintos a ellas, y, (iii) No asegura la sostenibilidad financiera del sistema en relación con el reconocimiento de las semanas correspondientes a los períodos de abril y mayo del presente año, para efectos de completar las 1150 semanas que le permitan al afiliado acceder a la garantía de pensión mínima en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o a las 1300 semanas para obtener una pensión de Vejez de un salario mínimo legal mensual vigente en el Régimen de Prima Media”. En cuanto a la segunda medida, estimó que no cumplía con los requisitos de conexidad material, de motivación suficiente, ni de no contradicción específica. Por último, la Corte consideró que era necesario fijarle efectos retroactivos al fallo al fin de garantizar los derechos ya men-

cionados, que se quebrantaron con la medida del Ejecutivo.⁴⁴

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

En la C-169 del 10 de junio de 2020, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo, la Corte condicionó la constitucionalidad del artículo 1º del Decreto Legislativo 461 del 22 de marzo 2020, que autorizaba temporalmente a los gobernadores y alcaldes para reorientar rentas y reducir tarifas de impuestos territoriales sin necesidad de requerir la autorización de asambleas departamentales y concejos municipales, respectivamente. Según la corporación, si bien dicha facultad que les otorgaba el Gobierno Nacional les permitía reorientar rentas de destinación específica, no los autorizaba a modificar las leyes, ordenanzas ni acuerdos de creación o modificación de tales rentas, y además esta solo podía ejercerse mediante la modificación del presupuesto de la actual vigencia fiscal. La Corte condicionó el artículo 2º en el entendido de que la facultad para reducir las mencionadas tarifas no incluía tal autorización, y que de todos modos dejarían de regir al térmi-

44 Más adelante, en la sentencia C-308 del 12 de agosto de 2020, M.P. Antonio José Lizarazo, declaró inexecutable el decreto 802 del 4 de junio de 2020, que modificó el decreto 558. En su fallo, la Corte consideró que las medidas adoptadas no superaban el juicio de conexidad material, ni el de motivación suficiente, ni el de necesidad, ni el de incompatibilidad: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-308-20.htm>. Véase también: ÁMBITO JURÍDICO, “Coronavirus (covid-19) Corte explica por qué declaró inexecutable el decreto sobre traslado de recursos a Colpensiones”, 27 de agosto de 2020. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/coronavirus-covid-19corte-explica-por-que-declaro-inexecutable-el-decreto-sobre>

no de la siguiente vigencia fiscal en caso de que no se señale un término menor. Sobre esto último, la corporación se refirió al argumento según el cual era inconstitucional que una medida dictada en el marco de un estado de excepción tuviera su duración condicionada al plazo que determinara un acto administrativo del Ejecutivo, como lo era la resolución que declaró la emergencia sanitaria, y dijo que tal aspecto debía analizarse desde la perspectiva de su proporcionalidad. En este sentido, el tribunal estimó que era razonable atar las soluciones de las medidas excepcionales a la duración de la emergencia sanitaria, pues esta última era la causante de las primeras, de modo que su eficacia podría depender de tal relación, pero que era necesario fijarle un límite, que en este caso fue el de la vigencia fiscal.

La sentencia C-161 de 2020 declaró la exequibilidad condicionada del artículo 1º del Decreto Legislativo 467 del 2020, que contenía medidas para aliviar a los beneficiarios de créditos estudiantiles del Icetex. En el juicio que realizó la Corte, de nuevo puso de presente la complejidad de los efectos sociales y económicos que había desencadenado la pandemia, las afectaciones al acceso a la educación como derecho social, pero también la difícil coyuntura que enfrentaban las finanzas públicas. En esa línea, reiteró el amplio margen de acción que debía tener el ejecutivo para enfrentar la situación bajo el estado de excepción y estimó que aquel era el órgano del poder público mejor dotado para tal responsabilidad. Además, mencionó la participación de sectores estudiantiles en el proceso de revisión constitucional, quienes consideraban que el decreto se había quedado corto al atender la grave situación financiera por la que atravesaban dichos beneficiarios. No obstante, la corporación estimó que el gobierno había fijado un paquete de alivios razonable, que balanceaban las necesidades de los estudiantes y sus familias con la sostenibilidad financiera del Icetex.

La Corte optó por un juicio de proporcionalidad “intermedio”, dado que el asunto involucraba el acceso a la educación superior de una población que en su mayoría era vulnerable. A juicio de la Corporación, las medidas ofrecían un alivio urgente y necesario para ayudar a los beneficiarios de créditos educativos cuya capacidad de pago se había visto disminuida como consecuencia de la pandemia, por lo cual declaró exequibles los artículos 2º y 3º del decreto. El condicionamiento se refirió a la regulación del “periodo de gracia” que contenía el numeral 1º del artículo 1º, pues determinó que causar intereses sobre los créditos en dicho lapso resultaba desproporcionado, pues en general no era significativo para el patrimonio del Icetex, pero sí establecía una carga gravosa para los beneficiarios de los créditos, en un contexto de pandemia⁴⁵. En efecto, si bien estimó que estos alivios constituían una medida que se ajustaba a la Constitución, consideró que los difíciles momentos que atravesaban las familias hacía indispensable velar porque los beneficios sobre los créditos se tradujeran en un verdadero alivio y no simplemente en el aplazamiento de sus obligaciones.

La sentencia C-205 del 25 de junio de 2020, M. P. José Fernando Reyes Cuartas, declaró exequible la unificación

45 Señaló la Corte: “Del lado de los estudiantes y sus familias, por el contrario, el impacto que supone seguir causando intereses aun en tiempos de “periodo de gracia” por pandemia es significativo y desproporcionado. Recordemos que el conjunto de personas con créditos vigentes ante el Icetex de por sí constituye un grupo mayoritariamente vulnerable, dada sus condiciones socio-económicas. Al Icetex acuden principalmente aquellas familias que no cuentan con los recursos suficientes para costear la educación superior por su cuenta. De hecho, como ya se expuso, el universo de beneficiarios en un 92% se ubica en los estratos 1, 2 y 3; siendo la participación de los estratos 1 y 2 superior al 70% del total de usuarios. Asimismo, se sabe que el 56% de los beneficiarios son mujeres y que más del 40% de los mismos están en el rango de edad entre los 16 y 25 años; es decir, se encuentran dentro de la franja poblacional con la tasa de desempleo más alta del país: mujeres jóvenes”.

de competencia para expedir protocolos de bioseguridad bajo la pandemia, pues consideró que dichos instructivos buscaban controlar el contagio y minimizar los riesgos a los que se veía expuesta la población ante la reactivación de la economía, la sociedad y la administración pública, con posterioridad al aislamiento preventivo obligatorio. Para el tribunal, el Decreto 539 del 13 de abril de 2020 no desconocía el principio de autonomía territorial, pues se trataba de la aplicación del principio de coordinación entre la nación y las autoridades regionales y locales para determinar la apertura de algunos sectores.

En la Sentencia C-204 del 25 de junio de 2020, M.P. Cristina Pardo, declaró exequible el Decreto 561 del 15 de abril 2020, que dictó medidas transitorias para apoyar con incentivos económicos a los artistas, creadores y gestores culturales que demostraran vulnerabilidad como resultado de la pandemia o que estuvieran en situación de discapacidad, con cargo a los recursos del impuesto nacional al consumo con destino a la cultura. En general, estimó que el impacto del aislamiento ordenado por el gobierno había afectado a dicho gremio, y que por lo tanto era necesaria la expedición de una norma que modificara el artículo 512-2 del Estatuto Tributario, para así permitir que el citado impuesto se destinara a la inversión social en cultura y el pago de ayudas económicas para garantizarles el mínimo vital a los artistas.

El fallo C- 203 del 25 de junio de 2020, M.P. Diana Fajardo, declaró exequible el Decreto 528 del 2020, que estableció una serie de alivios financieros para el pago de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo. Según el Tribunal, las condiciones de aislamiento restringían la actividad económica y afectaban la capacidad de pago y el cumplimiento de obligaciones por parte de los usuarios, el alto tribunal avaló la creación de estrategias para dar alivios

financieros y, así mismo, asegurar la estabilidad financiera de los prestadores de estos servicios públicos, aun sin el pago oportuno del usuario. De igual modo, encontró que se ajustaba a la Constitución la medida que ordenaba que recursos del Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso de los mencionados servicios en los municipios pudiera destinarse a financiar los mencionados incentivos. De la mano de esta sentencia, la Corte emitió la sentencia C-310 de 2020, donde examinó el decreto que incluyó dentro del alivio financiero a las personas de estrato 3 y 4 y se excluyen a las personas de los estratos más altos. La corporación justificó esa exclusión porque asumió que de manera razonable, y a pesar de la extensión de la crisis en el tiempo y, con ella, de las medidas sanitarias, había una condición de ingresos o de ahorro que les permite a los estratos más altos asumir el pago de las facturas de los servicios en comento.

En la sentencia C-202 del 25 de junio de 2020, M.P. Antonio José Lizarazo, la Corte determinó que los alivios tributarios para el sector agropecuario ordenados en el Decreto 573 del 15 de abril del mismo año se ajustaban a la Carta. Según la Corporación, se trataba de medidas tributarias cuya finalidad era legítima desde el punto de vista constitucional, tenían una justificación suficiente; evidenciaban una relación directa tanto con la situación fáctica que dio origen a la declaratoria de emergencia, como con las consideraciones que sirven de sustento al decreto; eran medidas idóneas y adecuadas a la consecución de la finalidad constitucional perseguida; se trataba de medios necesarios para beneficiar al sector productivo de alimentos y con ello, garantizar la seguridad alimentaria; eran medios que no contradecían la Constitución, sino que, por el contrario, la desarrollan, promoviendo el abastecimiento de alimentos.

Por su parte, la sentencia C- 157 del 3 de junio de 2020, M.P. Diana Fajardo Rivera, declaró la exequibilidad de una de las medidas que causó mayor debate por la posible vulneración de derechos, como el de libre circulación, además por la remisión a sanciones penales y administrativas a quienes violaran la prohibición. Se trataba del Decreto 439 del 20 de marzo del mismo año, que suspendió temporalmente el desembarque con fines de ingreso o conexión en territorio colombiano de pasajeros procedentes del exterior por vía aérea. De modo general, la Corte consideró que las medidas cumplían con la finalidad, conexidad material, motivación suficiente, ausencia de arbitrariedad, intangibilidad, no contradicción específica, incompatibilidad, necesidad, proporcionalidad y de no discriminación. Para el tribunal la prohibición si bien era general no era absoluta y planteaba una excepción amplia para que las personas que quieran regresar, siendo nacionales o extranjeras residentes en el país, pudieran hacerlo bajo el supuesto de que se encuentran en una situación de fuerza mayor, caso fortuito o emergencia humanitaria.

Otro de los decretos que tuvo gran notoriedad y fue motivo de intensa controversia jurídica, fue el 806 del 24 de septiembre de 2020, que reguló ampliamente las actuaciones judiciales por medio de tecnologías de la información y las comunicaciones. En la sentencia C-420 de 2020, la Corte lo declaró exequible, aunque condicionó algunas normas relacionadas con el envío y recibo de mensajes por correo electrónico. Para el tribunal, el paquete de medidas no vulneraba la Carta Política, porque superaban los juicios de finalidad, motivación suficiente, conexidad material, incompatibilidad y necesidad, y concluyó que estaban directa y específicamente relacionadas con el estado de excepción declarado en el Decreto 637 de 2020, y además, que eran

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

Ahora bien, llaman nuestra atención, algunas decisiones que comprometen el control de constitucionalidad en sede de tutela. En efecto, como parte de esta investigación, se realizó la revisión de las acciones presentadas por individuos que consideraron vulnerados sus derechos fundamentales, pero que encontraron de igual manera, un juicio flexible, que en la mayoría de los casos se produjeron varios meses después de la coyuntura crítica de la pandemia, cuando muchas de las medidas ordinarias y de emergencia habían perdido su vigencia. Se trata, entonces, de fallos de revisión de tutela tardíos, que también ayudan a mostrar el déficit de protección efectiva de los derechos fundamentales que supuso la crisis.

A modo de ejemplo, en primer lugar, tenemos la sentencia SU-109 del 24 de marzo de 2022, que revisó varias decisiones dictadas por jueces que resolvían acciones de tutela instauradas por diversas personas mayores de 70 años en contra de medidas ordinarias dictadas por gobiernos nacionales y distritales para enfrentar la pandemia durante el año 2020, que limitaban su locomoción, y que los accionantes consideraban que vulneraban derechos como el de locomoción, igualdad libre desarrollo de la personalidad o el trabajo. La corporación judicial encontró que dichas medidas, en efecto, afectaron derechos, y por lo tanto los jueces de tutela debieron haber adoptado la excepción de inconstitucionalidad. Con todo, la Corte declaró la “carencia

actual de objeto”, dado que las restricciones habían dejado de regir hace más de dos años.

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

Por último, en la sentencia T-337 del 26 de septiembre de 2022, M.P. Cristina Pardo, la Corte revisó varios fallos de tutela dictados entre el 2021 y el 2022 relacionados con la exigencia de portar un carné o certificado digital de vacunación como requisito de ingreso a ciertos lugares y eventos, contenida en los Decretos 1408 y 1615 de 2021, y 655 de 2022, dictados por el gobierno en ejercicio de sus facultades ordinarias. La Corporación estimó que había una carencia de objeto para pronunciarse, dado que las medidas ya no estaban vigentes, pues el fallo se profirió casi un año después de producidos los hechos que motivaron las tutelas. No obstante, determinó que estas superaban los respectivos test y por tanto no vulneraban derechos fundamentales, pues “(...) restringir el ingreso de las personas no vacunadas contra el Covid-19 a determinados establecimientos puede reducir el riesgo de que el virus se transmita, independientemente del estado de vacunación de las personas”, aunque al mismo

tiempo señaló que tal restricción no era la única alternativa eficaz para enfrentar la pandemia, de modo que, dados los casos concretos que examinó, “hizo un llamado para que las autoridades se aseguren de que la decisión de las personas en lo que respecta a su vacunación contra el Covid-19 sea libre, autónoma y espontánea; no derivada de impactos y sobre su esfera *iusfundamental*”.

Conclusiones

El trabajo de investigación ha permitido constatar un amplio desarrollo jurisprudencial, donde la Corte flexibilizó el test de proporcionalidad, necesidad e idoneidad, y en general, consideró que el Ejecutivo debía contar con un amplio margen de acción para enfrentar los efectos sociales y económicos que produjo la pandemia. En buena medida, esto tuvo lugar por cuenta de un contexto inédito e incierto, que llevó a que la Corte activara una suerte de “facultades implícitas” del Gobierno Nacional, de cara a solventar la situación provocada por la emergencia social y económica. Empero, esto se puede leer desde las facultades ordinarias de policía, que fue explorada en estudios previos elaborados en el marco de la línea de investigación, y que permitieron las medidas más notorias y restrictivas a los derechos fundamentales, como los confinamientos, límites a la libertad de locomoción entre ciudades, entre otras.

También ha llamado la atención aquellos asuntos que incorporaron modulaciones de las sentencias. Los fallos C-258 de 2020 y C-293 de 2020 establecieron efectos retroactivos con consecuencias fiscales, de modo que fortaleció las finanzas públicas para que el Ejecutivo pudiera enfrentar los efectos de la pandemia. En los demás objetos de las medidas, la Corte recurrió a criterios más flexibles al momento

de declarar su inconstitucionalidad. Sin duda, los juicios de constitucionalidad más simples eran aquellos que resolvían la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo por aspectos puramente formales, como no contar con la firma de todos los ministros.

Los comunes denominadores de las exequibilidades parciales o condicionadas estaban relacionadas con funciones de Hacienda Pública, donde el Gobierno descuidaba las precisiones sobre vigencia fiscal. Igual ocurrió con el uso de facultades extraordinarias, para el ejercicio de competencias ordinarias, lo que condujo a un juicio más estricto respecto a la necesidad jurídica de la decisión, sin que por ello, materialmente, controlase el ejercicio del poder del Gobierno Nacional.

Por último, podríamos resaltar la deferencia pragmática de la Corte respecto a la declaratoria del estado de emergencia social y económica, pues no cuestiona la eficacia, causalidad y relevancia de las medidas adoptadas por el presidente. En efecto, consideró en todos los casos que el Gobierno debía contar con las herramientas de excepción para controlar una situación inédita que superaba las competencias ordinarias del Estado de Derecho, de modo que obró una suerte de presunción de que el Ejecutivo era el más capaz para enfrentar una emergencia, conectándonos así con el historicismo del poder presidencial al cual nos hemos referido en trabajos previos.

Lo antedicho se contrastó con algunas decisiones de tutela, que vinieron a hacer más riguroso el juicio de constitucionalidad en los hechos y limitaciones a las libertades públicas, pero con posterioridad a la situación de emergencia, es decir cuando ya no tenían efectos concretos sobre los derechos vulnerados y las decisiones no afectaban la capacidad de acción del Ejecutivo. Las decisiones de tutela

permitieron constatar de igual manera, que las normas ordinarias ya habían incorporado medidas de orden público en el régimen constitucional, que permitieron los confinamientos, límites a la movilidad y otras restricciones, que hicieron que el Gobierno Nacional ejerciera competencias robustas y ordinarias, sin el control automático de la Corte Constitucional.

Por último, como expusimos en la revisión de la literatura en el país y la región, una línea de investigación para desarrollar en el futuro corresponde a ahondar en el comportamiento del juez constitucional con respecto al poder presidencial desplegado por la pandemia. Un estudio comparado en la región, que tenga en cuenta las trayectorias historiográficas y se tome en serio el poder presidencial podría ser de utilidad en dicha agenda.

Bibliografía

ÁMBITO JURÍDICO, (2020): “Coronavirus: Conozca todas las decisiones de la Corte Constitucional sobre los decretos legislativos”, 2020. Disponible en: <<https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/coronavirus-conozca-todas-las-decisiones-de-la-corte-constitucional-sobre-los>>.

ÁMBITO JURÍDICO, “Coronavirus (covid-19) Corte explica por qué declaró inexecutable el decreto sobre traslado de recursos a Colpensiones”, 2020. Disponible en: <<https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/coronavirus-covid-19corte-explica-por-que-declaro-inexecutable-el-decreto-sobre>>.

ARENDDT Hannah, *La promesa de la política*, Ed. Paidós Ibérica. 2008.

BARRERA, Pedro. Dos efectos de la Covid-19 en Colombia: profundización de la desigualdad y retorno al hiperpre-

sidencialismo. En *Derecho y Realidad*, 18(36), 59–88, 2020. Disponible en: <<https://doi.org/10.19053/16923936.v18.n36.2020.12158>>.

BERG, Ryan; ZIEMER, Henry, *Constraining States of Emergency*, 2023: Disponible en: <<https://www.csis.org/analysis/constraining-states-exception#Spa>>.

BERNAL, Carlos et al. Colombia: Legal Response to Covid-19', in Jeff King and Octávio LM Ferraz et al (eds), En: *The Oxford Compendium of National Legal Responses to Covid-19*, OUP. 2021. Doi: 10.1093/ law-occ19/e34.013.34

BOTERO Andrés; CAJAS Mario. El hiperpresidencialismo colombiano y el Acuerdo de Paz de la Habana, En *Vniversitas*, 70, 1-28, 2021. Disponible en: <<https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj70.hcap>>.

CAFAGGI Fabrizio; IAMICELI Paola. Uncertainty, Administrative Decision-Making and Judicial Review: The Courts' Perspectives. En: *European Journal of Risk Regulation*;12(4):792-824, 2021. doi:10.1017/err.2021.47

CAJAS, Mario, *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991*, Ed. Uniandes y Universidad Icesi. 2015.

CAJAS, Mario, "La justicia constitucional contra los bolcheviques: la Corte Suprema de Justicia Conservadora y la represión al movimiento obrero, 1926-1930", *Historia Constitucional* 19, Pp. 505-532. 2018.

CAJAS, Mario; SARMIENTO, Juan Pablo, Proporcionalidad y razonabilidad de la vacunación obligatoria contra la covid-19: aproximaciones desde el constitucionalismo contemporáneo. *Vniversitas*, 71, 2022.

CAMACHO, Mariana; GUERRERO, Juan Carlos. *El paro nacional y la movilización social en Colombia: ¿Cómo llegamos*

hasta aquí y qué puede venir?, Notas de Estabilización No. 04, Universidad del Rosario y FIP, 2021. Disponible en: <https://multimedia.ideaspaz.org/media/website/nota_estabilizacion04_movilizacionFIP.pdf>

El Espectador, *CIDH recomendó reformar el decreto de “asistencia militar” en paro nacional 2021*, 2021: Disponible en: <<https://www.elespectador.com/judicial/cidh-recomendo-reformar-decreto-de-asistencia-militar-en-paro-nacional-2021/>>.

COHEN, Glenn; GLUCK, Abbe; KRASCHEL, Katherine; SHACHAR, Carmel, *Covid 19 and the Law: Disruption, Impact and Legacy*: Cambridge University Press. 2023. Disponible en: <<https://www.cambridge.org/core/books/covid-19-and-the-law/B4889C072A10241C5F047DE4B913F197>>.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SALA ESPECIAL DE DECISIÓN NO. 26, Sentencia del 26 de junio de 2020, Consejero Ponente: Guillermo Sánchez Luque, Radicado número:11001-03-15-000-2020-02611-00, Disponible en: <[https://normas.cra.gov.co/gestor/docs/11001-03-15-000-2020-02611-00\(ca\).htm](https://normas.cra.gov.co/gestor/docs/11001-03-15-000-2020-02611-00(ca).htm)>.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, M.P. LUÍS Alberto Álvarez, Sentencia del 10 de junio de 2021, Radicación: 1001-03-28-000-2020-00073-00 (Principal) 11001-03-28-000-2020-00074-00

CONSEJO DE ESTADO, *Consejo de Estado suspende provisionalmente decreto de asistencia militar para conjurar problemas de orden público durante protestas*, 2021a. Disponible en: <<https://www.consejodeestado.gov.co/news/consejo-de-estado-suspende-provisionalmente-decreto-de-asistencia>>

-militar-para-conjurar-problemas-de-orden-publico-durante-protestas/>.

CONSEJO DE ESTADO, *Consejo de Estado explica por qué revocó fallo de tutela que suspendió decreto de asistencia militar: 2021b*. Disponible en: <<https://www.consejodeestado.gov.co/news/consejo-de-estado-explica-por-que-revoco-fallo-de-tutela-que-suspendio-decreto-de-asistencia->>.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 157 del 3 de junio de 2020, M.P. Diana Fajardo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-161 del 4 de junio de 2020, M.P. Diana Fajardo.

CORTE CONSTITUCIONAL, C-171 del 10 de junio de 2020, M. P. José Fernando Reyes.

CORTE CONSTITUCIONAL, C-169 del 10 de junio de 2020, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-193 del 24 de junio de 2020, M.P. Gloria Stella Ortiz.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-200 del 25 de junio de 2020, M.P. Diana Fajardo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-201 del 25 de junio de 2020, M.P. Alejandro Linares.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-202 del 25 de junio de 2020, M.P. Antonio José Lizarazo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 203 del 25 de junio de 2020 M.P. Diana Fajardo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-204 del 25 de junio de 2020, M.P. Cristina Pardo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-205 del 25 de junio de 2020, M. P. José Fernando Reyes.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-206 del 25 de junio de 2020, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-242 del 9 de julio de 2020, MP. Luís Guillermo Guerrero y Cristina Pardo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-258 del 23 de julio de 2020 , M.P. Antonio José Lizarazo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-293 del 5 de agosto de 2000, M.P. Gloria Stella Ortiz y Cristina Pardo Schlesinger.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 308 del del 12 de agosto de 2020, M.P. Antonio José Lizarazo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-420 del 24 de septiembre de 2020, M.P (E). Richard S. Ramírez Grisales.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-100 del 17 de marzo de 2022, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU 109 del 24 de marzo de 2022, M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-337 del 26 de septiembre de 2022, M.P. Cristina Pardo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-143 del 26 de abril de 2022, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. The bound executive: Emergency powers during the pandemic, En: *International Journal of Constitutional Law*, Vol 19, 5, pp. 1498-1535, 2021. Disponible en: <<https://doi.org/10.1093/icon/moab059>>.

CLODFELTER, Catherine. Global Judicial Opinions Regarding Government-Issued COVID-19 Mitigation Measures, En: *Health Security*, Vo. 20-2, 2022.DOI: 10.1089/hs.2021.0123.

HICKS, Elizabeth. Proportionality and Protracted Emergencies: Australia's COVID-19 Restrictions on Repatriation Rights Compared, En: *Sydney Law Review* 3, 2023. Disponible en: <<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/SydLawRw/2023/3.html>>.

KEYES, John. Judicial Review of COVID-19 Legislation – How have the Courts Performed? En: *Ottawa Faculty of Law Working Paper No. 2022-15*, 2022. Disponible en: <<https://ssrn.com/abstract=4170180>> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4170180>>.

LA REPÚBLICA, *La Corte Constitucional tumbó el impuesto solidario que se estableció en el Decreto 568 de 2020*, 2020. Disponible en: <<https://www.larepublica.co/economia/la-corte-constitucional-tumbo-el-impuesto-solidario-del-decreto-568-de-2020-3041856>>.

POLI, Daniela. Dealing with a New Threat: The Role of Constitutional Courts During the Covid-19 Pandemic. En: CREMADES, J., HERMIDA, C. (eds) *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*. Springer, Cham, 2022. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/978-3-319-31739-7_170-1>.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Decreto 575 del 28 de mayo de 2021, *Por el cual se imparten instrucciones para la conservación y el restablecimiento del orden público*. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=163846>.

TOBÓN, Mary Luz. Principios internacionales que rigen durante los estados de excepción en el sistema interamericano: el caso colombiano durante la pandemia, En: *Estudios Constitucionales*, 20-2, 2022.

QUINCHE, Manuel. *Los Tests constitucionales*, Bogotá: Editorial Temis. 2022.

ROBLEDO, Paula. El control de constitucionalidad de la Corte Constitucional colombiana a los estados de emergencia ocasionados por la pandemia de la Ccovid-19 en el 2020, En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25 (2), 579-591. 2020.

RODRIGUES, María, DAMÁSIO, Daniel; OLIVEIRA, Flavia. Regulamento Sanitário Internacional e mobilidade humana internacional: Uma análise do caso brasileiro durante a pandemia de Covid-19. En *Revista Brasileira De Estudos Políticos*, 127(2). 2023. Disponible en: <<https://doi.org/10.9732/2023.V127.946>>.

SÁNCHEZ, Borja, Beyond the Principle of Proportionality: Controlling the Restriction of Rights under Factual Uncertainty, En *Oslo Law Review*, 9-2, pp. 74-91, 2022. Disponible en: <<https://www.idunn.no/doi/epdf/10.18261/olr.9.2.1>>.

SARMIENTO Juan Pablo, Populismo constitucional y reelecciones, vicisitudes institucionales en la experiencia sudamericana. En: *Revista Estudios Constitucionales*, Año 11 No. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2013.

SARMIENTO Juan Pablo. *La justicia administrativa entre dictaduras. Una crítica a la construcción del derecho administrativo en Colombia*, Ediciones Uniandes. 2018.

SARMIENTO Juan Pablo. Una agenda Legislativa regresiva en 2020, *Revista de Derecho*, N. 53. Universidad del Norte, 2020.

SEMANA DINERO, *Corte Constitucional negó solicitud de suspender 'Impuesto Solidario'*, 2020. Disponible en: <<https://www.semana.com/que-viene-luego-de-la-inconstitucionalidad-del-impuesto-solidario/295021/>>.

SEMANA DINERO, *Gobierno alcanzó a recaudar \$240.000 millones del impuesto solidario*, 2020: Disponible en: <<https://www.semana.com/que-viene-luego-de-la-inconstitucionalidad-del-impuesto-solidario/295021/>>.

TYLER, L, Amanda. Judicial Review in Times of Emergency: From The Founding Through The Covid-19 Pandemic. En *Virginia Law Review*, Vol 109-3. 489-594, 2023. Disponible en: <https://virginialawreview.org/wp-content/uploads/2023/05/Tyler_Book-1.pdf>.

TURKUT, Emre. Emergency Powers, Constitutional (Self-) Restraint and Judicial Politics: the Turkish Constitutional Court During the COVID-19 Pandemic, En: *Jus Cogens* Vol 4: 263-284, 2022. Disponible en: <<https://doi.org/10.1007/s42439-022-00064-7>>.

UPRIMNY, Rodrigo. *Protesta, proporcionalidad y bloqueos*, 2021. Disponible en <<https://www.dejusticia.org/column/protesta-proporcionalidad-y-bloqueos-a-proposito-del-decreto-575/>>.

UPRIMNY, Rodrigo. El «estallido social» colombiano: reflexiones sobre protesta y derechos humanos en democracias débiles, Wb *Revista Deusto de Derechos Humanos*, 10, pp.133-159. 2022. Disponible en: <<https://doi.org/10.18543/djhr.2625>>.

VICIANO Roberto; RAMÍREZ Alfredo, Seguridad sanitaria y limitación de derechos fundamentales en Colombia durante la pandemia de COVID-19, En *Estudios Constitucionales*, 20-2, pp. 228-256, 2022: DOI: 10.4067/S0718-52002022000200228.

YOO, John. Emergency Powers during a Viral Pandemic, en: *Journal of Law & Liberty*, New York University Vol. 15- 3, pp. 822-858. 2022.

Recebido em: 05/02/2024
Aprovado em: 23/08/2025

Mario Alberto Cajas Sarria
E-mail: mcajas@icesi.edu.co

Juan Pablo Sarmiento Erazo
E-mail: juan.sarmiento3@unisabana.edu.co