

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER
MAGISTRADA PONENTE: CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Bucaramanga, dos (02) de junio de dos mil veinte (2020)

SALVAMENTO DE VOTO

RADICADO:	680012333000-2020-00228-00
MEDIO DE CONTROL:	INMEDIATO DE LEGALIDAD
AUTORIDAD:	MUNICIPIO DE CONFINES
ACTO ADMINISTRATIVO OBJETO DE CONTROL:	Decreto No. 022 del 24 de marzo de 2020
TEMA:	<i>“Por medio del cual se adoptan medidas y se imparten órdenes e instrucciones necesarias para la debida ejecución de la medida de Aislamiento Preventivo Obligatorio ordenada mediante Decreto 457 del 22 de marzo de 2020” en ese municipio.</i>
Magistrado (a) Ponente	Dra. SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR

Procede la suscrita Magistrada a dejar consignado el correspondiente Salvamento de Voto frente a la decisión proferida por la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Santander, dentro del asunto de la referencia, con fundamento en la tesis estricta que he venido sosteniendo sobre el medio de control Inmediato de Legalidad, de tal manera que, como el acto administrativo objeto de control no es desarrollo de Decreto Legislativo la decisión debió ser inhibitoria. Aunado a lo anterior, considero que con la expedición del Decreto Municipal 022 de 2020, en su artículo cuarto, el Alcalde Municipal de Confines no infringió el principio de reserva de Ley, porque se limitó como autoridad pública a consagrar lo que el mismo Legislador ordinario prevé en el Código Penal, como sanción para aquellos que adecuen su comportamiento en conductas que atenten contra el bien de la Salud Pública infringiendo medidas sanitarias.



CONSIDERACIONES:

1. El acto objeto de control.

Se trata del Decreto Municipal No. 022 del 24 de marzo de 2020, *“Por medio del cual se adoptan medidas y se imparten órdenes e instrucciones necesarias para la debida ejecución de la medida de Aislamiento Preventivo Obligatorio ordenada mediante Decreto 457 del 22 de marzo de 2020”* en el municipio de Confines, cuyo contenido, en lo que respecta a sus consideraciones y a su parte resolutive, se encuentra señalado en el acápite denominado **“I. EL CONTENIDO DEL DECRETO OBJETO DE CONTROL”** de la providencia de cuya decisión me aparto.

2. Decisión de la Sala Plena.

Sobre la procedencia del Control Inmediato de Legalidad, en lo relevante la Sala Plena concluyó que, el Decreto Municipal objeto de análisis cumple con los requisitos subjetivos y objetivos exigidos en la normatividad aplicable, *“por cuanto: se expide por una autoridad territorial de Santander como lo son los alcaldes; el contenido es una decisión administrativa de carácter general porque afecta a todos los habitantes de aquel, y **desarrolla el D.L.417 de 2020**, dada su relación directa y específica con el hecho habilitante del estado de excepción, cual es, la identificación del Coronavirus como causa de la pandemia mundial y la contención de su propagación que se realiza mediante el Aislamiento Preventivo Obligatorio, **adoptado mediante el Decreto 457 de 2020**”, considerando además que, “el ejercicio de las facultades de Policía con la restricción de derechos fundamentales como se hace en el Aislamiento Preventivo Obligatorio, solo se explican derivadas de la declaratoria del estado de excepción”.*

Disiento de las anteriores conclusiones, porque en criterio de la suscrita, los únicos actos administrativos que pueden ser enjuiciados a través de este medio oficioso de control, son aquellos expedidos por las autoridades administrativas que “de manera expresa desarrollen decretos legislativos”, expedidos en el marco del Estado de Excepción en cualquiera de sus modalidades y que, por ser excepcionales y no normales lo ameritan. Sostener una tesis amplia como la acogida por la Sala Plena, significaría desconocer el contenido expreso del artículo 20 de la Ley 137 de 1994 y el artículo 136 de la Ley 1437 de 2011; conllevando también a vulnerar los



principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación e interpretación del derecho, en aquellos casos en los que frente a medidas idénticas no se avocó el conocimiento de estos medios de control aduciendo que a la fecha de ser proferidos no se había declarado el Estado de Excepción a través del Decreto 417 de 2020, aun cuando también dichas medidas fueron adoptadas por las autoridades municipales pero con fundamento en la emergencia sanitaria.

Estas normas, a la letra rezan:

Artículo 20 de la Ley Estatutaria 137 de 1994 por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia, dispone:

“Artículo 20. Control 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 autoridad 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”.

Artículo 136 de la Ley 1437 de 2011:

“Artículo 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”

Aplicando estas normas al caso concreto, se tiene que de la lectura del Decreto No. 022 del 24 de marzo de 2020, se concluye que, se trata de un acto de carácter general dictado por el Alcalde Municipal, como autoridad administrativa y en desarrollo de funciones administrativas. Sin embargo, no se cumple el requisito de que sea desarrollo de un Decreto Legislativo, porque sus fundamentos están relacionados con el estado de emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante Resolución 385 de marzo de 2020 y con fundamento en el Decreto N° 457 del 22 de marzo del 2020, por medio de los cuales



se imparten instrucciones en virtud de esa emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19 y el mantenimiento del orden público.

En este sentido, debió la Sala Plena diferenciar los decretos que se expiden en el marco de la emergencia sanitaria propia de las medidas idóneas, adecuadas y suficientes para el restablecimiento del orden público, y los decretos legislativos a través de los cuales el Presidente y sus Ministros ejercen potestades transitorias y excepcionales de carácter legislativo para expedir directamente regulaciones con fuerza material de ley para atender las especiales circunstancias que dieron lugar a la declaratoria de cualquiera de los Estados de Excepción previstos en los artículos 212 a 215 de la Constitución.

En este orden de ideas se debe resaltar que, el Decreto objeto de estudio adoptó medidas de aislamiento preventivo obligatorio en el Municipio de Confines - Santander, pero, se repite, atendiendo la declaratoria de emergencia sanitaria por parte del Ministerio de Salud y Protección Social y con fundamento en los Decretos Ordinarios 457 de 22 de marzo de 2020, pero no con fundamento en el Decreto que declaró el Estado de Emergencia, Económica y Social, y menos aún como desarrollo de un decreto legislativo dictado durante dicho Estado de Excepción, como lo concluyó la Sala mayoritaria.

Al respecto, se debe tener en cuenta que, el Decreto 457 de 22 de marzo de 2020 y frente al cual la Sala Plena hace el juicio integral de constitucionalidad y legalidad del acto sometido a estudio, basó sus fundamentos normativos en la facultad constitucional del Presidente de la República para adoptar medidas tendientes a conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado (C.P., art. 189, núm. 4º, reiterada en la L. 4ª/91, art. 6º), y sus atribuciones en materia de poder de policía (L.1801/2016, art. 199), pero no con fundamento en el artículo 215 Superior, esto es, como consecuencia del Estado de Excepción.

Así las cosas y como el acto administrativo objeto de análisis corresponde a las atribuciones propias que le competen constitucional y legalmente al Alcalde como policía administrativa dentro de la jurisdicción de su territorio, atendiendo las señaladas por el Presidente de la República y el Gobernador, en su orden, no

1 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, en ejercicio de las mismas facultades señaladas para adoptar el Decreto Ordinario 420 de 18 de marzo de 2020



pueden considerarse tales funciones como desarrollo de Decreto Legislativo alguno en Estado de Excepción.

Además, se insiste el Decreto 457 de 2020 no es un decreto legislativo, al no cumplir con los requisitos de forma previstos en el inciso segundo del artículo 215 de la Constitución, esto es, estar firmado por el Presidente de la República y todos sus ministros, y porque corresponde a un conjunto de disposiciones normativas que expidió el Gobierno Nacional para derogar el Decreto 420 de 2020 que ostenta la misma naturaleza de Decreto ordinario en ejercicio de las funciones asignadas normalmente como máxima autoridad de Policía administrativa para mantener y preservar el orden público, en cualquiera de los componentes de: seguridad, salubridad, moralidad, tranquilidad, movilidad, medio ambiente.

Al respecto, me permito hacer alusión a la sentencia C- 240 de 2011, en la que la H. Corte Constitucional precisó que, para tener como legislativo un Decreto dictado en desarrollo del Estado de Emergencia Económica y Social, debe cumplir con las condiciones presupuestales o de forma previstas en el artículo 215 Superior, que se resumen en las siguientes:

- i) Proferido “por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 215 C.P., en concordancia con la Ley 137 de 1994, y en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto (...), que declaró la emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, y por el término que la misma dure*
- (ii) Ofrezca “un conjunto de considerandos que pretenden dar cuenta de la necesidad, conexidad y pertinencia de las disposiciones en ella contenidas con la solución de los hechos que dieron lugar a la crisis que motivó el estado de excepción;*
- (iii) Firmado “por el Presidente de la República y la totalidad de los ministros;*
- (iv) Promulgado “dentro del término de vigencia del estado de emergencia...”*

Sobre la tesis estricta que sostengo en este salvamento, me permito citar el reciente pronunciamiento del H. Consejo de Estado⁴, en el que se recalcan los requisitos de procedencia del Control Inmediato de Legalidad y en particular sobre cuáles son los actos administrativos que pueden ser enjuiciados a través de este medio de control:



“...el Consejo de Estado desde 1994 hasta la fecha, en más de 40 providencias, de manera reiterada y casi pacífica, ha interpretado taxativamente los artículos 20 de la Ley 137 de 1994, y 136 y 185 de la Ley 1437 de 2011, para en términos generales señalar, que son aquellos que de manera expresa desarrollen decretos legislativos. De acuerdo con esta visión, que podríamos llamar taxativa, tradicional o formal, son tres los presupuestos requeridos para la procedencia del control inmediato de legalidad, a saber: (i) que se trate de un acto de contenido general; ii) que el mismo se haya dictado en ejercicio de la función administrativa, y iii) que el acto tenga como fin desarrollar uno o más de los decretos legislativos expedidos durante los estados de excepción...”

Sobre los Decretos Legislativos en el Estado de Excepción en el artículo 215 Superior, recordó el contenido de dicha disposición en la que se destaca que los mismos deben estar firmados por el Presidente y todos los ministros, como también se recalcó en la sentencia de constitucionalidad citada.

Aunado a lo anterior, ha sostenido esa H. Corporación² que: *“(...) cuando el artículo 136 del CPACA se refiere a actos generales que desarrollen decretos legislativos, debe entenderse por estos últimos a los decretos con fuerza de ley que expide el Gobierno Nacional al amparo del decreto que declara el estado de excepción, sin que en ellos se encuentre comprendido el mismo “decreto legislativo” que hace dicha declaratoria, pues el desarrollo inmediato de éste no se produce a través de actos administrativos generales”*. Así mismo, ha precisado:

“(...) los actos que desarrollan la emergencia económica, social, y ecológica, declarada con fundamento en el artículo 215 de la C.P., son los decretos legislativos, cuya finalidad exclusiva es “conjurar la crisis” e “impedir la extensión de sus efectos” y que se deben referir “a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia”.

Por su parte, los actos que desarrollan las medidas de carácter legislativo excepcional (contenidas en decretos legislativos), dictadas al amparo de la declaratoria del estado de excepción, son actos expedidos en ejercicio de función administrativa. Su propósito es reglamentar estos decretos legislativos, y sobre ellos recae el control inmediato de legalidad, el cual se consideró

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA, Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veinte (2020) Radicación: 11001 0315 000 2020 00958 000.



pertinente en razón a que fueron dictados, no como expresión de una facultad administrativa ordinaria de reglamentación de leyes del Congreso de la República, sino para desarrollar actos dictados al amparo de una facultad legislativa excepcional ejercida por el Presidente de la República”.

De otra parte, disiento frente a la decisión de la Sala Plena de no declarar ajustada a derecho la disposición contenida en el artículo 4º del Decreto No. 022 del 24 de marzo de 2020, que a la letra reza:

“ARTÍCULO CUARTO. INOBSERVANCIA DE LAS MEDIDAS. *La violación e inobservancia de las medidas adoptadas e instrucciones dadas mediante el presente Decreto, darán lugar a la sanción penal prevista en el artículo 368 del Código penal”.*

Los argumentos que sustentaron la anterior decisión se concretaron en los siguientes:

“En conclusión, el aislamiento de la población confineña, durante el lapso previsto en el referido decreto municipal, constituía una medida idónea para prevenir el contagio del Covid-19 y conjurar las causas de la emergencia declarada, moderando la extensión de sus efectos en el municipio y es eminentemente reiterativo del Decreto 457 de 2020.

En materia de **excepciones a la medida de aislamiento, el Decreto Municipal 022 de 2020 enlista sólo veintisiete de las treinta y cuatro** que determina el Decreto 457 de 2020, referidas al transporte de carga por intermedio de los puertos públicos y privados, actividades de dragado marítimo y fluvial, operación aérea y aeroportuaria, etc., que el Tribunal considera estar dentro de las discrecionalidades del alcalde de acuerdo con las características propias de ese territorio

“Empero, no sucede lo mismo con el artículo 4º, en el que estipula como consecuencia jurídica a la inobservancia del aislamiento, sanción del código penal, que en criterio del Tribunal es de reserva legal para las autoridades judiciales. En tal virtud, se declarará no ajustado a derecho el referido artículo 4º mientras estuvo vigente.

Al no existir duda acerca de la falta de competencia del alcalde para establecer sanciones penales que incumple con el requisito de estar inequívocamente predeterminada, se declarará no ajustada a derecho la disposición contenida en el artículo 4º del decreto de marras...”

Disiento de las anteriores conclusiones que a todas luces resultan contradictorias, porque a pesar de que la Sala Plena llega a la conclusión que el alcalde si era competente para adoptar todas las medidas de aislamiento preventivo para evitar daños a la salud pública, es decir la contaminación por el COVID –19 considerado como Pandemia, alejado de toda lógica declara ilegal que se pueda aplicar el artículo 368 del Código Penal a quienes incumplan dichas medidas de aislamiento, cuando precisamente esta norma dispone como delito que protege el bien jurídico de la salud pública el siguiente:

Art. 368. Violación de medidas sanitarias. El que viole medida sanitaria adoptada por la autoridad competente para impedir la introducción o



propagación de una epidemia, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años”.

Por lo anterior, si el alcalde tenía competencia para dictar medidas de prevención en materia sanitaria también podía advertir a la ciudadanía que su violación podría acarrear la sanción prevista en el Código Penal.

Conforme lo precedente si una persona llegase a vulnerar dichas medidas sanitarias de aislamiento y cuarentena preventivas, implicaría que podría verse incurso en las conductas punibles descritas en los artículos 368 y 369 del Código Penal - delitos contra la salud pública, como también lo reitera el Decreto 780 de 2016 del Ministerio de Salud. En ese orden, el alcalde no infringió el principio de reserva de Ley, porque la aplicó como era su deber.

En los anteriores términos rindo mi salvamento de voto.

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Magistrada