

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CAQUETA

Magistrada Yanneth Reyes Villamizar

Florencia, veintitrés (23) de julio de dos mil veinte (2.020)

SALVAMENTO DE VOTO

RADICACIÓN : 18-001-23-33-000-2020-000189-00
MEDIO DE CONTROL : CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD
ACTO ADMINISTRATIVO : DECRETOS No. 043 DEL 27 DE ABRIL Y
045 DEL 29 DE ABRIL, DE 2020, DEL
MUNICIPIO DE MILAN.

Por medio del presente escrito me permito manifestar mi inconformidad con la decisión de la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Caquetá, de realizarle control inmediato de legalidad a un decreto que no cumple los lineamientos del artículo 20 de la ley 137 de 1996

I. EL ACTO ADMINISTRATIVO ESTUDIADO NO ES SUSCEPTIBLE DE CIL POR NO HABER SIDO EXPEDIDO NI FORMAL NI MATERIALMENTE EN DESARROLLO O EJERCICIO DE FACULTADES PROPIAS DE UN ESTADO DE EXCEPCION

En el presente caso debemos tener en cuenta lo siguiente:

1. La competencia de los Tribunales administrativos para ejercer el control inmediato de legalidad no está dada para conocer de cualquier tipo de acto administrativo emitido en vigencia del Estado de Excepción, sino únicamente de los que cumplan las características dadas en el numeral 14 del artículo 151 del CPACA, en el artículo 20 de la ley 137 de 1994, y en el artículo 136 del CPACA, es decir:
 - a. **Que sea de carácter general.** Este requisito se cumple en el presente caso
 - b. **Que sea emitido en ejercicio de la función administrativa.** También se satisface este requisito en este proceso.
 - c. **Que sea como desarrollo de los decretos legislativos emitidos por el gobierno en estado de excepción.** Este último requisito, que debe

ser concurrente con los dos anteriores, no se cumple en este proceso como se procederá a explicar a continuación.

2. El gobierno nacional mediante Decreto 417 de 2020 declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica por 30 días, en uso de las facultades previstas en el artículo 215 de la Constitución Política.
3. La naturaleza de los estados de excepción y su funcionalidad han sido desarrolladas por la doctrina constitucional, señalando como uno de sus principales fundamentos para su declaratoria, la insuficiencia de los mecanismos ordinarios para conjurar los hechos que generan la crisis, y la necesidad de crear un nuevo ordenamiento que se ajuste a esta realidad extraordinaria que se presenta sorpresivamente, quedando corto el ordenamiento jurídico existente y siendo necesario adecuarlo para solventar estas situaciones.

En sentencia C-802 de 2002 se señaló lo siguiente:

*“Con todo, en la vida de los Estados también hay lugar para las situaciones excepcionales, esto es, para aquellos estados de anormalidad que ponen en peligro la existencia del Estado, **la estabilidad institucional y la convivencia democrática, que no pueden enfrentarse con los instrumentos jurídicos ordinarios y que imponen la necesidad de una respuesta estatal diferente.** Distintos mecanismos han contemplado los Estados para afrontar tales situaciones excepcionales*

(...)

En este último modelo del derecho constitucional de excepción hay lugar a un rediseño transitorio del funcionamiento del Estado. Así, para superar las situaciones de anormalidad, el órgano encargado de la conservación del orden público asume facultades especiales que frecuentemente implican una restricción de las libertades públicas y un reparto de sacrificios sociales con el fin de atender prioritariamente las causas de la crisis y mantener vigentes los cimientos del régimen democrático. De ese modo, a los estados de excepción les es consustancial un incremento de las facultades del ejecutivo y, al tiempo, una restricción del espacio de ejercicio de los derechos.

De allí surge la necesidad de concebir un régimen que en procura de mantener la racionalidad del orden constituido no desconozca sus fundamentos y de configurar un sistema eficaz de controles que impida que el ejercicio de esas especiales potestades no degeneren en abuso. Allí radica precisamente uno de los retos de la civilidad del mundo de hoy y, fundamentalmente, de la legitimidad del Estado constitucional: Concebir un espacio del ordenamiento jurídico que si bien permita contrarrestar la alteración de la normalidad, no desquicie su funcionamiento como un sistema regulado, aún en situaciones

excepcionales, por el derecho y por su capacidad racionalizadora. Esto es, se trata de superar las crisis que sacuden al Estado constitucional acudiendo a medidas excepcionales que se apartan de la normalidad institucional pero que al mismo tiempo no abandonan los cimientos que lo fundamentan.

(...)

Éste fue el espacio en el que más énfasis hizo el constituyente de 1991. A diferencia del régimen anterior en el que no existían parámetros expresos que delimitaban el ejercicio de las excepcionales competencias conferidas al Presidente, **el régimen vigente establece una armónica secuencia de límites que, si bien mantienen la facultad de acudir al estado de conmoción interior cuando concurra el supuesto fáctico valorado y sometido a un juicio de suficiencia sobre los medios ordinarios de policía**, regulan detalladamente el ejercicio tanto de la facultad de declararlo como de las atribuciones que en razón de esa declaratoria asume el Presidente. Esos límites son los siguientes:

a) Requisitos formales

La Carta condiciona la declaratoria del estado de conmoción interior a cuatro presupuestos formales. En primer lugar, la expedición de un decreto que debe ser suscrito por el Presidente de la República y todos los Ministros. En segundo lugar, debe tratarse de un decreto motivado. En tercer lugar, debe indicarse si la declaratoria se hace en todo el territorio nacional o en una parte de él. Finalmente, la declaratoria del estado de excepción debe ser por un término no superior a 90 días.

b) Requisitos materiales

Como se indicó, la Carta exige que la declaratoria del estado de conmoción interior esté materialmente fundada. Y tal exigencia se satisface si 1) ocurren hechos que generen una alteración del orden público; 2) esa alteración del orden público es grave y atenta de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana; y 3) **esa grave alteración del orden público no puede ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía.**

De acuerdo con ello, la declaratoria del estado de conmoción interior es legítima si los hechos generadores son verificados, si de ellos se ha inferido razonablemente tanto la grave perturbación del orden público como la potencia lesiva exigida por el constituyente **y si es cierto que tal perturbación sólo puede conjurarse acudiendo a medidas extraordinarias.**

En sentencia C-386 de 2017 señaló, ya específicamente en temas de los requisitos de la declaratoria de estado de emergencia económica señaló:

*“Como requisitos de forma para la declaratoria de un Estado de Emergencia, se tiene que el decreto que la contenga debe: (i) llevar la firma del Presidente de la República y de todos sus ministros; (ii) incluir una motivación, que incluya una descripción pormenorizada de la ocurrencia de los hechos, así como de su gravedad e impacto en el orden económico, social y ecológico, **y de la insuficiencia de las facultades gubernamentales ordinarias y la necesidad de las medidas extraordinarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos**; (iii) señalar el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias así como, según se explicó en la Sentencia C-135 de 2009, del ámbito territorial en donde se va a aplicar; y (iv) incorporar una convocatoria al Congreso de la República, si es que éste no se hallare reunido, para que dentro los diez días siguientes al vencimiento término del estado de excepción, en un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, examine el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronuncie expresamente sobre su conveniencia y oportunidad.*

(...)

En su artículo 215 la Carta Política es clara en indicar que, desde el punto de vista fáctico o material, el Estado de Emergencia puede declararse “cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país”, es decir, hechos distintos a los que justifican los estados de guerra exterior y conmoción interior.

Por su parte, según se ha descrito en la línea jurisprudencial que se ha consolidado al respecto, la cual fue descrita especialmente en la Sentencia C-216 de 2011, al realizar el control material de una declaratoria de emergencia económica, social y ecológica por grave calamidad pública la Corte Constitucional debe verificar:

(a). Que se trata de una calamidad pública, la cual “se define como aquella situación catastrófica que se deriva de causas naturales o técnicas, y que produce una alteración grave e intempestiva de las condiciones sociales, económicas y ecológicas de una región o de todo el país, o, como aquella desgracia o infortunio que afecte intempestivamente a la sociedad o a un sector importante de ella y que perturbe o amenace perturbar de manera grave, inminente o intempestiva el orden económico, social o ecológico”. Pudiendo aquella situación catastrófica tener tanto una causa natural (como son sucede con los terremotos, sismos, avalanchas, desbordamientos de ríos, inundaciones, tsunamis o maremotos, incendios,

entre otros) o una causa técnica (como es el caso de los llamados “accidentes mayores tecnológicos”); (b). Que dicha eventualidad de carácter catastrófico no sea únicamente de carácter grave, “es decir, que tenga entidad propia de alcances e intensidad traumáticos, que logren conmocionar o trastocar el orden económico, social o ecológico”, sino que también debe ser “imprevista, es decir, diferente a lo que se produce regular y cotidianamente, esto es, sobreviniente a las situaciones que normalmente se presentan en el discurrir de la actividad de la sociedad, en sus diferentes manifestaciones y a las cuales debe dar respuesta el Estado mediante la utilización de sus competencias normales presupuesto que se relaciona con el juicio valorativo”; (c). Que la calamidad pública no debe ser generada por efectos de una guerra exterior o un estado de conmoción, que es a lo que se ha llamado “presupuesto de identidad”; y (d). **Que efectivamente las facultades ordinarias de que las dispone el Ejecutivo para adoptar las medidas de carácter económico, social y ecológico, destinadas a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos resulten insuficientes** y efectivamente desborden la capacidad de atención ordinaria del sistema nacional para prevención y atención de desastres, **que es aquello que específicamente se verifica mediante el denominado juicio de subsidiariedad.**”

4. En el presente caso, al entrar a estudiar el contenido material del decreto objeto de estudio, que se basa en un Decreto ordinario, emitido por el Presidente de la República, se observa y determina por varios aspectos la improcedencia del control por parte de la Sala:
 - a. El primero sería que **NO ESTÁ DESARROLLANDO UN DECRETO LEGISLATIVO**, sino que está desarrollando un decreto ordinario expedido por el Presidente y por algunos de sus ministros, en uso de facultades ordinarias.
 - b. Si se hiciera el estudio material del decreto ordinario en que se basa el acto administrativo analizado, necesario para poder determinar la competencia del Tribunal para estudiar la decisión del municipio; debe acudir, como bien lo analiza la decisión sobre la cual se salva voto, a un análisis material y no meramente formal, sobre si los aspectos que regula el decreto nacional hacen parte de los asuntos que necesariamente se deben adoptar mediante decreto legislativo, como se entrará a explicar a continuación
5. Si se analiza el Decreto nacional, en el cual se basa el Decreto estudiado, se observa que en parte alguna fue expedido en virtud o bajo el amparo del Decreto 417 de 2020, ya que su fundamentación está reseñada, correcta o incorrectamente (tema que no es materia de debate en este proceso porque no somos competentes para ello) sobre el ejercicio de facultades ordinarias existentes en la legislación nacional, y como ya se explicó anteriormente, es propio de los estados de excepción, la necesidad de crear o modificar el ordenamiento jurídico, porque el existente no es

suficiente; luego el estado de excepción es subsidiario, a él se recurre solo cuando la legislación ordinaria no es suficiente.

6. Analizando el Decreto ordinario Nacional, a efecto de determinar si materialmente está desarrollando un decreto propio de estado de excepción, y por ello el Decreto estudiado es susceptible de CIL, podemos apreciar lo siguiente:
 - a. Su nombre hace relación a que **se busca conjurar los efectos de la emergencia sanitaria, mas no de la emergencia económica, social y ecológica,** pues es denominado *“Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19 y el mantenimiento del orden público.”*
 - b. **La emergencia sanitaria** no fue declarada por el Gobierno Nacional mediante Decreto legislativo, sino que **fue declarada por el Ministerio de Salud, mediante Resolución 385 de 2020, el día 12 de marzo de 2020, es decir cinco días antes de que el gobierno nacional declarara el estado de excepción** en virtud a la emergencia económica, social y ecológica; luego mal podría pensarse que la emergencia sanitaria fue declarada en el marco de un estado de excepción y mucho menos podría argumentarse que las reglamentaciones de este estado sanitario, requieran que el ejecutivo tenga facultades excepcionales, **ya que se trata de una medida prevista en leyes ordinarias, con lo cual se incumpliría el requisito de subsidiaridad de los estados de excepción.**
 - c. El fundamento de la declaratoria del estado de emergencia sanitaria plasmado en la resolución 385, que es lo que está regulando el decreto nacional 457 de 2020 del Presidente y el Decreto municipal se basa 100% en el desarrollo de normas ordinarias, prueba de ello es que se declaró sin que existiera la declaratoria del estado de excepción.
 - d. Ahora bien, podría pensarse que para poder ejercer el control e implementación de las medidas que hagan efectiva la declaratoria de emergencia sanitaria se requiera que el ejecutivo cuente con facultades especiales propias del estado de excepción, por no contar en legislación vigente, una medida que se adecúe o le permita afrontar esta situación imprevista.

Este es un escenario posible, pero no es lo que ocurre en el presente caso, pues las decisiones tomadas por el Gobierno Nacional y el territorial, se tomaron basadas en facultades ordinarias aplicando leyes ordinarias, existentes y vigentes hace más de dos años; luego ni formalmente estamos ante el desarrollo de un decreto legislativo, porque no lo es (ni se denomina decreto legislativo, ni señala estar desarrollando el estado de excepción, ni lleva la firma de todos los ministros), ni materialmente está

desarrollando temas que requieran de la modificación del ordenamiento jurídico vigente, pues estas medidas se toman con base en leyes ordinarias.

e. Las normas en que basa el decreto Nacional son las siguientes:

Decreto Nacional
Artículo 2, 24, 44, 45, 46, 49, 95, numeral 14 artículo 189, 296, 303, 315 de la Constitución Política
Sentencia T-483 del 8 de julio de 1999 sobre que el derecho de locomoción no es absoluto
Sentencia C-366 de 1996, reiterada en la Sentencia C-813 de 2014 sobre los poderes de policía
Sentencia C-045 de 1996 sobre la primacía del orden público sobre algunos derechos fundamentales
Ley 136 1994, modificado por el artículo 29 de la 11 de 2012 señala que los ejercerán las funciones que les asignan la Constitución, la las ordenanzas, los acuerdos y las le fueren delegadas por el presidente la República o gobernador respectivo, y en relación con orden público deberán (i) conservar el orden público en municipio, conformidad con la ley y instrucciones del presidente de la República y del gobernador.
Artículos 1, 5, 6, 198, 199, 201, 205, la Ley 1801 16 son autoridades policía, entre otros, el presidente República, los gobernadores y los alcaldes distritales o municipales.
Ley Estatutaria 1751 de 2015 que regula el derecho fundamental a la salud.
Resolución 385 de 2020 expedida por el Ministerio de Salud
Circular 020. 16 de marzo de 2020 del Ministerio de Educación
Resolución 464 18 marzo de 2020 del Ministerio de Salud que adoptó el aislamiento obligatorio
Decretos Ordinarios Nacionales 418 ¹ y 420 ²

Así las cosas, se observa que las decisiones proferidas por el Gobierno Nacional al expedir el Decreto nacional y el Municipio al expedir el decreto materia de CIL, se basaron en normatividad existente en el ordenamiento jurídico, sin que haya sido necesario que el gobierno nacional modificara alguna de las disposiciones existentes o creara una figura nueva, como para pensar, que materialmente se están desarrollando o cumpliendo con los fines del estado de excepción.

¹ Este decreto, también ordinario nacional, tampoco utilizó dentro de su fundamentación el ser producto, aplicación o desarrollo del Decreto 417 de 2020 ya que fundamentó las decisiones allí tomadas casi en las mismas normas que se relacionaron como fundamento del Decreto de 2020.

² Ibidem

Es más, considero que los alcaldes, sin que el gobierno nacional hubiera emitido el Decreto nacional hubieran podido adoptar el aislamiento obligatorio en su territorio con fundamento único en la emergencia sanitaria declarada por la Resolución No. 385 del Ministerio de Salud, tan solo haciendo uso de las competencias que el Código Nacional de Policía les otorga extraordinariamente, pero dentro de una ley ordinaria, con base en su artículo 202 que señala:

“Artículo 202. Competencia extraordinaria de Policía de los gobernadores y los alcaldes, ante situaciones de emergencia y calamidad. *Ante situaciones extraordinarias que amenacen o afecten gravemente a la población y con el propósito de prevenir el **riesgo o mitigar los efectos de desastres, epidemias**, calamidades, situaciones de inseguridad y disminuir el impacto de sus posibles consecuencias, estas autoridades en su respectivo territorio, podrán ordenar las siguientes medidas, con el único fin de proteger y auxiliar a las personas y evitar perjuicios mayores:*

(...)

2. *Ordenar la clausura o desocupación de escuelas, colegios o instituciones educativas públicas o privadas, de cualquier nivel o modalidad educativa, garantizando la entidad territorial un lugar en el cual se pueden ubicar los niños, niñas y adolescentes y directivos docentes con el propósito de no afectar la prestación del servicio educativo.*

(...)

4. *Ordenar la suspensión de reuniones, aglomeraciones, actividades económicas, sociales, cívicas, religiosas o políticas, entre otras, sean estas públicas o privadas.*

5. *Ordenar medidas restrictivas de la movilidad de medios de transporte o personas, en la zona afectada o de influencia, incluidas las de tránsito por predios privados.*

6. *Decretar el toque de queda cuando las circunstancias así lo exijan.*

7. *Restringir o prohibir el expendio y consumo de bebidas alcohólicas.*

8. *Organizar el aprovisionamiento y distribución de alimentos, medicamentos y otros bienes, y la prestación de los servicios médicos, clínicos y hospitalarios.*

9. *Reorganizar la prestación de los servicios públicos*

(...)

12. *Las demás medidas que consideren necesarias para superar los efectos de la situación de emergencia, calamidad, situaciones extraordinarias de inseguridad y prevenir una situación aún más compleja.”*

De igual manera, las normas de aislamiento preventivo también existían desde hace más de 30 años en el ordenamiento jurídico colombiano con la ley 9 de 1979 que señala:

“ARTICULO 591. Para los efectos del Título VII de esta Ley son medidas preventivas sanitarias las siguientes:

a) El aislamiento o internación de personas para evitar la transmisión de enfermedades. Este aislamiento se hará con base en certificado médico expedido por la autoridad sanitaria y se prolongará sólo por el tiempo estrictamente necesario para que desaparezca el peligro de contagio;

(...)

ARTICULO 593. Las autoridades sanitarias competentes podrán:

b) Ordenar la suspensión de trabajos y de servicios cuando impliquen peligro sanitario para los individuos y la comunidad; c) Retener o poner en depósito objetos que constituyan riesgos sanitarios para las personas o la comunidad, y

d) Ordenar la desocupación o desalojo de establecimientos o viviendas cuando amenacen la salud de las personas”

Normas similares y que sirven de base, aunque no se mencionen, en la decisión de las medidas de aislamiento, se encuentran en el Decreto 780 de 2016 cuando señala:

“ARTÍCULO 2.8.8.1.4.3. Medidas sanitarias. Con el objeto de prevenir o controlar la ocurrencia de un evento o la existencia de una situación que atenten contra la salud individual o colectiva, se consideran las siguientes medidas sanitarias preventivas, de seguridad y de control:

a). Aislamiento o internación de personas y/o animales enfermos;

b). Cuarentena de personas y/o animales sanos;

(...)

*“PARÁGRAFO 1º. Sin perjuicio de las medidas antes señaladas **y en caso de epidemias o situaciones de emergencia sanitaria nacional o internacional, se podrán adoptar medidas de carácter urgente** y otras precauciones basadas en principios científicos recomendadas por expertos con el objetivo de limitar la diseminación de una enfermedad o un riesgo que se haya extendido ampliamente dentro de un grupo o comunidad en una zona determinada.*

PARÁGRAFO 2º. Las medidas de seguridad son de inmediata ejecución, tienen carácter preventivo y transitorio y se aplicarán sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar.

(..)

ARTÍCULO 2.8.8.1.4.5. Cuarentena de personas y/o animales sanos. Consiste en la restricción de las actividades de las personas y/o animales sanos que hayan estado expuestos, o que se consideran que tuvieron un alto riesgo de exposición durante el periodo de transmisibilidad o contagio a enfermedades transmisibles u otros riesgos, que puedan diseminarse o tener efectos en la salud de otras personas y/o animales no expuestas. La cuarentena podrá hacerse en forma selectiva y adaptarse a situaciones especiales según se requiera la segregación de un individuo o grupo susceptible o la limitación parcial de la libertad de movimiento, para lo cual se procederá en coordinación con las autoridades pertinentes y atendiendo las regulaciones especiales sobre la materia. Su duración será por un lapso que no exceda del periodo máximo de incubación de una enfermedad o hasta que se compruebe la desaparición del peligro de diseminación del riesgo observado, en forma tal que se evite el contacto efectivo con individuos que no hayan estado expuestos.

(...)

ARTÍCULO 2.8.8.1.4.9. Clausura temporal de establecimientos. Consiste en impedir, por razones de prevención o control epidemiológico y por un tiempo determinado, las tareas que se desarrollan en un establecimiento, cuando se considere que están causando un problema sanitario. La clausura podrá aplicarse sobre todo el establecimiento o sobre parte del mismo.”

Es así que el sistema jurídico colombiano tenía y tiene un sinnúmero de leyes ordinarias que le permiten a los Alcaldes y el Presidente afrontar las situaciones de emergencia sanitaria sin tener que recurrir a estados de excepción, razón por la cual el Decreto nacional fue expedido con la naturaleza de ordinario, pues los legislativos son los que desarrollan el estado de excepción como forma de adecuar, modificar o adicionar normas al régimen jurídico vigente, dada la insuficiencia de regulación ordinaria que le permita solventar las situaciones imprevistas que generaron el estado de excepción; y por tanto el control inmediato de legalidad del Decreto municipal resultaba improcedente en este caso por estar desarrollando un decreto que, formal y materialmente, es de naturaleza ordinaria y no legislativa.

II. LA CORTE CONSTITUCIONAL HA SEÑALADO QUE LOS DECRETOS DE AISLAMIENTO PREVENTIVO SON SUSCEPTIBLES DE CONTROL MEDIANTE ACCIÓN DE SIMPLE NULIDAD

Cabe anotar que el análisis sobre la naturaleza ordinaria de los decretos de aislamiento preventivo, no es una apreciación subjetiva de la suscrita, sino que la misma Corte Constitucional en Sentencia C-145 de 20 de mayo de 2020. Siendo ponente el Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas señaló

*“[...] 129. **Sobre el conocimiento de los decretos de aislamiento preventivo obligatorio** (457, 531, 536, **593** y 636 de 2020), **basta con señalar que** en esta oportunidad se revisa el Decreto 417 de 2020 que declaró el estado de emergencia económica y social por grave calamidad sanitaria, en virtud de lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 241 de la Constitución. De igual modo, entiende esta Corporación que **tales decretos vienen siendo objeto de control por la ACCIÓN DE NULIDAD ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mecanismo que en principio se ha dispuesto por el ordenamiento constitucional y legal para su control (art. 237.2 superior)**. Además, se prevé **el control inmediato de legalidad** ejercido por la autoridad de lo contencioso administrativo respecto de las medidas dictadas en ejercicio de la función administrativa **y como DESARROLLO DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS durante los estados de excepción** (art. 20, Ley 137 de 1994).*

III. EL CONSEJO DE ESTADO YA SEÑALÓ QUE LOS DECRETOS NACIONALES QUE DISPUSIERON EL AISLAMIENTO PREVENTIVO SON DE NATURALEZA ORDINARIA Y POR TANTO NO ESTAN SOMETIDOS A CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

Además de lo anterior, no se puede dejar de lado, que como ya se dijo, el decreto revisado fue expedido basado en un 100% en el Decreto 457 de 2020, decreto que es de naturaleza ordinaria, razón por la cual los emitidos en virtud de él tienen la misma naturaleza y no son susceptibles de CIL, sobre el tema señaló el Consejo de Estado, al declarar improcedente este tipo de control en el caso de los decretos nacionales que dispusieron el aislamiento preventivo:

“3. Al expedir el Decreto n.º. 457 de 2020 el Gobierno Nacional invocó las facultades ordinarias previstas en los artículos 189.4, 303, 315 CN y 199 de la Ley 1801 de 2016. En cuanto a sus formalidades, el decreto también tiene carácter ordinario, pues está firmado por el Presidente de la República y los ministros de los sectores de la Administración a los que incuben las medidas adoptadas. De modo que, por el órgano, las

facultades en que se sustenta y la forma, el decreto tiene carácter ordinario.

El Consejo de Estado ha reconocido el carácter ordinario del Decreto n°. 457 de 2020 de manera reiterada³. A su vez, la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del Decreto n°. 417 del 17 de marzo de 2020, por medio del cual se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica, advirtió que el control de los decretos de aislamiento preventivo obligatorio corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través del medio de control de simple nulidad⁴.

4. Aunque en un Estado de derecho ningún acto de la Administración puede quedar excluido del control judicial, la inédita situación originada por la pandemia no faculta a los jueces a ejercer competencias oficiosas que no han sido otorgadas por la Constitución ni la ley. No es admisible que, so pretexto de la “tutela judicial efectiva”, los jueces pretendan controlar de oficio posibles excesos de la Administración en estados de anormalidad, sin tener competencia para ello.

La “tutela judicial efectiva” es un postulado que está atado a los recursos judiciales previstos por las normas adjetivas y, por ende, su existencia y alcance no es autónomo, ni se sobrepone a los preceptos procesales. Esta institución justamente no tiene aplicación directa, sino que requiere desarrollo legal, que la mayoría de las veces se encuentra en los códigos procesales. De allí que un correcto entendimiento de la “tutela judicial efectiva” no puede justificar el desbordamiento de las competencias que las normas procesales atribuyen a los jueces.

Es importante destacar que el 7 de mayo de 2020, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdo n°. PCSJA-11549, levantó la suspensión de términos en relación con los medios de control de nulidad por inconstitucionalidad y de simple nulidad de los actos administrativos dictados con ocasión de la declaratoria de la emergencia sanitaria por el COVID-19 (art. 5.3). De modo que cualquier persona puede acudir a esos medios de control, si estima que un acto administrativo dictado con ocasión de la emergencia sanitaria trasgrede el ordenamiento.

5. Aunque el Consejo de Estado tiene competencia para fiscalizar el Decreto n°. 457 de 2020 vía una demanda de cualquier persona, este acto no es susceptible del control inmediato de legalidad, porque no se expidió como una medida de carácter general, en cumplimiento de la función administrativa y como desarrollo de un decreto legislativo. Como se trata de un decreto ordinario, frente al que procede el medio de control de simple

³ Cfr. Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión n°. 26, auto del 15 de abril de 2020, Rad. n°. 11001-03-15-000-2020-01062-00 [fundamento jurídico 4]; Sala Especial de Decisión n°. 8, auto del 24 de abril de 2020, Rad. n°. 11001-03-15-000-2020-00973-00 [fundamento jurídico 3.3]; Sala Especial de Decisión n°. 16, auto del 28 de abril de 2020, Rad. n°. 11001-03-15-000-2020-01287-00 [fundamento jurídico 2.3] y Sala Especial de Decisión n°. 18, auto del 9 de junio de 2020, Rad. n°. 11001-03-15-000-2020-02297-00 [fundamento jurídico 1.2.1].

⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-145 del 20 de mayo de 2020 [fundamento jurídico 129].

nulidad, de conformidad con el artículo 137 del CPACA, cualquier persona puede cuestionar su legalidad.

En efecto, el artículo 137 CPACA dispone que el medio de control de nulidad está establecido para la defensa objetiva del ordenamiento. A través de esta acción cualquier persona puede solicitar por sí, o por medio de representante, que se anule un acto administrativo, si infringe las normas en que debía fundarse. También, procede cuando el acto lo haya expedido un funcionario u organismo incompetente, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió.

Aún más, a diferencia de lo que sucede con el control inmediato de legalidad, cuyo trámite no prevé la solicitud de medidas cautelares (art. 185 del CPACA), quien acuda al medio de control de simple nulidad está facultado para pedir, en cualquier estado del proceso, esas medidas, de acuerdo con los artículos 229 y siguientes del CPACA.

6. Solo el legislador, si así lo estima conveniente -por ejemplo en una reforma al CPACA-, podría atribuir a la jurisdicción una nueva modalidad de control automático respecto de los actos administrativos de carácter general dictados durante un estado de emergencia sanitaria. En democracia, como la soberanía solo reside en la ley, el juez no puede -so pretexto de la defensa de los derechos- asumir competencias que el pueblo -a través de la ley- no le ha dado. El juez no está exceptuado del cumplimiento de la ley, por el contrario, debe dar ejemplo de obediencia a sus mandatos inexorables.

*7. Como el Decreto n°. 457 de 2020 constituye un acto de carácter general, dictado en ejercicio de función administrativa, no fue expedido en desarrollo de un decreto legislativo, no procede el control inmediato de legalidad prescrito en el artículo 20 de la ley 137 de 1994.*⁵

En igual sentido al referirse al Decreto 593 de 2020 donde se prorrogó el aislamiento ordenado por el gobierno nacional señaló el Consejo de Estado:

“3. En el caso concreto, la Sala Unitaria considera que el Decreto 593 del

⁵ . **CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SALA ESPECIAL DE DECISIÓN n°. 26. Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE.** Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020). **Radicado número: 11001-03-15-000-2020-02611-00. Autoridad: NACIÓN-MINISTERIO DEL INTERIOR. Asunto: CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD. DECRETO DE AISLAMIENTO OBLIGATORIO PREVENTIVO POR COVID-19-Carácter ordinario. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-EI Consejo de Estado solo conoce de los actos administrativos de las autoridades nacionales proferidos en desarrollo de decretos legislativos. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA-Institución que requiere desarrollo legal, la mayoría de las veces a través de los códigos procesales. DECRETO 457/20-Como no desarrolla un decreto legislativo no está sujeto al control inmediato de legalidad, pero sí es susceptible de la acción de nulidad. MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD-Procede para que cualquier persona defienda el ordenamiento jurídico presuntamente trasgredido por un acto administrativo. MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD-En su trámite procede la solicitud de medidas cautelares. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD VINCULA A LOS JUECES-Los jueces no pueden ejercer competencias que no tienen.**

24 de abril de 2020 (que la secretaria general “aprehendió” de oficio) no es susceptible del control inmediato de legalidad que corresponde ejercer a esta Corporación frente a los actos expedidos en los estados de excepción.

En efecto, el Decreto 593 estableció el llamado “aislamiento preventivo obligatorio”, en el marco de la emergencia social, económica y ecológica por la Covid-19. Esa norma fue proferida por el señor presidente de la República, en uso de la facultad del artículo 189-4 de la CP, esto es, la potestad ordinaria de conservar el orden público, en este caso, para asegurar la sanidad y seguridad públicas.

A juicio de la Sala Unitaria, formal y materialmente el Decreto 593 **es un decreto ordinario, cuyo control judicial puede promoverse, a solicitud de parte, a través de las acciones de nulidad simple y de nulidad por inconstitucionalidad, que no por la vía del control inmediato y oficioso de legalidad.**

Veamos: El aislamiento preventivo se profirió en ejercicio del poder de policía, que corresponde a la potestad normativa de limitar o restringir el ejercicio de derechos o libertades públicas, mediante la expedición de leyes y normas de contenido general que aseguren el orden público.

Por regla general, el poder de policía radica en el Congreso, por medio de la expedición de leyes, y, por excepción, es ejercido por el presidente de la República (artículos 189-4 y 296 de la CP) y las asambleas departamentales y concejos (artículos 300-8 y 313-8 de la CP), que ejercen un poder restringido de policía.

Al tiempo, **la ejecución de normas derivadas del poder de policía, a cargo de las autoridades administrativas, está asociada al concepto de función de policía, cuyo ejercicio corresponde a los gobernadores o a los alcaldes, según sea el caso, para garantizar la tranquilidad, moralidad, seguridad y salubridad públicas (artículos 303 y 315-2 de la CP)**⁴. La función de policía, además, comprende la expedición de actos administrativos, que son necesarios para materializar el poder de policía a un caso particular y concreto: permisos, licencias, sanciones, autorizaciones, entre otros.

Aplicados esos criterios, el despacho considera que el Decreto 593 no es pasible del control inmediato de legalidad, ya que se trata de un reglamento ordinario, expedido con fundamento en el artículo 189-4 de la CP. Asimismo, se invocaron los artículos 303 y 315 ib. y 199 de la Ley 1801 de 2016⁶

Para la Sala Unitaria, no por tratarse de una norma para atender la pandemia, ni por restringir la libre locomoción el Decreto 593 puede

⁶ . 5 Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana.

considerarse como desarrollo de alguno de los decretos legislativos expedido en el ámbito de la emergencia social. Se insiste, el poder de policía del presidente de la República incluye la posibilidad de limitar o de restringir el ejercicio de derechos o libertades públicas.

*Empero, esa limitación de derechos no implica que cambie la naturaleza del acto para que pueda catalogarse como un decreto con fuerza de ley o como un acto que desarrolle las normas del estado de excepción. **Es más, tampoco son enjuiciables, mediante el control inmediato de legalidad, los actos que se expiden para desarrollar, reglamentar, ejecutar o cumplir los decretos que profiere el presidente de la República**, en ejercicio del poder de policía, como es el caso del Decreto 593. Se impone, entonces, no avocar el control inmediato de legalidad del Decreto 593 de 2020.”⁷*

Así mismo al referirse al Decreto 636 de 2020 señaló⁸:

“En estos términos, el Decreto núm. 636 de 6 de mayo de 2020 no tiene ni el carácter de decreto legislativo ni tampoco desarrolla ninguno de los que se dictaron por el Gobierno, con ocasión de la declaratoria de emergencia para conjurar las crisis producto de la grave calamidad pública de origen sanitario y epidemiológico, pues, se insiste, el Presidente de la República lo expidió en ejercicio de las facultades conferidas en el numeral 4 del artículo 189 Constitucional.

*Lo precedente pone de manifiesto que no concurre el tercero de los presupuestos necesarios para dar trámite a este medio de control, en tanto que el Decreto núm. 636 de 6 de mayo de 2020, a pesar de tener el carácter general y ser expedido en ejercicio de las funciones administrativas asignadas al Presidente de la República, no desarrolla un **decreto legislativo** expedido en virtud de las declaratoria de emergencia contenida en el Decreto núm. 417 y la que se hizo el 6 de mayo de 2020, bajo el Decreto 637 de 2020”*

⁷ . CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SALA ESPECIAL DE DECISIÓN Nro. 3 CONSEJERO PONENTE: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ Bogotá, 24 de junio de 2020 Control inmediato de legalidad Radicación: 11001031500020200261600 Acto: Decreto 593 del 24 de abril de 2020, proferido por el señor presidente de la República Asunto: No avoca conocimiento

⁸ . CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SALA 8 ESPECIAL DE DECISIÓN. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020). Referencia: MEDIO DE CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD. número único de radicación: 11001-03-15-000-2020-02615-00. Actor: GOBIERNO NACIONAL. Asunto: No avoca el conocimiento del control inmediato de legalidad contra el Decreto núm. 636 de 6 de mayo de 2020

IV. LAS NORMAS QUE ORDENAN EL AISLAMIENTO OBLIGATORIO EXISTEN ANTES DE LA DECLARATORIA DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y PERSISTEN Y SE HAN EXPEDIDO INCLUSO LUEGO DE QUE HAYA VENCIDO LA VIGENCIA DEL MISMO, ES DECIR CON POSTERIORIDAD AL 17 DE ABRIL

Otro de los argumentos en que baso mi salvamento de voto, sobre la improcedencia de ejercer CIL frente al Decreto municipal, tiene que ver con el análisis que este despacho realiza sobre la existencia de normas de aislamiento o que limitan el derecho a la movilidad y que fueron expedidas sin que se hubiera declarado el estado de excepción por emergencia económica, social y ecológica, o que fueron expedidas con posterioridad a que venciera el periodo de vigencia del mismo, pues están amparadas en el Estado de **emergencia sanitaria declarada por el Ministro de Salud**.

Veamos:

- a. Las medidas de aislamiento obligatorio ya venían siendo implementadas desde el 10 de marzo de 2020, incluso antes de que se declarara el estado de emergencia sanitaria (marzo 10) o el estado de emergencia social, económica y social (marzo 17 de 2020), pues la primera autoridad en emitir ordenes de aislamiento obligatorio fue el Ministerio de Salud mediante el artículo 3 la Resolución No 380 del 10 de marzo de 2020

Artículo 3. Ejecución de las medidas de aislamiento e internación. Tanto los viajeros nacionales como los extranjeros visitantes, provenientes de los países a que refiere el artículo 1º del presente acto administrativo, cumplirán las medidas de aislamiento e internación en su residencia o en un hospedaje transitorio cubierto por su propia cuenta, en la primera ciudad de desembarque, debiendo informar el lugar en el que dará cumplimiento a las medidas aquí previstas, tanto a migración Colombia como a la secretaría de salud respectiva, o la dependencia que haga sus veces,.

- b. Antes de que el gobierno nacional hubiera implementado el aislamiento preventivo y obligatorio, mediante el Decreto de 2020 y el Decreto 457 de 2020, ya el Ministerio de Salud había tomado esta medida respecto a los adultos mayores de 70 años, mediante Resolución No. 470 del 20 **de marzo de 2020**, decisión que se hizo basado en normas ordinarias.

Artículo 1. Ordénese la medida sanitaria obligatoria de aislamiento y cuarentena preventivo, para las personas adultas mayores residentes en centros de larga estancia, a partir del veintiuno (21) de marzo de 2020 a las siete de la mañana (7:00 a.m.) hasta el treinta (30) de mayo de 2020 a las once y cincuenta y nueve de la noche (11:59 pm). En consecuencia, se suspende el ingreso de personas diferentes al personal prestador de los servicios y de apoyo del centro, restricción que incluye a quienes prestan servicios docente – asistenciales.

- c. Ahora bien, el Decreto 417 de 2020 que dispuso el estado de excepción por emergencia económica, social y ecológica, tuvo vigencia del 17 de marzo de 2020 y hasta el 17 de abril de 2020, y pese a ello, sin existir estado de excepción, el Gobierno Nacional, el día 28 de abril expidió el decreto 593 de 2020, casi en los mismos términos que el decreto y 457

de 2020, el cual sirvió de base para expedir el Decreto por parte del Municipio.

Lo único que varió en estos dos decretos fue la fecha de su vigencia y algunas modificaciones respecto a las excepciones del aislamiento preventivo, y esto demuestra que para tomar este tipo de medidas no se requiere que exista estado de excepción, pues como ya se explicó están basados en normas ordinarias, lo cual tiene como necesaria conclusión, que esta Sala no puede ejercer control inmediato de legalidad sobre las decisiones materia de estudio en este proceso, pues resulta improcedente.

Es más a la fecha, habiéndose terminado el último estado de excepción el día 6 de junio de 2020, continuamos en aislamiento, lo cual demuestra, una vez mas que no se trata de una medida tomada en virtud a ellos, pues las normas en que se basan existían antes de su declaratoria.

V. SE ESTÁ EXIGIENDO UNA COORDINACION PREVIA CON EL MINISTERIO DEL INTERIOR, QUE NO ES NECESARIA EN EL CASO EN QUE SE ORDENA ACOGER UN DECRETO NACIONAL

Ahora bien, siendo claro para la suscrita que el Decreto municipal no puede ser objeto de control inmediato de legalidad, no puedo pasar por alto otro aspecto con el que no estoy de acuerdo respecto a la decisión de la Sala Plena y tiene que ver, con que si en gracia de discusión, y solo para efectos de poder analizar este aspecto del salvamento de voto, se llegase a pensar que el Decreto era susceptible de control inmediato de legalidad, tampoco es de recibo que se haya anulado la totalidad del mismo basado en la obligación que se impuso en el decreto 418 de 2020 de someter a consideración del Ministerio del Interior todo su contenido, por lo siguiente:

- a. El artículo 2 del Decreto 418 de 2020 señala lo siguiente:

*“**ARTÍCULO 2.** Aplicación de las instrucciones en materia de orden público del presidente de la República. Las instrucciones, actos y órdenes del Presidente de la República en materia de orden público, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19, se aplicarán de manera inmediata y preferente sobre las disposiciones de gobernadores y alcaldes. Las instrucciones, los actos y órdenes de los gobernadores se aplicarán de igual manera y con los mismos efectos en relación con los de los alcaldes.*

***PARÁGRAFO 1:** Las disposiciones que para el manejo del orden público expidan las autoridades departamentales, distritales y municipales, deberán ser previamente coordinadas y estar en concordancia con las instrucciones dadas por el presidente de la República.*

PARÁGRAFO 2: *Las instrucciones, actos y órdenes emitidas por gobernadores, alcaldes distritales y municipales, deberán ser coordinados previamente con la fuerza pública en la respectiva jurisdicción.”*

- b. Algunos artículos del Decreto municipal, son, salvo algunas palabras que se le agregaron para ensamblar su redacción, una transcripción literal de las disposiciones contenidas en el Decreto nacional, y por tanto, sobre éstas, que el mismo Decreto 418 de 2020 señalaba que eran obligatorias y de aplicación inmediata por parte del Alcalde, es obvio que no se requería pedir autorización para adoptarlas, y no se puede declarar nula una disposición basada en la transcripción literal de un decreto de carácter nacional, sobre el cual nos está vedado ejercer cualquier tipo de control, pues excede la competencia de este Tribunal.

Muchos de los artículos nulitados por este tribunal, lo único que hicieron fue adoptar textualmente el decreto nacional del aislamiento en los mismos términos, luego la consulta o coordinación para ello, se tornaba inocua, y exigirla constituye un exceso ritual manifiesto.

No tiene ningún sentido que se le hubiera impuesto al Municipio el deber de consultar con el Ministerio si podía adoptar casi textualmente dichas medidas, que fueron impuestas por el propio Presidente de la República y de las cuales no se podía apartar; pues tal imposición no se acompasa con la realidad histórica (o realizar una interpretación histórica de la norma) que motivó que el Gobierno Nacional emitiera el Decreto 418 de 2020, y que no es otra, que la facultad que se habían tomado los alcaldes y gobernadores, de emitir ordenes restrictivas de la movilidad, sin que estas obedecieran a un criterio del nivel central.

El Decreto 418 de 2020 se emitió con el único fin de que ningún mandatario territorial tomara decisiones que excedieran o contrarioran los lineamientos que el Presidente de la República, como director del orden público, expidiera, pues mientras el gobierno central anunciaba públicamente que se podía circular libremente por las vías del país, que se podía prestar servicio intermunicipal, etc, los gobernadores y alcaldes del país tomaron la decisión de cerrar fronteras internas e impedir la movilidad entre diversos municipios o entre varios departamentos, sin que esto fuera el querer o la orientación de la Presidencia.

Es así que no se requería para la formación del contenido del decreto donde se adoptó el nacional expedido por el gobierno nacional, que se consultara con el Ministerio su contenido, pues no existía la menor posibilidad de que se le fuera a decir que no se podía adoptar la totalidad de las disposiciones del Decreto Nacional, luego es inane tal formalidad, que solo es eso, una formalidad, que en este caso específico, no reviste un requerimiento o satisfacción de derecho sustancial alguno.

Los requisitos que se imponen para la creación de un acto, no justifican su existencia únicamente porque la ley los prevé, sino que obedecen a una necesidad, a cumplir un fin específico, y no solamente para cumplir una formalidad

que no conduce a nada, como en el presente caso, respecto de los numerales antes relacionados.

Se pregunta este despacho

- ¿es lógico exigirle al Municipio que consultara con el ministerio si podía adoptar textualmente los lineamientos del decreto nacional?
- ¿cumplía algún fin esta consulta?
- o ¿no será que el espíritu de la norma, analizándola desde una perspectiva histórica, lo que buscaba era que, se consultara con el Gobierno, las decisiones que autónomamente tomaran los mandatarios locales y que excedieran o contradijeran lo que se reglamentara mediante decretos?

En criterio de la suscrita, lo único que requería de consulta previa con el gobierno central, según lo dispuso el artículo 3 del Decreto 418 de 2020, eran los demás artículos que excedían los lineamientos del decreto nacional como en el caso del toque de queda, el pico y cédula, el que estableció normas sobre movilidad vehicular, restricciones al comercio, etc, y por ello para adoptarlas sí se debía coordinar, a efecto de que se pudiera establecer por el nivel central, que dichas medidas se acompasan con los lineamientos del Presidente de la República.

VI. SE ESTÁ DESCONOCIENDO EL DEBER DE INTERPRETACION UTIL DE LAS NORMAS

En el presente caso, pudiendo haberse realizado una interpretación armónica de las normas, analizando la realidad histórica en que se estableció el requisito que motivó la anulación de todo el decreto, y su necesidad y funcionabilidad en este caso, o analizando sistemática y armónicamente el Decreto 418 de 2020 que señala la obligatoriedad de las normas del nivel central sobre las del nivel territorial, lo cual permitía salvaguardar la vida jurídica de la norma anulada, no se hizo; y pudiendo haberse realizado un análisis sobre el fin con que él mismo se estableció tal requisito, se prefirió aplicar a rajatabla el mismo, sin tener en cuenta el deber que se tiene de aplicar un criterio de interpretación de efecto útil en los términos que lo ha señalado la Corte Constitucional⁹ recogiendo los lineamientos del propio Consejo de Estado:

“Esta interpretación, indica, está guiada por el llamado principio “del efecto útil de las normas” según el cual debe considerarse, de entre varias interpretaciones de una disposición normativa, aquella que permita consecuencias jurídicas sobre la que no las prevea, o sobre la que prevea consecuencias superfluas o innecesarias.

⁹ . Sentencia C-569/04

(...)

Así, luego de describir ciertos principios hermenéuticos, como el del efecto útil, y el de la interpretación sistemática, razonable y conforme a la Constitución, el Consejo de Estado entra a interpretar el alcance del artículo 46 de la ley 472 de 1998, en los siguientes términos:

“Dos aspectos de la norma parecen fundamentales para la comprensión del contenido de la acción. En ella se exige, en primer lugar, que quienes la formulan reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó para ellos perjuicios individuales. En segundo lugar, que tales condiciones uniformes existan, igualmente, respecto de los elementos que configuran la responsabilidad.

Por el principio del efecto útil, según se ha visto, el texto de una norma debe ser interpretado de manera que todo cuanto ella prescribe produzca consecuencias jurídicas. En consecuencia, no puede el intérprete dar idéntico significado a dos expresiones contenidas en una misma norma, pues una de ellas resultaría superflua e innecesaria. “

En igual sentido este criterio ha sido reiterado por el Consejo de Estado¹⁰

“Este entendimiento obedece al principio de interpretación de las normas jurídicas según el cual a partir del llamado “efecto útil” de ellas, entre dos posibles sentidos de un precepto, uno de los cuales produce efectos jurídicos y el otro a nada conduce, debe preferirse el primero.”

En este caso debió preferirse una interpretación que le permitiera al Decreto municipal permanecer en el ordenamiento jurídico, aunque fuera solo respecto a los numerales que fueron transcripción literal del Decreto nacional, dada la gravedad que reviste para la salud pública que el Municipio se quede sin dicha normatividad, creada e implementada para salvaguardar la integridad de todos sus habitantes.

VII. EN EL PRESENTE CASO NO ACUDIRSE A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA SOBRE ACTOS ADMINISTRATIVOS NO EXPEDIDOS CON FUNDAMENTO EN DECRETOS LEGISLATIVOS

Ante la evidente falta de competencia legal, en el presente caso tampoco podría recurrirse a la teoría de la tutela efectiva de los derechos de la comunidad como forma de justificar la posibilidad de realizarle control a un acto administrativo que no desarrolla ningún decreto legislativo emitido por el gobierno nacional en virtud de los estado de excepción, ya que esta posición fue fijada por el Consejero de

¹⁰ . CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 11001-03-24-000-2009-00511-00. Actor: GWENDOLYN GIL WHITTINGHAN. Demandado: GOBIERNO NACIONAL - MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO. Referencia: NULIDAD. Temas: FACTURA COMO TÍTULO VALOR. ACEPTACIÓN DE LA FACTURA. SENTENCIA ÚNICA INSTANCIA

Estado doctor WILLIAM HERNANDEZ en el mes de abril de 2020, permitía en teoría, realizar este tipo de control aunque no se tratara de decretos legislativos, pero la misma ya fue rectificada por el mismo Consejero de Estado, en decisión del 20 de mayo de 2020¹¹, al haberse reactivado los términos por el Consejo Superior de la Judicatura, para que las personas pueda acudir en acción de simple nulidad; y donde se desdibuja el control, casi que oficioso, de actos administrativos que no encajan dentro de la descripción del artículo 20 de la ley 137 de 1996.

La decisión del Consejo de Estado donde se dio este cambio de postura señala:

“De acuerdo con lo precedente, el despacho, en decisiones previas tomadas respecto de la admisión de este medio de control, a partir del Auto del 15 de abril de 2020 (expediente radicado 11001-03-15-000-2020-01006-00), consideró que desde el punto de vista convencional y constitucional, el control inmediato de legalidad definido en los artículos 20 de la Ley Estatutaria 137 de 1994 y 136 del CPACA¹² tiene como esencia el derecho a la tutela judicial efectiva y, ante la situación excepcional y extraordinaria generada por la pandemia de la covid-19, era posible, entonces, extender el control judicial a todas aquellas medidas de carácter general dictadas en ejercicio de la función administrativa que no solo se derivaran de los decretos legislativos emitidos por el Gobierno Nacional.

Esto significaba que los actos generales emanados de las autoridades administrativas que tuvieran relación directa o indirecta con las medidas necesarias para superar el estado de emergencia, aunque también pudieran fundamentarse en las competencias definidas en el ordenamiento en condiciones de normalidad, dadas las circunstancias excepcionales, podía suceder que se presentara la confluencia de propósitos y la superposición de competencias, lo cual autorizaba al juez del control inmediato que avocara el conocimiento con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva.

Esta tesis se fundamentó en la necesidad de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de todas las personas que tienen limitada su movilidad, como ocurre en la actualidad en Colombia, por la notoria situación de anormalidad desde la declaratoria del estado de emergencia,

¹¹ . CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SALA ESPECIAL DE DECISIÓN n.º 19. Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Bogotá, D. C., veinte (20) de mayo de dos mil veinte (2020). Referencia. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD. Radicación 11001-03-15-000-2020-01958-00 Temas: Naturaleza y control de los decretos legislativos expedidos en estado de emergencia. Actos internos de la administración y medidas de carácter general ordenadas en ejercicio de la función administrativa en desarrollo de los estados de excepción. El medio de control inmediato de legalidad a la luz de la tutela judicial efectiva en el marco del estado de emergencia por la enfermedad covid-19. Modificación de la jurisprudencia del despacho por el cambio normativo introducido por el Acuerdo PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020, del Consejo Superior de la Judicatura, prorrogado por el Acuerdo PCSJA20-11549 del 7 de mayo del mismo año. Características esenciales del medio de control inmediato de legalidad. Decisión: No avoca conocimiento del control inmediato de legalidad.

¹² CPACA, art. 136: «Control inmediato de legalidad. Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales, o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en este Código. Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la autoridad judicial indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición. Si no se efectuare el envío, la autoridad judicial competente aprehenderá de oficio su conocimiento».

y en cuarentena nacional obligatoria desde el 24 de marzo de 2020¹³, con la restricción de su libertad de locomoción y de acceso a servicios considerados como no esenciales, lo que dificulta en muchos casos la posibilidad de acudir a la administración de justicia a través de los medios ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico para controlar la actuación de las autoridades.

En este sentido, las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528 y PCSJA20-11529 de marzo de 2020, prorrogadas por el Acuerdo PCSJA20-11532 del 11 de abril del mismo año, indican que la mayoría de despachos judiciales del país no prestan el servicio al público de manera presencial y se suspendieron los términos en casi todos los procesos, salvo algunas excepciones¹⁴.

No obstante lo anterior, con el fin de ampliar progresivamente las excepciones a la suspensión de términos atendiendo a la capacidad institucional en las circunstancias actuales y teniendo en cuenta que la legislación vigente, incluidos los diferentes códigos procesales, le dan validez a los actos y actuaciones realizados a través de medios tecnológicos o electrónicos, el Consejo Superior de la Judicatura emitió el Acuerdo PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020, «por medio del cual se prorrogan las medidas de suspensión de términos, se amplían sus excepciones y se adoptan otras medidas por motivos de salubridad pública y fuerza mayor».

En el artículo 1 de dicho acuerdo, el Consejo Superior de la Judicatura prorrogó la suspensión de términos judiciales en todo el territorio nacional desde el 27 de abril hasta el 10 de mayo de 2020, aunque en el artículo 5 dispuso excepciones adicionales a las que regían en ese momento en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, así:

«ARTÍCULO 5. Excepciones a la suspensión de términos en materia de lo contencioso administrativo. Se exceptúan de la suspensión de

¹³ Según lo dispuso el Gobierno Nacional a través de los Decretos 457 del 22 de marzo, 531 del 8 de abril, 593 del 24 de abril y 636 del 6 de mayo de 2020.

¹⁴ A. PCSJA20-11532/2020, art. 2: «[...] «1. Acciones de tutela y habeas corpus. Se dará prelación en el reparto a las acciones de tutela que versen sobre derechos fundamentales a la vida, la salud y la libertad. Su recepción se hará mediante correo electrónico dispuesto para el efecto y para su trámite y comunicaciones se hará uso de las cuentas de correo electrónico y herramientas tecnológicas de apoyo.

a. Los despachos judiciales no remitirán los expedientes de acciones de tutela a la Corte Constitucional hasta tanto se levante la suspensión de términos de la revisión eventual.

2. Las actuaciones que adelante la Corte Constitucional con ocasión de la expedición de decretos por el Presidente de la República en ejercicio de las funciones del artículo 215 de la Constitución Política.

3. Las actuaciones que adelanten el Consejo de Estado y los tribunales administrativos con ocasión del control inmediato de legalidad que deben adelantar de conformidad con las competencias establecidas en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 y en los artículos 111, numeral 8, 136 y 151, numeral 14, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

4. Con relación a la función de control de garantías se atenderán los siguientes asuntos:

a. Audiencias concentradas de legalización de captura, formulación de imputación y solicitudes de medidas de aseguramiento de detención.

b. Prórroga, sustitución y revocatoria de medida de aseguramiento cuya solicitud sea con persona privada de la libertad, siempre que las audiencias se puedan adelantar mediante trabajo en casa de manera virtual.

c. Libertad por vencimiento de términos, siempre que las audiencias se puedan adelantar mediante trabajo en casa de manera virtual».

términos prevista en el artículo 1 del presente Acuerdo las siguientes actuaciones en materia de lo contencioso administrativo:

5.1 Las actuaciones que adelanten el Consejo de Estado y los tribunales administrativos, con ocasión del control inmediato de legalidad de conformidad con las competencias establecidas en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 y en los artículos 111, numeral 8, 136 y 151, numeral 14, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

5.2. El medio de control de nulidad por inconstitucionalidad contra actos administrativos expedidos desde la declaratoria de la emergencia sanitaria.

5.3. El medio de control de nulidad contra los actos administrativos que se hayan expedido desde la declaratoria de la emergencia sanitaria». (Negrita fuera de texto).

La suspensión de términos volvió a ser prorrogada por el Consejo Superior de la Judicatura a través del Acuerdo PCSJA20-11549 del 7 de mayo de 2020, que dispuso su prolongación hasta el 24 de mayo de la presente anualidad, pero en el artículo 5 de dicho acto administrativo se mantuvieron las excepciones que se acabaron de enunciar y se ampliaron a otros eventos.

*De acuerdo con lo precedente, dado que se habilitó la posibilidad de que las personas accedan a la administración de justicia a través de los medios ordinarios para demandar los actos generales emanados de las autoridades públicas (v. gr. nulidad simple), ha de entenderse que el control inmediato de legalidad consagrado en los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 del CPACA, procede frente las medidas de carácter general en ejercicio de la función administrativa que se expidan **«como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción»**, sin incluir a todos aquellos expedidos a partir de la declaratoria de emergencia, con el fin hacer frente a los efectos de la pandemia, que no penden directamente un decreto legislativo.*

En conclusión, en estos casos, a partir del cambio normativo introducido por el Acuerdo PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020, del Consejo Superior de la Judicatura, prorrogado por el Acuerdo PCSJA20-11549 del 7 de mayo de la misma anualidad, el espectro de los actos susceptibles de tener control inmediato de legalidad se limita a aquellos actos generales emitidos para desarrollar directamente los decretos legislativos, al tenor de lo dispuesto en las normas legales antes referidas.”

Es así que considero que la Sala Plena no tenía competencia ni fijada en la ley ni en la jurisprudencia que la faculte para ejercer Control de Legalidad a

actos administrativos que no sean desarrollo de decretos legislativos emitidos en virtud de los estados de excepción; lo cual no impide que si tengan control judicial pero por la vía ordinaria en acción de simple nulidad que podría ser demandada por cualquier ciudadano, en caso de considerar que es el mismo confluye alguna causal de nulidad, por el medio de control de simple nulidad.

VI. EL ACTO ADMINISTRATIVO FUE EXPEDIDO SIN QUE EXISTIERA ESTADO DE EXCEPCIÓN

Otro aspecto que no puede perderse de vista en el presente caso es que al momento de expedirse el acto revisado, **EL PAIS NO SE ENCONTRABA EN ESTADO DE EXCEPCIÓN**, toda vez que su vigencia inicial iba del 17 de marzo de 2020 al 17 de abril de 2020, y el acto expedido por la entidad territorial fue expedido el día 28 de abril de 2020, es decir 10 días después de que venciera el Estado de excepción, luego no se podía analizar la validez del acto bajo los parámetros del decreto 417 de 2020 que ya había perdido su vigencia temporal, sin que en la providencia materia de este salvamento, se hubiera dado explicación suficiente para asumir una competencia fuera de los límites temporales del estado de excepción, máxime que como ya se explicó, no se estaba desarrollando ningún decreto legislativo emitido durante el mismo.

En estos términos dejo rendido mi salvamento de voto


YANNETH REYES VILLAMIZAR
Magistrada