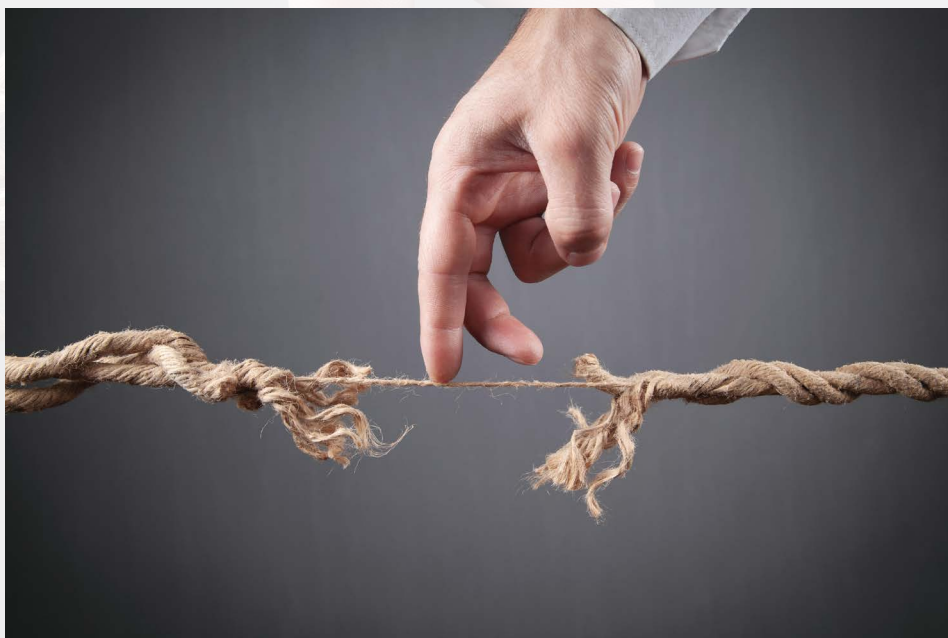


El presidente de Colombia y su elusión constitucional en época de crisis

Cómo citar este artículo [Chicago]: Gómez-Gómez, Juan Fernando y David Mendieta. "El presidente de Colombia y su elusión constitucional en época de crisis". *Novum Jus* 18, núm. 2 (2024): 17-36. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2024.18.2.1>

Juan Fernando Gómez-Gómez /
David Mendieta



El presidente de Colombia y su elusión constitucional en época de crisis

Juan Fernando Gómez-Gómez*
Universidad de Medellín (Medellín, Colombia)

David Mendieta**
Universidad de Medellín (Medellín, Colombia)

Recibido: 3 de octubre de 2023 | **Evaluado:** 2 de noviembre de 2023 | **Aceptado:** 7 de noviembre de 2023

Resumen

El uso y abuso del estado de sitio en Colombia fue una constante durante los siglos XIX y XX. Por ello, el Constituyente de 1991 fue tan cuidadoso a la hora de regular los estados de excepción estableciendo un sistema de exigentes límites y controles. El objetivo de este escrito es evidenciar que ahora el Presidente colombiano, en épocas de crisis, preferirá usar competencias de rango legal como lo son la emergencia sanitaria y la asistencia militar para limitar derechos humanos en vez de acudir a competencias constitucionales como los estados de excepción. A las diferentes formas de elusión constitucional propuestas por Manuel Quinche Ramírez en su texto “La elusión constitucional: una política de evasión del control constitucional en Colombia” tendríamos que agregar una nueva y es aquella realizada por el Presidente en épocas de crisis, al usar actos administrativos para enfrentar situaciones que requieren normas con fuerza de ley. Lo anterior, pues los controles para los decretos de estados de excepción son más exigentes y eficaces que los existentes para los actos administrativos. Con esto se configura un presidencialismo elusivo del control idóneo de constitucionalidad.

Palabras clave: estados de excepción, estado de sitio, Estado constitucional de derecho, control de constitucionalidad, separación de poderes, evasión constitucional, emergencia sanitaria, asistencia militar, pandemia, movilización social

* Abogado con estudios de especialización, maestría y, en la actualidad, candidato a doctor en Derecho. Ejerció la profesión como abogado litigante, funcionario público en el Ministerio Público y notario. Profesor universitario al frente de las cátedras de derecho constitucional, derecho administrativo, derecho internacional público y privado, y la de notariado y registro. Email: soyjuanfernando@gmail.com. Universidad de Medellín. Carrera 87 No. 30-65, Medellín, Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8578-0279>

** Abogado, especialista en Derecho constitucional y magíster en Derecho de la Universidad de Antioquia. Diploma de Estudios Avanzados (DEA) y doctor en Derecho constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de tiempo completo de la Universidad de Medellín, miembro del Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Email: dmendieta@udemedellin.edu.co. Universidad de Medellín. Carrera 87 No. 30-65, Medellín, Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6944-6815>

The President of Colombia and His Constitutional Avoidance in Time of Crisis

Juan Fernando Gómez-Gómez

Universidad de Medellín (Medellín, Colombia)

David Mendieta

Universidad de Medellín (Medellín, Colombia)

Received: October 03, 2023 | **Evaluated:** November 02, 2023 | **Accepted:** November 07, 2023

Abstract

The use and abuse of the state of siege in Colombia was a constant during the 19th and 20th centuries. Consequently, the 1991 Constituent Assembly was careful when regulating martial law, establishing a demanding limit and control system. This paper aims to show that in times of crisis, the Colombian president prefers to use legal powers such as health emergency and military assistance to limit human rights instead of resorting to constitutional powers such as martial law. To the various forms of constitutional avoidance proposed by Manuel Quinche Ramírez in his work “Constitutional Avoidance: A Policy of Evasion of Constitutional Control in Colombia”, we would have to add the president using administrative actions in times of crisis to tackle situations that require regulations with the power of law because the controls for martial law decrees are more severe and effective than those for administrative actions, thus giving rise to a presidential rule that avoids the ideal control of constitutionality.

Keywords: martial law, state of siege, constitutional rule of law, control of constitutionality, separation of powers, constitutional evasion, health emergency, military assistance, pandemic, social mobilization

Introducción

En Colombia, desde sus inicios como república, el conflicto ha sido una de sus constantes. Hubo nueve guerras civiles durante el siglo XIX, el siglo XX no se caracterizó precisamente por ser pacífico y lo que va corrido del siglo XXI no es alentador. Disputas bipartidistas entre conservadores y liberales, el surgimiento de bandoleros denominados como grupos guerrilleros alzados en armas contra el Estado, el tráfico de drogas y el surgimiento de grupos de autodefensas combinan un coctel explosivo, propicio para el enfrentamiento entre grupos legales e ilegales que se disputan un territorio complejo, por su quebrada e inhóspita geografía. El país padeció un conflicto armado no declarado que continúa hoy¹. En palabras de Hernando Valencia Villa, los colombianos tuvimos primero Estado que nación.

con base en la idea del derecho como gramática de guerra y en la visión de la independencia como creación del Estado, antes de la nación y sin la nación, de una manera autoritaria y legalista, nuestra revisión histórica muestra cómo las cartas del siglo XIX y las reformas del siglo XX constituyen un interminable conflicto civil, la guerra del país contra sí mismo².

A lo agreste de la geografía del país se le sumó la desidia gubernamental para ejercer soberanía en cada uno de los rincones del territorio, especialmente en las zonas insulares, lo cual dio pie a un vacío estatal que fue ocupado por grupos insurgentes, paramilitares y bandas al servicio del narcotráfico. El ejercicio del poder sin límites claros fue una estrategia adoptada por varios gobiernos, para intentar llegar a una falsa percepción de seguridad y dominio territorial por parte del Estado. En muchos lugares del país había ausencia de equipamiento educativo y de salud, carencia de bienes y servicios mínimos para la población colombiana, pero a cambio recibían un gran despliegue bélico por parte de las fuerzas militares. El estado de sitio fue usado en Colombia como un instrumento reiterativo para enfrentar situaciones que tenían su origen en problemas sociales³.

Mientras en América Latina pululaban los regímenes dictatoriales de corte militar para la segunda mitad del siglo XX, Colombia por su parte experimentaba gober-

¹ Francisco Valderrama y Malvin Ortiz, "Justicia transicional: Noción de la justicia en la transición colombiana", *Opinión Jurídica* 16, núm. 32 (2018): 265.

² *Hernando Valencia Villa*, "Cartas de batalla: una crítica al constitucionalismo colombiano" (Bogotá: Cerec, 1987), 115.

³ El uso del derecho para la normalización de la guerra ha sido tratado por Michel Foucault en *La verdad y las formas jurídicas* (Barcelona: Gedisa, 1995), 66.

nantes civiles con amplios poderes, obtenidos con el estado de sitio propio de la Constitución de 1886. Sin embargo, los poderes excepcionales para gobernar no pudieron conjurar los problemas estructurales de la sociedad, pues era claro que Colombia estaba enferma, pero ese no era el remedio. Lo que sí sucedió fue que, amparado por poderes desmedidos, el ejecutivo abusó de los derechos humanos y acrecentó su poder, dejando una marca de dolor imborrable en la historia de este país andino.

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1991, la cual puso límites y controles más estrictos al ejecutivo a la hora de declarar un estado de excepción, el gobierno nacional ha buscado nuevos caminos para evadir el control automático y posterior que tienen los decretos legislativos por parte de la Corte Constitucional. En situaciones de crisis, quien ocupe la presidencia de Colombia preferirá declarar la emergencia sanitaria y la asistencia militar que tienen origen en leyes, antes que declarar un estado de excepción con rango constitucional, pues este último tiene límites y controles más exigentes y eficaces que las dos instituciones primero mencionadas.

Prueba de lo anterior es el actuar del gobierno Duque Márquez que tuvo que enfrentar dos de las situaciones más complejas ocurridas en Colombia durante los últimos tiempos: la primera fue la pandemia de los años 2020-2022 y la segunda, la gran movilización social del año 2021. En ambos casos se usaron figuras de rango legal, como lo fueron la emergencia sanitaria y la asistencia militar. Todo indica que el Presidente colombiano a la hora de enfrentar crisis usará menos los estados de excepción y acudirá más a los decretos ordinarios y otros actos administrativos cuya competencia de expedición se encuentra en leyes, aunque lo anterior configure una clarísima elusión constitucional de nuestro Ejecutivo.

El estado de sitio y la Constitución de 1886

La figura del estado de sitio puede encontrarse en tres momentos de la historia de Colombia durante el siglo XIX: primero, en la Constitución de la Gran Colombia de 1821, que en sus artículos 55 y 128 consagró la figura en casos de conmoción interior y guerra exterior; segundo, en la Constitución de 1832, que en su artículo 108 fue mucho más cuidadosa a la hora de establecerle límites al ejecutivo que lo declarase, y tercero, en la Constitución regeneracionista de 1886, con características conservadoras, centralistas y autoritarias, que estableció un estado de sitio con débiles controles (en los términos de los artículos 118-8 y 121). Otras constituciones colombianas previeron la posibilidad de acrecentar el poder del ejecutivo para

enfrentar la amenaza a la soberanía nacional, sin consagrar de manera expresa un estado de excepción; es el caso de las Cartas de 1830, 1843, 1853, 1858 y 1863.

Ser gobernados bajo estado de sitio fue la constante para los colombianos durante parte de los siglos XIX y XX, con aplicaciones desmedidas tanto del uso y abuso de la fuerza como de la restricción de derechos y libertades humanas. El estado de sitio como estado de excepción constitucional era el único proscrito por la carta política de 1886⁴. Colombia fue gobernada durante largos periodos de tiempo con poderes excepcionales, así lo expresan García y Uprimny: “desde el cierre del Congreso —en noviembre de 1949, durante el gobierno de Mariano Ospina Pérez (1946-1950)— hasta la expedición de la Constitución de 1991, Colombia vivió prácticamente en un régimen de excepción permanente”⁵. La normalidad era la anomalía, la excepción se hizo regla. En términos de Loewenstein, Colombia se convirtió en un permanente gobierno de crisis⁶.

Un ejecutivo todo poderoso amparado en el estado de sitio no fue la solución a la crisis del país, pues los problemas sociales eran multicausales y no bastaron las estrategias trazadas por el gobierno para impedir su crecimiento y mutación. La inequidad social, el aumento de la pobreza extrema, la falta de oportunidades y el hastío social por la clase dirigente de la época fueron detonantes para los inicios de las guerrillas marxistas leninistas y la ilegalidad en formas muy diversas. Los colombianos pronto se darían cuenta de que los problemas sociales del país no se acababan a punta de decretos legislativos en los que se facultaba al ejecutivo con amplios poderes.

En América Latina, Colombia sería un claro ejemplo de cómo el ejecutivo con poderes amplios y desmedidos, además del uso y abuso de la fuerza y de la restricción de derechos y libertades, no garantiza la solución a los problemas sociales, pues hay razones estructurales y multicausales que les dan origen. En este sentido, Mary Luz Tobón afirma que el conflicto no se solucionará con el simple uso de la fuerza,

⁴ Mary Luz Tobón y David Mendieta, “Los estados de excepción en el régimen constitucional colombiano”, *Opinión Jurídica* 16, núm. 31 (2017): 70.

⁵ Mauricio García y Rodrigo Uprimny, *¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción*, Dejusticia, 2005, 3.

⁶ “En algunos países del mundo, el gobierno de crisis se ha transformado más en la regla que en la excepción” Karl Loewenstein, *Teoría de la constitución* (Barcelona: Ariel, 1976), 283.

no solo porque la fuerza destruye el derecho, sino también y sobre todo porque la declaratoria del estado de excepción es una estrategia de guerra controlada, y más que actuar como un instrumento para la paz, contribuye al detrimento de esta⁷.

Apelar al resquebrajamiento institucional, democráticamente concebido por el Estado para salir de los problemas sociales, implicaría un altísimo costo y sacrificio para los derechos y libertades humanas de los colombianos, además de constituir una solución quimérica.

Los constituyentes del año 1991, apelando las experiencias vividas bajo la Carta Política del año 1886 y tomando en cuenta la normalidad de gobernar el país bajo la anormalidad del estado de sitio, fueron sumamente cuidadosos de fijar límites y controles a los tres estados de excepción consagrados, a saber: guerra exterior, conmoción interior y emergencia económica, ecológica y social. Incluso la Honorable Corte Constitucional, creada bajo la Carta Política de 1991, ha fortalecido dichos controles por vía jurisprudencial con mayor severidad constitucional, como pasaremos a ver a continuación.

Los estados de excepción y la Constitución de 1991

La Constitución de 1991 rompe por completo con la tradición “normal”, tanto de excesos a violaciones de derechos y libertades individuales como del uso desmedido de la fuerza, cometidos por el Estado en vigencia de la Constitución de 1886, pues fue un modo constante de gobernar por parte del Ejecutivo durante gran parte del siglo XX, amparado por el estado de sitio. La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 fue sumamente cuidadosa a la hora de regular los estados de excepción, estableciendo límites y controles estrictos y de diferente naturaleza: (i) temporales, (ii) materiales, (iii) políticos y (iv) jurídicos, (v) entre otros⁸.

El estado de guerra exterior (Art. 212), el estado de conmoción interior (Art. 213) y el estado de emergencia por razones económicas, sociales, ecológicas o calamidad pública (Art. 215) son los estados de excepción que el Constituyente de 1991 aprobó para que quedaran consagrados en la Carta Política de 1991, estableciendo también límites comunes (Art. 214). A lo anterior se suma el haber promulgado el

⁷ Mary Luz Tobón, *Los estados de excepción: imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales* (Bogotá: Ibáñez, 2019), 428.

⁸ Clara María Mira, “Los estados de excepción en Colombia y aplicación del principio de proporcionalidad: un análisis de seis casos representativos”, *Opinión Jurídica* 15, núm. 29 (2016): 143.

legislador la Ley Estatutaria 137 de 1994, la cual reglamenta los estados de excepción en Colombia y restringe facultades al Presidente para desbordar el núcleo esencial del derecho fundamental que se va a limitar (Ley 137, 1994, art. 7).

A lo largo de su jurisprudencia, la Honorable Corte Constitucional ha fijado requisitos materiales y formales, amparada bajo el artículo 215 de la Carta Política de 1991 y la citada Ley Estatutaria 137. Como ejemplo se cuenta con las sentencias C 670 de 2015, C 145 de 2020 (Sentencia de constitucionalidad de la primera emergencia económica, ecológica y social declarada por el gobierno de Iván Duque Márquez durante la pandemia), C 307 de 2020 (Sentencia de constitucionalidad de la segunda emergencia económica, ecológica y social declarada por el gobierno de Iván Duque Márquez durante la pandemia) y, más recientemente, la Sentencia C 383 de 2023 (la cual declaró la inconstitucionalidad diferida del Decreto 1085 de 2023, que a su vez estableció el estado de emergencia social, económica y ecológica en el Departamento de la Guajira).

En cumplimiento de la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos y la Ley 134 de 1997, los decretos legislativos no podrán:

(d) suspender los derechos humanos o libertades fundamentales, ni limitar aquellos que no son susceptibles de limitación y deben cumplir con las reglas constitucionales e internacionales aplicables a las hipótesis de limitación legítima de derechos constitucionales; (e) no pueden interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público; y (f) no pueden suprimir ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento⁹.

La Carta Magna colombiana no sólo establece controles constitucionales en cabeza de la Corte Constitucional a los estados de excepción¹⁰, sino otros. Uno de carácter político a cargo del Congreso de la República¹¹ y dos jurisdiccionales, uno de constitucionalidad a cargo del Consejo de Estado¹² y otro de legalidad sobre los decretos y demás actos administrativos expedidos por las autoridades nacionales y territoriales¹³.

⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C 670 de 28 de octubre de 2015, Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas y Salvamento de Voto, M. P. Diana Fajardo Rivera.

¹⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-802 de 2002, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

¹¹ Colombia, Constitución Política, 1991, Art. 215.

¹² Colombia, Congreso de la República, Ley 1437 de 18 de enero de 2011, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial No. 47.956., Art. 135.

¹³ Ley 1437, Art. 136.

Fue entonces, al establecer la arquitectura institucional, que el Constituyente de 1991 diseñó límites y controles rigurosos al ejecutivo para decretar los estados de excepción, pues las experiencias amargas de violaciones a los derechos humanos, el uso de la fuerza estatal desbordada y desmedida, y el rampante quebrantamiento a la separación de poderes durante la vigencia de la Constitución de 1886, fraguaron un clima dentro de los constituyentes propicio para tal finalidad¹⁴. Pero las crisis ocasionadas por la COVID-19, en los años 2020-2022, y el estallido social durante el año 2021 pusieron a prueba el funcionamiento de las ramas del poder público en Colombia y la eficacia de los límites y controles antes mencionados.

El presidente de Colombia y la elusión constitucional en época de crisis

La elusión constitucional no es un actuar nuevo de nuestro Presidente. Manuel Quinche Ramírez, en su obra “La elusión constitucional: una política de evasión del control constitucional en Colombia”, identificó varios ejemplos del actuar elusivo del Ejecutivo en Colombia¹⁵. Este escrito plantea una nueva modalidad de elusión constitucional y es aquella que efectúa el Presidente en tiempos de crisis. Se tomó como ejemplo la pandemia de los años 2020, 2021 y 2022 y la gran movilización social del año 2021. En ambos casos, a pesar de que se limitaron derechos fundamentales y hubo una clara concentración del poder, se usaron competencias dadas por leyes y no constitucionales, como podrían haber sido la emergencia social, económica y ecológica y la conmoción interior que, como se dijo antes, son dos de los tres estados de excepción existentes en la Constitución de 1991, junto con la guerra exterior.

¹⁴ Algunos autores han criticado la eficacia del control político realizado por el Congreso de la República a los decretos legislativos expedidos por el gobierno nacional durante un estado de excepción. Es el caso de Orjuela Botero: “de lo anterior se desprende que el legislativo puede ejercer, a través de todas las actividades que desarrolla, control sobre el gobierno. Existen instrumentos, por supuesto, más idóneos para tal fin. Sin embargo, la realidad es que la afinidad ideológica y partidista entre las mayorías parlamentarias y el Presidente trae como consecuencia que este control, que podría ser total y eficiente, pase a ser inocuo y casi inexistente”. Nicolás Orjuela Botero, *Los estados de excepción en Colombia: una aproximación desde los mecanismos de control* (Cali: Universidad San Buenaventura, 2011), 120.

¹⁵ “El caso de los decretos reglamentarios es grave y paradigmático, pues allí ha desaparecido todo control real. De hecho, hoy se hace cualquier cosa con un decreto reglamentario. Se evita el control constitucional y se logra la realización de una competencia por parte del Consejo de Estado, donde el control es inexistente. Esto en atención a que la competencia para controlar los decretos reglamentarios fue asignada al Consejo de Estado (artículo 237.2 de la Constitución), aconteciendo que bajo el nombre de decreto reglamentario se expide un decreto de contenido legislativo, sin realizar control”. Manuel Quinche, *La elusión constitucional: una política de evasión del control de constitucionalidad en Colombia* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009), 38.

Figuras como la emergencia sanitaria y la asistencia militar tienen origen legal y no constitucional, pero le entregan tantos poderes al ejecutivo y sus límites y controles son tan débiles que preocupa que puedan volver a ser usadas para abusar del poder, como lo hizo el gobierno Duque Márquez durante estas dos crisis ocurridas en Colombia. A continuación, se hará una breve relación de lo ocurrido:

El primer caso de la COVID-19 se reportó en Colombia el día 6 de marzo de 2020. El día 10 del mismo mes, nuestro Ministerio de Salud y Protección Social profirió la Resolución 380 que ordenó la cuarentena obligatoria de todos los viajeros provenientes de China, Italia, Francia y España por un término de catorce días. El día 12 de marzo, el mismo Ministerio expide la Resolución 385 de 2020, que declaró el estado de emergencia sanitaria en todo el territorio nacional y dispuso medidas para enfrentar la pandemia¹⁶. Los días 12 y 16 de marzo de 2020, el Presidente expidió los decretos ordinarios 402 y 412, que cierran fronteras, primero con Venezuela y luego con el resto de nuestros vecinos, pero no el transporte aéreo desde y hacia otros países. El día 18 de marzo, Iván Duque Márquez expide el Decreto Ordinario 418, con la intención de enfatizar a los alcaldes y gobernadores que el Presidente de la República es la máxima autoridad frente al manejo de la pandemia de la COVID-19¹⁷. La emergencia sanitaria fue prorrogada entre marzo de 2020 y junio de 2022 a través de varios decretos y, como se dijo antes, no es un estado de excepción. Pero el gobierno nacional hizo uso de actos administrativos para limitar derechos y libertades fundamentales durante la pandemia.

Lo anterior, sin embargo, no significa que el gobierno no haya usado competencias de un estado de excepción. Con la expedición del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, y en los términos del artículo 215 de la Constitución Política de Colombia, el gobierno nacional declaró el estado de emergencia social, económica y ecológica en todo el territorio nacional, el cual tuvo una duración de treinta días. Mediante el Decreto 637 del 6 de mayo del mismo año, se declaró otro estado de emergencia social, económica y ecológica, por igual periodo de tiempo. Durante ambos

¹⁶ El estado de emergencia sanitaria no es un estado de excepción, sino una figura que se encuentra en el Artículo 69 de la ley 1753. Colombia, Congreso de la República, Ley 137 de 3 de junio de 1994, Por la cual se reglamentan los Estado de Excepción en Colombia, Diario Oficial No. 41.379.

¹⁷ “La dirección del manejo del orden público con el objeto de prevenir y controlar la propagación del COVID-19, en el territorio nacional y mitigar sus efectos, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19, estará en cabeza del presidente de la República”. Colombia, Presidencia de la República, Decreto 418 de 2020 de 18 de marzo de 2020, art. 1.

estados de emergencia constitucionales se expidieron ciento quince (115) decretos legislativos, la mayoría con contenido económico¹⁸.

El gobierno de Iván Duque Márquez, respaldado por dos estados de emergencia social, económica y ecológica, profirió muchos decretos legislativos que pusieron a prueba la capacidad de la Corte Constitucional de realizar control de constitucionalidad abstracto, automático, integral y posterior sobre las anteriores normas de estados de excepción. Hasta entonces, nunca la Corte había tenido que revisar tantas normas en tan poco tiempo.

Aunque sea indiscutible la gravedad de la pandemia, los instrumentos usados para enfrentarla sí lo son, pues no solo se limitaron derechos y libertades fundamentales, sino que incluso se suspendió el ejercicio de los mismos. Algunos ejemplos son: la libertad de circulación (Artículo 24 de la C. P.), la libertad de reunión y movilización social (Artículo 37 de la C. P.), libertad de culto (Artículo 19 de la C. P.) y todos los derechos mercantiles que se vieron afectados con el cierre de establecimientos públicos (Artículo 333 de la C. P.). Lo anterior afectó gravemente el contenido esencial de éstos y otros derechos fundamentales¹⁹.

En Colombia el gobierno nacional enfrentó la crisis de la COVID-19 con dos tipos de normas diferentes: (i) la emergencia sanitaria que estuvo vigente entre marzo de 2020 y junio del año 2022 (competencia legal, Artículo 69 de la Ley 1753 y artículos 14 y 199 de la Ley 1801), y (ii) dos estados de emergencia social, económica y ecológica, cada uno con una duración de treinta días (competencia constitucional, artículo 215 de la Constitución Política)²⁰. Con la primera, se limitaron derechos y libertades fundamentales que, según la Constitución, requerían de normas con fuerza de ley; con los segundos se abordaron especialmente temas económicos.

Tal y como ha dejado constancia Manuel Quinche Ramírez, la elusión constitucional del ejecutivo en Colombia ha sido una constante, lo que significa que nuestro Presidente ha encontrado formas de evadir el control de constitucionalidad “más eficaz”, siendo una de las más usadas la de regular algo por medio de un decreto ordinario

¹⁸ Los decretos legislativos revisados en su constitucionalidad por la Corte Constitucional pueden verse en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/micrositios/estado-de-emergencia/decretos.php>.

¹⁹ Carolina Blanco Alvarado, “El recordatorio a la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales atendiendo el escenario de la pandemia por el COVID 19, en el Estado Colombiano”, *Novum Jus* 15 núm. 1 (2021): 17-40.

²⁰ Se exceptúan los decretos legislativos con contenido económico que podrán estar vigentes hasta la siguiente vigencia fiscal que, para el caso que nos ocupa, fue el 31 de diciembre del año 2021.

que debería estar regulado por ley o incluso por reforma constitucional. Durante la pandemia, el gobierno nacional expidió normas materialmente extraordinarias, pero con forma ordinaria. Así, disfrazó lo que deberían ser decretos legislativos como si fueran ordinarios. Esto significa que se enfrentó la mayor crisis social y económica en la historia del país con normas concebidas para la normalidad, como lo son el Plan Nacional de Desarrollo (Ley 1753, Artículo 69) y el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana (Ley 1801, artículos 14 y 199). En épocas de crisis, incluso la de la COVID-19, no es aceptable que se menoscaben los derechos fundamentales y en cambio se debe fortalecer la inversión social y el fortalecimiento de los valores propios de la democracia²¹.

El Presidente evade el control de constitucionalidad “más eficaz”, pues los decretos legislativos tienen control automático e integral por parte de la Corte Constitucional; mientras que los actos administrativos del gobierno nacional, como la declaratoria de emergencia sanitaria y las demás normas dictadas por las autoridades de los órdenes nacional, departamental y municipal, tuvieron control de constitucionalidad o legalidad por vía de acción y posterior. La autoridad competente para decidirlo fue la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con el Consejo de Estado a la cabeza²².

El otro actuar elusivo de nuestro Presidente durante una gran crisis se puede encontrar en las movilizaciones del año 2021. A finales del mes de abril de ese año, cuando Colombia pasaba por la tercera ola de contagios, el número de muertes por el virus era el más alto hasta ese momento de la pandemia y el poder ejecutivo, con el visto bueno de algunas autoridades judiciales, prohibía el ejercicio del derecho fundamental a la protesta social con la excusa de que esta podría producir focos de contagio de COVID-19, miles de colombianos, especialmente, jóvenes se movilizaron en las calles, demostrando que era más la insatisfacción social con el gobierno de Iván Duque Márquez que el miedo al virus²³.

²¹ “Al respecto, es indispensable señalar que la proporción de tierra dedicada a la agricultura debe mantenerse y, en lo posible aumentarse. Este es un punto álgido históricamente para los procesos de paz, así como un elemento clave para la prosperidad y la seguridad humana de cualquier Estado. El gasto en educación y el fortalecimiento de la democracia deben continuar de la misma forma: como el fundamento cultural para la paz y el bienestar de la población a gran escala, que traerá un desempeño positivo del PIB per cápita, pese a la crisis mundial desatada por el covid-19”. Andrés Eduardo Fernández Osorio y Yerlyn Ximena Lizarazo-Ospina, “Crimen organizado y derechos humanos en Colombia: enfoques en el marco de la implementación del Acuerdo de Paz con las FARC-EP”, *Novum Jus* 16, núm. 2 (2022): 215-250.

²² David Mendieta y Mary Luz Tobón-Tobón, “La pequeña dictadura de la COVID-19 en Colombia: uso y abuso de normas ordinarias y excepcionales para enfrentar la pandemia”, *Opinión Jurídica* 19, núm. Spe.40 (2020): 243-258.

²³ Mendieta, “Protesta social”, 15.

El paro nacional, declarado entre los meses de mayo y junio, constituye la mayor movilización social en Colombia en lo que va del Siglo XXI. El gobierno nacional, las élites regionales y los medios de comunicación tradiciones, incapaces de leer la inconformidad de tantos colombianos, buscaron deslegitimar la movilización social con el argumento de que se trataba de vándalos apoyados por grupos guerrilleros o incluso por otros países²⁴.

Durante la movilización social del año 2021, el gobierno de Iván Duque Márquez hizo uso de una fuerza desproporcionada en contra de los manifestantes que reclamaban en contra de una reforma tributaria que gravaba artículos de la canasta familiar, el servicio de internet, entre otros; en medio de una de las peores crisis económicas vividas por los colombianos, como lo fue la pandemia de la COVID-19. La respuesta ante la movilización desconoció incluso sus propios protocolos, que establecían a las autoridades de policía como garantes de los derechos fundamentales en el marco de la movilización social²⁵.

De nuevo, el gobierno nacional hizo uso de una figura de carácter legal para enfrentar una crisis nacional y fue “la asistencia militar”, consagrada en el Artículo 170 de la Ley 1801 o Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana. Esta norma no es clara frente a cuáles son las facultades que se otorgan al Presidente, gobernadores y alcaldes, pues remite a “los protocolos y normas especializadas sobre la materia y en coordinación con el comandante de Policía de la jurisdicción”. Además, como se dijo antes, en el momento de mayor movilización social del presente siglo, el gobierno nacional desconoció sus propios protocolos. De lo anterior queda constancia en el informe que contiene las observaciones y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en visita hecha a Colombia en el mes de junio del año 2021, las cuales el gobierno nacional no solo desconoció, sino que incluso pretendió deslegitimar²⁶.

El día 28 de mayo del 2021, después de un mes de paro nacional, el gobierno de Iván Duque Márquez expidió el Decreto 575 de 2021 y declaró la asistencia militar en varios lugares del país; asimismo, les dio órdenes represivas a los mandatarios de los entes territoriales mencionados en el decreto, para que enfrentaran con el

²⁴ “Con este método se envían mensajes de miedo a la población para disuadir y desanimar a las organizaciones y los movimientos sociales en sus luchas”. Agustín Eugenio Martínez Elías, “El surgimiento del movice y la teoría contemporánea de los movimientos sociales”, *Novum Jus* 12, núm (2018): 131-161.

²⁵ Colombia, Presidencia de la República, Decreto 03 de 2021.

²⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe de las observaciones y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en visita hecha a Colombia en el mes de junio, 2021*.

uso de la fuerza pública a los manifestantes. Las imágenes de militares patrullando las calles de algunas ciudades de Colombia como Bogotá o Cali y las múltiples denuncias de homicidios, desapariciones y torturas, donde las víctimas fueron especialmente jóvenes²⁷, recordaron los excesos y abusos del estado de sitio antes vigente en la Constitución de 1886.

Las medidas tomadas por los gobiernos nacional y locales, entre ellas el uso desproporcionado de la fuerza, amparadas por la figura de la asistencia militar, menoscaban el ejercicio del derecho a la protesta social y en consecuencia la libertad, e incluso la dignidad humana. En este sentido, el profesor Manzo Ugas ha dicho:

en el fondo, el derecho a la protesta y su ejercicio son útiles para establecer el grado de mayor o menor libertad de una sociedad. Toda sociedad a la que no se le permita el disenso canalizará su inconformidad en la protesta²⁸.

Lo más preocupante de la figura de la asistencia militar es que ya fue declarada constitucional por nuestra Corte Constitucional mediante la Sentencia C 100 de 2022, pero de esta decisión se debe rescatar el Salvamento de Voto de la Magistrada Diana Fajardo Rivera, al manifestar que

la asistencia militar es hermana y heredera del estado de sitio. Pero este último es objeto de serias sospechas en el régimen constitucional, acompañadas de controles temporales, políticos y judiciales, mientras aquella trasegará, amenazando al régimen democrático, carente de controles eficaces, con la bendición del Legislador (en la Ley 1801 de 2016) y la Corte Constitucional (en la Sentencia C-100 de 2022).

Así las cosas, con la asistencia militar se retrocede en uno de los grandes avances de la Constitución Política de 1991 para la democracia colombiana. La voluntad inequívoca de concebir los estados de excepción como mecanismos extraordinarios, pero limitados y sujetos al control por parte del Derecho; en lugar de percibirlos como la paradójica suspensión del Derecho para la preservación del Derecho. La asistencia militar vuelve ahora como ese paréntesis, indeterminado e incontrolable, donde se confunden lo militar y lo cívico, que se pretendió erradicar del Pacto Constituyente de 1991.

²⁷ “El Estado colombiano está obligado por la Constitución Política y los tratados internacionales a defender y proteger a aquellos que están en situaciones de violencia o tortura, pero tras el análisis sobre la jurisprudencia se observa vacío; ello demuestra que por parte del Estado colombiano y las entidades que lo apoyan no existe una investigación a profundidad sobre la tortura de NNA”. Paula Andrea Sierra Zamora y Lina Vanessa Jiménez Barrera, “Genealogía de la tortura en Colombia: una mirada desde los derechos humanos”, *Novum Jus* 13, núm. 2 (2019): 131-142.

²⁸ Gustavo Adolfo Manzo Ugas, “Sobre el derecho a la protesta”, *Novum Jus* 12, núm. 1 (2018): 17-55.

Un problema constitucional de estas dimensiones no se soluciona, por supuesto, indicando que existen las normas constitucionales y los tratados de derechos humanos, y confiando su aplicación a aquellas instituciones que tienen en su poder el monopolio de la fuerza estatal, como lo proponen las conclusiones de la Sentencia C-100 de 2022, de la cual me aparto²⁹.

El hecho de que la autoridad competente para determinar la constitucionalidad de los actos administrativos —que limitaron derechos fundamentales durante la pandemia de los años 2020, 2021 y 2022 y las movilizaciones sociales del año 2021— sea la Jurisdicción Contencioso Administrativa y no la Corte Constitucional no es un asunto menor. Como se evidenció en esta investigación, tiene que ver con los límites y controles que en Colombia tienen los decretos legislativos, pues nuestra amarga experiencia con el estado de sitio nos llevó a imponerles exigentes y eficaces límites y controles. Pero esto no sucede con los actos administrativos que se expidan bajo una declaratoria de emergencia sanitaria o asistencia militar, pues estas normas requieren ser demandadas y, la Jurisdicción Contencioso Administrativa, puede demorarse muchos meses e incluso años en tomar una decisión acerca de su constitucionalidad o legalidad.

Colombia tuvo una triste experiencia con el estado de sitio existente en la Constitución de 1886. Por ello, el Constituyente de 1991 y el legislador han establecido exigentes límites y controles a la declaratoria de cualquiera de los tres estados de excepción existentes en el país y a los decretos legislativos que el gobierno nacional expida, amparado en esta declaratoria. Mientras tanto, nuestra Corte Constitucional se ha preocupado por conservar y garantizar dichos límites³⁰. Sin embargo, el gobierno nacional ha encontrado la forma de eludirlos. El uso de medidas ordinarias para enfrentar dos grandes crisis sociales y económicas, como lo fueron la pandemia de la COVID-19 y la movilización social del año 2021, pero que en la práctica son ejemplos de poderes desbordados y carentes de límites y controles eficaces, se terminó convirtiendo en un estado de excepción de facto, más peligroso que los estados de excepción constitucionales.

La emergencia sanitaria y la asistencia militar no tienen rango constitucional, sino legal, y sin embargo fueron usadas por el gobierno nacional para acrecentar su poder en un Estado ya de por sí híper-presidencial. Es evidente que los diferentes

²⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C 670 de 2015, Salvamento de voto de magistrada Diana Fajardo Rivera.

³⁰ Ver artículos 212, 213, 214 y 215 de la Constitución Política de Colombia.

gobiernos se han visto y se seguirán viendo tentados a hacer uso de poderes excepcionales para enfrentar crisis nacionales y globales causadas por factores como el terrorismo, la emergencia climática, desastres naturales y la pandemia; crisis cuyos efectos se han agravado por el modelo económico neoliberal³¹.

Mientras en muchos países tienen miedo de gobernantes con poderes excepcionales y amparados por estados de excepción, en Colombia, por competencias dadas por el legislativo y además declaradas constitucionales por nuestra Corte Constitucional, debemos temerle y estar alertas con la posibilidad de que nuestro Ejecutivo decida enfrentar situaciones de crisis con poderes ordinarios. Dos claros ejemplos fueron la pandemia de los años 2020, 2021 y 2022 y la movilización social del año 2021, que fueron sorteadas con la emergencia sanitaria y la asistencia militar, ambas figuras de rango legal, pero que en la práctica menoscabaron el contenido esencial de varios derechos y libertades fundamentales e incluso la dignidad humana de los colombianos. El ejecutivo colombiano encontró un mecanismo para acrecentar su poder sin tener que pasar por el control a cargo de la Corte Constitucional. Es necesario, entonces, restablecer la eficacia de los controles y evitar que el poder del Presidente de la República se desborde. De lo contrario, quien pelagra es el Estado constitucional de derecho³².

Conclusiones

El estado de sitio existente en la Constitución de 1886 marcó la historia de Colombia. Su falta de límites y controles efectivos facilitaron el abuso y desconocimiento de derechos humanos. Es por eso por lo que la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 fue tan meticulosa con el establecimiento de exigentes límites y controles para los decretos legislativos, expedidos durante uno de tres estados de excepción existentes en nuestro país. La Corte Constitucional se ha encargado de garantizar la supremacía de la Constitución y el respeto de los derechos humanos, especialmente los fundamentales. Ha estado comprometida con evitar el abuso de los derechos humanos, especialmente los fundamentales, bajo el amparo de poderes dados por un estado de excepción, aunque esta autoridad también fue quien declaró constitucional una figura tan cuestionable como la asistencia militar que coincide en algunos aspectos con el estado de sitio.

³¹ Giorgio Agamben, *Homo Sacer II. Estado de excepción*, traducido por Flavia Costa e Ivana Costa (Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2005).

³² David Mendieta y Mary Luz Tobón, "El (des)control de constitucionalidad en Colombia", *Estudios Constitucionales* 16, núm. 2 (2018): 278.

Mientras tanto, el Presidente ha encontrado formas de evadir el control de constitucionalidad en época de crisis. Una de ellas es acudir a decretos reglamentarios de leyes y otros actos administrativos para regular aspectos que deberían estar normados por leyes o, en su defecto, decretos con fuerza de ley. Lo anterior configura una elusión constitucional.

Como se dijo antes, frente a las crisis globales causadas por el terrorismo, la emergencia climática, la migración desbordada, las pandemias, entre otras; y también frente a crisis locales causadas por los desastres naturales, la guerra y grupos de delincuentes al margen de la ley; los gobiernos acuden de manera reiterativa a los estados de excepción, pero esto no puede volverse la regla general, y en esto la historia de Colombia tiene mucho que enseñar. Las medidas excepcionales se deben usar para enfrentar situaciones excepcionales, pero siempre con límites y controles eficaces. De lo contrario, la cura podría ser peor que la enfermedad.

Crisis como la pandemia de la COVID-19 de los años 2020, 2021 y 2022, y la movilización social del año 2021, provocaron en Colombia una falla institucional que evidenció la incapacidad de varios controles para ser eficaces durante el confinamiento y las protestas sociales. Amparado en la emergencia sanitaria y la asistencia militar, el gobierno nacional extralimitó sus poderes ordinarios y eludió los límites y controles inherentes a sus poderes excepcionales. Al establecer un estado de excepción de facto, hubo una fractura del Estado constitucional de derecho. Reparar el daño causado a nuestro sistema de frenos y contrapesos, y evitar que el Ejecutivo use competencias de rango legal como las abordadas en la presente investigación, será un reto que tendremos los colombianos para los años que están por venir.

Referencias

- Agamben, Giorgio. *Homo Sacer II. Estado de excepción*. Traducido por Flavia Costa e Ivana Costa. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2005.
- Blanco Alvarado, Carolina. “El recordatorio a la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales atendiendo el escenario de la pandemia por el COVID 19, en el Estado Colombiano”. *Novum Jus* 15, núm. 1 (2021): 17-40. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2021.15.1.2>
- Colombia, Congreso de la República. Ley 137 de 3 de junio de 1994. Por la cual se reglamentan los Estado de Excepción en Colombia. Diario Oficial No. 41.379. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0137_1994.html

- Colombia, Congreso de la República. Ley 1437 de 18 de enero de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial No. 47.956. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html
- Colombia, *Constitución Política*, 1991. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-802 de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-802-02.htm>
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C 670 de 28 de octubre de 2015. Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas y Salvamento de Voto, M. P. Diana Fajardo Rivera. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/C-100-22.htm>
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C 100 de 17 de marzo de 2022. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-670-15.htm>
- Colombia, Presidencia de la República. Decreto 03 de 2021.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Informe de las observaciones y recomendaciones de la en visita hecha a Colombia en el mes de junio*, 2021. https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ObservacionesVisita_cidh_Colombia_spA.pdf
- Fernández Osorio, Andrés Eduardo y Yerlin Ximena Lizarazo-Ospina. Crimen organizado y derechos humanos en Colombia: Enfoques en el marco de la implementación del acuerdo de paz con las Farc-EP. *Novum Jus* 16, núm. 2 (2022): 215-250. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2022.16.2.9>
- Foucault, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1995.
- García, Mauricio y Rodrigo Uprimny. *¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción*. Dejusticia, 2005. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_198.pdf
- Loewenstein, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1976.
- Manzo Ugas, Gustavo Adolfo. “Sobre el derecho a la protesta”. *Novum Jus* 12, núm. 1 (2018): 17-55. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2017.12.1.2>
- Martínez Elías, Agustín Eugenio. “El surgimiento del movice y la teoría contemporánea de los movimientos sociales”. *Novum Jus* 12, núm. 1 (2018): 131-161. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2017.12.1.6>
- Mendieta, David y Mary Luz Tobón. “El (des)control de constitucionalidad en Colombia”. *Estudios Constitucionales* 16, núm. 2 (2018): 51-88. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002018000200051>
- Mendieta, David y Tobón-Tobón, Mary Luz. “La pequeña dictadura de la COVID-19 en Colombia: uso y abuso de normas ordinarias y excepcionales para enfrentar la

- pandemia”. *Opinión Jurídica* 19, núm. spe. 40 (2020): 243-258. <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n40a12>
- Mendieta, David. “Protesta Social y Poder Judicial en Colombia”. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo* 27, núm. 2 (2021): 15.
- Mira, Clara María. “Los estados de excepción en Colombia y aplicación del principio de proporcionalidad: un análisis de seis casos representativos”. *Opinión Jurídica* 15, núm. 29 (2016): 141-163. <https://doi.org/10.22395/ojum.v15n29a7>
- Orjuela Botero, Nicolás. *Los estados de excepción en Colombia: una aproximación desde los mecanismos de control*. Cali: Universidad San Buenaventura, 2011.
- Quinche, Manuel. *La elusión constitucional: una política de evasión del control de constitucionalidad en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.
- Sierra Zamora, Paula Andrea y L. V. Jiménez Barrera. (2019). “Genealogía de la tortura en Colombia: una mirada desde los derechos humanos”. *Novum Jus* 13, núm. 2 (2019): 131-142. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2019.13.2.7>
- Tobón, Mary Luz. *Los estados de excepción: imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2019.
- Tobón, Mary Luz y David Mendieta. “Los estados de excepción en el régimen constitucional colombiano”. *Opinión Jurídica* 16, núm. 31 (2017): 67-88. <https://doi.org/10.22395/ojum.v16n31a3>
- Valderrama, Francisco y Malvin Ortiz. “Justicia transicional: Noción de la justicia en la transición colombiana”. *Opinión Jurídica* 16, núm. 32 (2018): 245-266. <https://doi.org/10.22395/ojum.v16n32a11>
- Valencia, Hernando. *Cartas de batalla: una crítica al constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Fondo Editorial Cerec, 1987.