

**Alcance del control inmediato de legalidad de Actos Administrativos expedidos por
Entidades Territoriales en desarrollo del estado de excepción en Colombia**

*“Estudio del caso contenido en la Sentencia del Tribunal Administrativo del Caquetá
sobre Nulidad del Decreto 047 del 24 De marzo De 2020 del Municipio de San Vicente
del Caguán, Caquetá”*

Robert Fabián Rosado Castañeda.

Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo.

Director

Mg. Sonia Milena Pardo Morcote

Universidad Santo Tomás, Tunja

División de Ciencias Jurídicas y Políticas

Facultad de Derecho

2020

Dedicatoria

A Dios

Mi fortaleza, mi inspirador,

Mi todo.

A mi Madre

Por su invaluable apoyo y constancia

en esta etapa.

A mi hija Divina María la musa de mi inspiración y la luz de mis ojos.

Página de aceptación

Firma presidente

Jurado

Jurado

Tunja, noviembre 2020

Tabla de Contenido

Introducción	6
1. Definición jurídica y Constitucional de los Estados de excepción en la regulación y configuración del control inmediato de legalidad de los actos administrativos de las entidades territoriales en la declaración de Estado de excepción en Colombia	13
1.1. Antecedentes de la Institución de Estados de excepción.....	13
1.2. Breve Referencia a los Estados de Excepción Contemplados en la Constitución Política de 1991	16
1.3. Definición y alcance Constitucional de los Estados de excepción.....	19
Fuente: Creación propia	23
1.3.1. <i>Estado de Guerra Exterior</i>	23
1.3.2. <i>El Estado de Conmoción Interior</i>	23
1.3.3. <i>Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica</i>	26
1.4. Configuración del control inmediato de legalidad de actos administrativos en desarrollo del Estado de excepción en Colombia.....	30
2. Alcance del control inmediato de las medidas de carácter general por parte de las autoridades en ejercicio de funciones administrativas al interior de las entidades territoriales en la expedición de decretos legislativos proferidos durante los denominados Estados de excepción.....	33
2.2. 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.....	39
2.3. Noción del control inmediato de legalidad.....	43
2.4. Marco normativo del procedimiento del medio de control inmediato de legalidad	45
2.5. Características del medio de control inmediato de legalidad	50
2.6. Requisitos de procedencia del control inmediato de legalidad en las medidas de carácter generales emitidas por las autoridades de las entidades territoriales en el ejercicio de funciones administrativas en la expedición de decretos legislativos proferidos durante los denominados Estados de excepción.	55
3. Estudio de caso - análisis de la sentencia del tribunal administrativo del Caquetá, donde se declara la nulidad del Decreto 047 del 24 de marzo de 2020 en el marco de la emergencia sanitaria y calamidad pública generada por la pandemia del Covid-19.....	76
3.1 Hechos relevantes.....	76
3.2 Problema jurídico central.	77
3.3 Aspecto jurídico considerado.	78
3.4 Posición frente en torno al problema jurídico central.	82
4. Alcance del control inmediato de legalidad de las medidas de carácter generales de las autoridades en ejercicio de funciones administrativas en la expedición de los Decretos legislativos proferidos durante dos denominados Estados de excepción, para salvaguardar los fines del Estado social de derecho.	85

Introducción

Esta investigación tiene por finalidad, revisar el alcance del control inmediato de legalidad de los actos administrativos expedidos por las entidades territoriales en el desarrollo del Estado de excepción en Colombia, a partir del estudio de la Sentencia del Tribunal Administrativo del Caquetá de Nulidad del Decreto 047 del 24 de marzo del 2020 del Municipio de San Vicente del Caguán- Caquetá, a efectos de justificar la razón de ser, de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa como juez natural de la función administrativa, en tiempo de Excepción Constitucional.

El legislador, ha establecido distintos mecanismos jurídicos para canalizar de manera inmediata, los controles judiciales de legalidad de las medidas de carácter general, expedidos por las entidades territoriales en ejercicio de funciones administrativas, que haya sido expedido en desarrollo de los decretos legislativos, proferidos durante los denominados Estados de Excepción.

Por otro lado, el control jurisdiccional por vía de excepción consiste en la inaplicabilidad del acto administrativo por parte del juez dentro de un proceso por ser contrario a la Constitución o la Ley. No se declara la nulidad del acto administrativo pues este sigue vigente en el ámbito jurídico, no se aplica con efectos Inter partes en el caso concreto. Al respecto, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo determina: “En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos Inter partes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley. La decisión consistente en dejar de aplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte. (Art. 148, Ley 1437 de 2011)

Es por ello, que este medio de control era poco frecuente en los Tribunales Administrativos, sin embargo, tras la Crisis Mundial por el coronavirus COVID 19, la declaratoria del Estado de Emergencia por el Gobierno Nacional en Colombia, en esta época de la pandemia y debido a la gran cantidad de medidas administrativas adoptadas, por las diferentes autoridades territoriales en ejercicio de funciones administrativas, en el marco de la emergencia que afronta el Colombia, en el contexto con la situación de la pandemia del Covid-19, se ha presentado un verdadero desplome de trámites de control Inmediato de Legalidad en estos Tribunales, y precisamente esa avalancha de remisiones de decisiones generales administrativas obedece precisamente a que no pocas veces por parte sobre todo los funcionarios públicos que emiten esos actos administrativos o esas decisiones generales no se tiene en cuenta algunos aspectos relacionados precisamente con los requisitos de procedibilidad de este medio de control que por su naturaleza por supuesto es excepcional, para darle cumplimiento de su obligación legal de remitir a los Tribunales Administrativo y envían todos las decisiones de carácter general sin importar si estas son sometidas al control inmediato de legalidad.

En la práctica judicial, el objeto de estudio no ha sido del todo tratado, pues en la mayoría de los casos, como sostiene el Doctor Riascos Gómez (2008) “se sanciona y califica como un grado o estadio de irregularidad insubsanable o nugatoria del acto, o más radical aún que la simple nulidad, según fuere el caso y circunstancias”. (Riascos, 2008, p. 11). No obstante lo anterior, este estudio pretende desentrañar la interpretación que del tema ha hecho y actualmente tiene el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Colombia.

El problema propuesto en esta investigación, que se presenta en algunos tribunales del país, obedece a la falta de unificación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, de su interpretación jurídica de los criterios que fundamenta el alcance del control inmediato de legalidad de los actos

administrativos expedidos por las entidades territoriales en desarrollo del Estado de excepción en Colombia, y a la controversia primero en la posibilidad de someter al control inmediato de legalidad esos actos que constituyen derecho blando.

Igual controversia se suscita entre los criterios formales para admisión del medio de control inmediato de legalidad, estriba en el alcance de la decisión general como desarrollo de los decretos legislativos frente al tema teniendo en cuenta las tesis emitidas por el Consejo de Estado.

El objetivo general de esta investigación es analizar el alcance del control inmediato de legalidad de los actos administrativos expedidos por las entidades territoriales en desarrollo del Estado de excepción en Colombia, en el marco de la sentencia del Tribunal Administrativo del Municipio de Caquetá en la Nulidad del Decreto 047 del 24 de marzo del 2020 en el Municipio de San Vicente del Caguán, Caquetá.

En Colombia, este tema de investigación toma relevancia toda vez que el desarrollo investigativo sobre el marco jurídico del Control Inmediato de legalidad, frente a las decisiones expedidas por las entidades territoriales, es totalmente escaso, por lo que se hace necesario revisar el ejercicio de funciones administrativas que hayan sido expedidas, en desarrollo de los Decretos Legislativos proferidos durante los denominados estados de excepción, y su procedimiento ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, de tal forma, que sirva de instrumento a los operadores judiciales y los sujetos procesales para desarrollar el trámite.

En sede del Consejo de Estado, se ha mostrado de acuerdo que el control inmediato de legalidad, se constituye como una limitación al poder de las autoridades administrativas y es una medida eficaz, para impedir la aplicación de normas ilegales en el marco de los Estados de Excepción.

Por lo anterior, se plantea: desde la perspectiva del régimen jurídico de control judicial, los Estado de Excepción Constitucional, formulándose la siguiente pregunta problema ¿Cuál es el alcance del control inmediato de legalidad de los actos administrativos expedidos por las entidades territoriales en desarrollo del Estado de excepción en Colombia, en el Marco de la sentencia del Tribunal Administrativo del Caquetá en la nulidad del Decreto 047 del 24 de marzo de 2020 del Municipio de San Vicente del Caguán, Caquetá?

Expuesto el problema de estudio, es pertinente plantear algunas hipótesis, que permitan resolverlo de manera coherente, así: a partir del Art. 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado, a través de su Jurisprudencia, ha de recurrirse a tres tesis para mirar la procedencia del medio de control inmediato de legalidad; uno es el criterio formal-textualista- estricto y otro un criterio material – sustancial- y tesis de la tutela judicial efectiva.

En el criterio formal o textualista, solo procede hacer el control inmediato de legalidad sobre medidas de carácter general, en ejercicio de funciones administrativas que hayan sido expedidas, en desarrollo de los decretos legislativos proferidos durante los denominados estados de excepción, basta con revisar el texto del acto para verificar si afirma ser expedido, con base en facultades conferidas por un Decreto Legislativo que desarrollan los Estados de Excepción, o si invoca explícitamente que desarrolla uno de estos. Esa verificación basta para establecer si el acto se admite a control inmediato de Legalidad.

Criterio Sustancial solo procede hacer el control inmediato de legalidad sobre medidas de carácter general, en ejercicio de funciones administrativas que hayan sido expedido en desarrollo de los decretos legislativos, proferidos durante los denominados Estados de excepción, se debe revisar el contenido material del acto.

Determinar las reglas y subreglas jurisprudenciales de la Corte Constitucional, y Consejo de Estado, respecto al alcance del control inmediato de legalidad de los actos administrativos expedidos por las entidades territoriales en desarrollo del Estado de excepción en Colombia en el año 2020, a partir del estudio y análisis de la sentencia del Tribunal Administrativo del Caquetá donde declárase la nulidad del Decreto 047 del 24 de marzo de 2020, por medio del cual “se imparten instrucciones en el marco de la Emergencia Sanitaria y Calamidad Pública generada por la pandemia del COVID-19, para la protección de los habitantes del Municipio de San Vicente del Caguán, Caquetá. Que permitan finalmente proponer el alcance que debería tener el control inmediato de legalidad de los actos administrativos expedidos por las entidades territoriales en desarrollo el estado de excepción, para salvaguardar los fines del Estado Social de Derecho”. (Decreto 047, 2020)

La evolución de la jurisprudencia a la fecha, ha establecido que la Sala de lo Contencioso Administrativo, en Sentencia 2020-01158-00, reconoció que para analizar el alcance y el medio de control inmediato de legalidad definido en los artículos 20 de la Ley Estatutaria 137 de 1994 y 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 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, es posible extender el control judicial a todas aquellas medidas de carácter general, dictadas en ejercicio de la función administrativa, que no solo se deriven de los decretos legislativos emitidos por el Gobierno Nacional, durante los denominados Estados de Excepción, en tanto pueden generar restricciones arbitrarias a Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, frente a las libertades fundamentales.

En el primer capítulo, se aborda la definición jurídica y Constitucional del Estado de excepción y el marco jurídico en la regulación y configuración del control inmediato de legalidad de los actos administrativos de las entidades territoriales en el desarrollo del Estado de excepción en Colombia, a partir de los antecedentes de la Institución de Estados de excepción, contemplados

en la Constitución política de 1991 frente a sus alcances constitucionales, reconociendo cuando el Estado de conmoción interior puede ser decretado por el Estado cuando haya una grave perturbación de orden público, que atente de manera inminente contra la estabilidad de las instituciones, la seguridad del Estado o contra la convivencia ciudadana, sumado de la concepción epistémica del Estado de guerra exterior y del Estado de emergencia económica, social y ecológica, a partir de la configuración del Control inmediato de legalidad de actos administrativos en Desarrollo del Estado de excepción en Colombia.

En el segundo capítulo, se describe el alcance del control inmediato de legalidad de las medidas de carácter general administrativas, expedidos por las entidades territoriales en ejercicio de funciones administrativas, que haya sido expedido en desarrollo de los decretos legislativos, proferidos durante los denominados Estados de excepción. En Colombia, la Ley de Estados de emergencia, es una innovación en materia de protección de los derechos fundamentales y el control inmediato de legalidad consagrado en el artículo 136 del CAPACA, como mecanismo judicial de protección inmediato, a los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por las medidas de carácter general, de las autoridades en ejercicio de funciones administrativas, como lo contempla la Constitución Política.

En el tercer capítulo, se estudia el caso contenido en la Sentencia del Tribunal Administrativo del Caquetá, donde se declaró la nulidad del Decreto 047 del 24 de marzo del 2020, del Municipio de San Vicente del Caguán- Caquetá, para determinar las reglas y subreglas constitucionales, y finalmente en el cuarto capítulo, se mirara cual es el alcance que debería tener el control inmediato de legalidad de las medidas de carácter general de las autoridades en el ejercicio de las funciones administrativas que hayan sido expedidos en el desarrollo de los

Decretos legislativos proferidos durante el Estado de excepción y mirar de qué manera se han salvaguardado los fines del Estado Social de Derecho, a través del control inmediato de legalidad.

La elaboración de los capítulos permite dar respuesta a la pregunta problema planteada, con fundamento en el desarrollo de los cuatro objetivos específicos, en primer lugar, definir epistémica, jurídica y constitucionalmente los Estado de excepción y el marco jurídico en la regulación y configuración del control inmediato de legalidad de los actos administrativos de las entidades territoriales en desarrollo del Estados de excepción en Colombia, en segundo lugar, para analizar el alcance del control inmediato de las medidas de carácter general por parte de las autoridades en ejercicio de funciones administrativas al interior de las entidades territoriales en la expedición de decretos legislativos proferidos durante los denominados Estados de excepción durante 2020, el tercero de ellos, es analizar el estudio del caso contenido la sentencia del Tribunal administrativo del Caquetá donde se declaró la nulidad del Decreto 047 del 24 de marzo del 2020 el cual impartía instrucciones en el marco de la emergencia sanitaria y calamidad pública generada por la pandemia del COVID19, para la protección de los habitantes del Municipio de San Vicente del Caguán, Caquetá, para proponer el alcance que debería tener el control inmediato de legalidad de los actos administrativos expedidos por las entidades territoriales en desarrollo del estado de excepción, para salvaguardar los fines del Estado Social de Derecho.

Esta investigación metodológicamente se abordó desde el enfoque cualitativo, toda vez que se realizó una recolección de datos sin medición numérica, que permitió descubrir o afinar la pregunta y objetivos de la investigación, el tipo de estudio es explicativo, porque orienta a la comprobación de hipótesis, logrando en el desarrollo de la investigación un análisis, síntesis e interpretación de la información recolectada, a partir del estudio del fenómeno o su inserción en un contexto teórico

que permita incluirlo en una determinada legalidad dentro del ordenamiento jurídico y el método de investigación ha sido analítico y descriptivo, con la aplicación de la hermenéutica jurídica, que tiene como fin la mayor parte de las veces verificar la eficacia, validez, y justicia de un determinado texto, permitiendo tomar como referencia los diferentes métodos de interpretación de la ley, tales como la interpretación auténtica o con autoridad, la interpretación jurisprudencial y doctrinal o privada, apoyado en el estudio de caso a partir de la revisión de la Sentencia del Tribunal Administrativo del Caquetá donde se declaró la nulidad del Decreto 047 del 24 de marzo del 2020, las fuentes de recolección de información de esta investigación, son las fuentes secundarias; que no son más que la revisión de la información escrita en textos, revistas, documentos , archivos y demás elementos bibliográficos.

1. Definición jurídica y Constitucional de los Estados de excepción en la regulación y configuración del control inmediato de legalidad de los actos administrativos de las entidades territoriales en la declaración de Estado de excepción en Colombia

1.1. Antecedentes de la Institución de Estados de excepción

Las situaciones de grave crisis del mundo, que llegan a amenazar la existencia misma del Estado y de la vida organizada en la sociedad, plantean un difícil dilema a las democracias constitucionales. Ese dilema, que no por clásico deja de ser actual, lo podemos formular así: si no se autorizan poderes excepcionales a las autoridades durante tales crisis, se corre el riesgo de que el Estado sucumba o, más probable aún, de que los gobernantes desprovistos de la posibilidad de invocar poderes extraordinarios decidan romper en forma abierta el orden constitucional. De allí surge la idea de admitir en los textos constitucionales la existencia de “estados de excepción”, que

permitan transitoriamente una mayor concentración de poderes en el Ejecutivo y la limitación de ciertos derechos, en principio con el objeto de restablecer la situación de normalidad y proteger los derechos humanos más fundamentales”. (García & Uprimny, 2015, pág.38)

Sin embargo, el abuso de los poderes de excepción, materializados en verdaderas “dictaduras constitucionales”, presenta graves riesgos. En efecto, la historia ha demostrado que en la mayoría de los casos, en especial en América Latina, “los estados de excepción, no se han utilizado para limitar transitoriamente los derechos fundamentales, y proteger la democracia y la futura vigencia integral de los derechos ciudadanos, sino que “han servido más bien como pretexto de violaciones sistemáticas de los derechos humanos, por regímenes inconstitucionales y antidemocráticos”. (O’Donnell, 1988, pág. 14).

Para el Profesor González (2015), desde los inicios mismo de la vida de los Estados, también hay lugar para las circunstancias 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.

Según el tratadista Jacobo Pérez Escobar (1997), en cuanto al origen remoto del Estado de sitio:

Se han señalados facultades extraordinarias, que se debe a los dictadores romanos en los tiempos de la República, como una excepción justificada dentro de cierto tiempo, para salvar la ciudad de cualquier peligro que pudiera amenazarla.

En la Edad Media cuando los grandes ejércitos sitiaban a las ciudades, eligieron murallas y las personas quedaban en el interior de las murallas que estaban rodeadas, quien manda en el interior permanecía revestido de unas facultades inobjtables de Estado de Sitio.

En los Estados Unidos e Inglaterra, amparándose en el efecto vinculante de su ininterrumpida tradición constitucional, no regulan expresamente la forma como se han de afrontar esos estados excepcionales, es decir, no contemplan un derecho constitucional de excepción y presumen que, llegada la crisis, los poderes públicos, fundamentalmente el ejecutivo, determinarán la manera como se ha de responder. Sólo luego se desencadenan, si hay lugar a ellos, los eventuales juicios de responsabilidad por la manera como se manejó la crisis. (Pérez, 1977)

Distinto sucede en España y Colombia, consagran un derecho constitucional de excepción, que comprende una regulación detenida del constituyente y una regulación complementaria del legislador. En ella se fijan los presupuestos para la declaratoria de un estado de anormalidad institucional, se señalan los límites de esas facultades, se configura el sistema de controles a que se somete al ejecutivo y supedita ese régimen a lo dispuesto en una Ley de especial jerarquía. (Corte Constitucional, 2002, pág.48).

Los Estado de Excepción fueron contemplados por el Constituyente del 1991, no es una institución nueva del todo, Desde los inicios mismo de nuestra vida Institucional republicana ha existido, es más, desde siempre en nuestro régimen constitucional, y en momentos de crisis se hace necesario fortalecer los poderes de gobierno, a través del Presidente de la República y por ello, en todas nuestras cartas políticas se han consagrado mecanismos en virtud del cual, en momentos de anormalidad el poder Ejecutivo puede asumir potestades adicionales, que normalmente tiene para conjurar y contrarrestar los efectos de la crisis va a declarar.

En el marco de la Carta Política de 1886, ese instrumento se denominaba ***Estado de sitio***, y fue ampliamente utilizados por todos los Presidentes de la República, a lo largo del siglo XX, recurrir al ***Estado de Sitio permanente***, para gobernar en la forma que ellos querían gobernar, lo convirtieron en una regla general,(arma jurídica para neutralizar masa de opinión y electorado),

siendo un mecanismo excepcional, porque su uso arbitrario conllevaba a restricciones exageradas, a los derechos y garantía constitucionales, ya que se volvió usual que unas semanas después de llegar al cargo, los Presidente declaraban el Estado de sitio y solo lo levantaban unas semanas antes de finalizar sus mandatos. (Consejo de Estado, 2020, pág.17).

1.2. Breve Referencia a los Estados de Excepción Contemplados en la Constitución Política de 1991

En Colombia, en el siglo XX, se hizo un gran abuso a lo que se denominada el estado de sitio, por tanto, se hacía necesario que el Constituyente de 1991, concibiera un régimen constitucional de los estados de excepción, que se ajustara a los condicionamientos propios del Estado social y democrático de derecho. Distintas normas del texto constitucional evidencian la intención de la Asamblea Constituyente, de limitar el alcance de los estados de excepción y la expedición de parte del legislador de la Ley Estatutaria de Estado de Excepción. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Con la expedición de la Constitución 1991, se revisa esta institución de ***Estado de Sitio***, y se entiende por el Constituyente que hay un estado de normalidad, en el cual los poderes públicos, actúan conforme con los lineamientos establecidos en la Carta Política, pero en momentos de anormalidad, debe operar por fuera de sus propias funciones, el peligro es que va a chocar eventualmente con los derechos fundamentales de las personas, y sobre eso debe haber la mayor prevención, para lo cual se expide la Ley Estatutaria 137 de 1994, que es un marco normativo limitante de gobierno, para regular los Estado de Excepción, que el gobierno por el hecho de declarar el Estado de Excepción, no se sintiera embestido de una gran cantidad de atribuciones, sino que se entendiera que Estado de Excepción es una declaración no una atribución de facultades,

sino que se entendiera que este Estado era declaración, y que deben expedirse unos actos administrativos, que regulan la declaración con proporcionalidad y una conexidad perfecta.

La regulación Constitucional de los Estados de Excepción busca limitar la discrecionalidad del Gobierno en su declaración y ejercicio. La Carta Política de 1991 estableció un estricto régimen regulatorio de los Estados de Excepción, para mantener la plena vigencia del Estado de Derecho, aún en periodos de anormalidad, en guarda del principio democrático, de la separación de poderes y de la primacía de los derechos fundamentales. La alteración extraordinaria de la normalidad admite, en el constitucionalismo, la posibilidad de la alteración excepcional de las competencias legislativa. Si mediante Leyes de facultades extraordinarias, el Congreso de la República puede habilitar al Presidente de la República, para el ejercicio de precisas funciones legislativas, a través de los Estados de Excepción, el propio Jefe de Gobierno, se reviste a sí mismo de poderes de legislación, sin la mediación de otro poder. (Corte Constitucional, 2011, pág. 49).

La declaración de los Estados de Excepción sólo puede tener ocurrencia, cuando se presenten una o varias de las circunstancias que consagra la Constitución, y como último recurso del Estado, frente a situaciones graves e inminentes que pongan en peligro la estabilidad institucional, la seguridad y soberanía del Estado, la convivencia ciudadana, o la perturbación o amenaza igualmente grave e inminente del orden económico, social o ecológico del país, o la grave calamidad pública, las cuales no pueden ser controladas mediante las medidas que consagra la Constitución y la Ley para periodos de normalidad, o éstas resultan ciertamente insuficientes.(Corte Constitucional, 1994,pág.12).

En nuestro ordenamiento constitucional, se reconocen tres estados de excepción cuyas diferencias se establecen en función de sus causas, consecuencias y gravedad, los que fueron instituidos para hacer frente a situaciones que se juzgan excepcionales, las cuales no es posible

contrarrestar con las medidas ordinarias que consagran la Constitución y la Ley. Es por ello que, durante tales periodos transitorios, se le confieren al Presidente de la República, mayores poderes para restablecer el orden perturbado y poner fin a la crisis, salvaguardando los derechos de la población, garantizando su seguridad y el funcionamiento normal de las instituciones públicas. Dichos poderes del Presidente, sin embargo, no pueden ser utilizados siempre que se declare uno de esos regímenes exceptivos, sino únicamente cuando la situación perturbadora así lo reclame, respetando los principios de finalidad, proporcionalidad, necesidad de las medidas, como bien lo consagra la norma que se examina; principios a los que se hará referencia en los artículos que siguen, pues es allí en donde se definen.

La Carta Política de 1991, prevé tres institutos de excepción: la guerra exterior, la conmoción interior y la emergencia económica, social o ecológica. Se puede observar que se pasó de dos a tres facultades de emergencia, teniendo en cuenta que el anterior “estado de sitio”, se declaraba cuando ocurriesen hechos que amenazaran la integridad de la República, como el conflicto armado internacional, y también en los casos de las perturbaciones internas del orden público, mientras que en la nueva redacción constitucional dan origen a dos estados de excepción.

Ahora bien, la tipificación de las emergencias que utilizó el constituyente de 1991, se hizo con base en la naturaleza de la crisis que se quería prever y no en la intensidad de ella; el conflicto armado internacional (la guerra exterior); una grave perturbación del orden público interno, que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de atribuciones ordinarias de las autoridades de policía (estado de conmoción interna); y perturbaciones graves e inminentes, del orden económico, social y ecológico del país, o hechos que constituyan grave calamidad pública (estado de emergencia). (Venaga, 2011, pág.39).

1.3. Definición y alcance Constitucional de los Estados de excepción

Es bien sabido que, para que el Gobierno pueda cumplir con la obligación fundamental de conservar y restablecer el orden público, se le ha dotado de lo que se ha denominado poder de policía, o sea, el conjunto de facultades que le permiten restringir las libertades o derechos de las personas, podemos analizar los elementos del orden público, según la doctrina clásica, son seguridad, la tranquilidad y la salubridad pública, a los cuales se agrega para algunos la moralidad pública, y que sin dichos elementos la vida social se hace imposible o muy difícil, porque son condiciones mínimas necesarias para la vida y convivencia humana.(Pérez, 1997,pág.28)

Las facultades excepcionales o extraordinaria, como instrumento para conservar el orden público o restablecerlo cuando fuere gravemente alterado, en la Constitución de 1991, las adquiere el gobierno mediante la declaratoria de los ***Estados de Excepción***, que se encuentran regulados en el capítulo 6 de la Constitución Política de 1991, precisamente en los artículos del 212 al 215, y todas sus directrices se encuentran desarrolladas en la Ley estatutaria 137 de 1994.

El rasgo más significativo de los estados de excepción, incluido el de Emergencia, es que, una vez declarado éste (a través del decreto declarativo del estado de excepción), por mandato constitucional se habilita, a sí mismo, el presidente de la República para que, con la firma de todos sus ministros, pueda “dictar decretos con fuerza de Ley”, denominados decretos legislativos, los cuales deben estar destinados exclusivamente a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

En el ejercicio de esta potestad, el Gobierno debe velar por que sus decisiones se ajusten a los lineamientos establecidos por la propia Constitución Política, razón por la cual la declaratoria del estado de excepción, no debe convertirse en un instrumento para desconocer derechos y

libertades fundamentales de los ciudadanos, ni para inmiscuirse en materias distintas a las que deban ser reguladas con el fin de conjurar los hechos que dieron origen al estado de excepción.

El uso de los poderes excepcionales debe comportar el mínimo sacrificio posible, compatible con la situación extraordinaria y la necesidad de conjurarla, del régimen constitucional ordinario. Por consiguiente: (1) no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales; (2) no se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público; (3) el ejercicio de las facultades será sólo el necesario para enfrentar eficazmente la anormalidad; (4) los decretos legislativos deben guardar una relación de estricta causalidad, con la anormalidad y su resolución; (5) las medidas deben ser proporcionales a la gravedad de los hechos; (6) la duración de los estados está temporalmente definida; (7) el Presidente y los Ministros, responderán por los abusos que cometan al hacer uso de las facultades excepcionales. (Cifuentes, 2002, pág.39).

Tabla 1. Comparativo del Estado de Excepción en Colombia

Tema	Guerra Exterior Art 212	Conmoción Interior Art 213	Estado de Emergencia
Justificación	Es indudable que si el país está en guerra con otra Nación, este hecho por si solo produce perturbación de orden público y repeler una agresión, defender la soberanía y procurar el restablecimiento de la normalidad	En caso de grave perturbación del orden público, que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las	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, o que constituyan grave calamidad pública

Tema	Guerra Exterior Art 212	Conmoción Interior Art 213	Estado de Emergencia
		autoridades de policía.	
Vigencia de Estado de Excepción	Hasta que se restablezca la normalidad.	Máximo de 90 días prorrogable por dos periodos iguales.	En el decretó declarativo se dará el termino de duración.
Decretos Legislativos.	Suspende las Leyes contrarias.	Suspende las Leyes contrarias.	Cuando sean Tributos dejen de regir en la siguiente vigencia fiscal.
Vigencia de los actos expedidos	Hasta que se restablezca la normalidad.	Hasta que se restablezca el orden público	Ver reuniones de congreso
Legitimación para demandar	Control automático, Cosa juzgada	Control automático, Cosa juzgada	Control automático, Cosa juzgada relativa
Marco Normativo de la actuación del gobernó	Convencionalidad. Constitución, Ley Estatutaria, Decreto declarativo.	Convencionalidad. Constitución, Ley Estatutaria, Decreto declarativo.	Convencionalidad. Constitución, Ley Estatutaria, Decreto declarativo.
Reuniones del Congreso	1. El Congreso se reunirá con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales. 2. El Congreso podrá, en cualquier época, reformarlos o derogarlos con el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra cámara.	Dentro de los tres días siguientes a la declaratoria o prórroga del estado de conmoción, el Congreso se reunirá por derecho propio, con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales	1. El Congreso seguirá ejerciendo sus funciones durante todo el tiempo de funcionamiento ordinario. 2. En el decreto de declaración se convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de

Tema	Guerra Exterior Art 212	Conmoción Interior Art 213	Estado de Emergencia
			dicho término. Si no se convocare, igualmente puede hacerlo por derecho propia. 3. Examinará el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el estado de emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas. 4. El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del gobierno.
Acción de tutela	Siempre se aplica.	Siempre se aplica.	Siempre se aplica.
Responsabilidad.	Personal, Política y Disciplinaria Estatal de las personas que	Personal, Política y Disciplinaria Estatal de las personas que	Personal, Política y Disciplinaria Estatal de las personas que

Tema	Guerra Exterior Art 212	Conmoción Interior Art 213	Estado de Emergencia
	haya intervenidos. Siempre.	haya intervenidos. Siempre.	haya intervenidos. Siempre.

Fuente: Creación propia

1.3.1. Estado de Guerra Exterior

Es acto eminentemente político la declaración del el estado guerra exterior, tiene como único objeto, aumentar excepcionalmente las atribuciones policivas del gobierno, como medio para lograr el delicado manejo de situación, que con el conflicto bélico se presenta, para que se declare el estado de guerra exterior exige por supuesto la agresión de un Estado extranjero, necesario que el país esté en guerra con otra Nación, este hecho por si solo produce perturbación de orden público, en cuanto, por los menos, el ambiente psicológico nacional se altere y por ello puede conducir a que se produzca situaciones incontrolables, con las solas atribuciones normales de policía que tiene el gobierno. El gobierno sólo puede decretar el estado de guerra exterior, cuando haya recibido autorización del Senado para tal declaratoria, salvo que juicio del presidente fuere necesario para repeler una agresión.

Según las voces del artículo 212” El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Guerra Exterior. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad”. (Constitución de Colombia, 1991, Art.212)

1.3.2. El Estado de Conmoción Interior

El gobierno Nacional puede decretar el Estado de conmoción interior, cuando haya una grave perturbación de orden público, que atente de manera inminente contra la estabilidad de las instituciones, la seguridad del estado o contra la convivencia ciudadana, y que no puedan ser conjurado mediante el uso de las atribuciones ordinarias de policía, el presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá decretar el estado de conmoción interior.

Los presupuestos para la declaratoria del estado de conmoción interior señalados en el artículo 213 constitucional deben llenarse los siguientes requisitos:

a. La ocurren hechos que generen una grave perturbación de orden público. Entendemos por “orden público”, el conjunto de condiciones que hacen posible a los ciudadanos, el ejercicio normal de sus derechos. Cabe dejar bien preciso que no se debe declarar el estado de conmoción interior por cualquier clase de perturbación de orden público. Este debe tener las características de grave. La Constitución confía al presidente de la República, como primera autoridad administrativa, la preservación y conservación del orden público, para ellos le confiere el llamado “poder de policía, que ejerce de modo ordinario, a través de la totalidad de administración pública.

b. Alteración o Perturbación debe ser grave y debe atentar de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o contra la convivencia ciudadana.

c. Insuficiencia de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía, para conjurar la grave perturbación del orden público, que origina la declaratoria. Se concluye que “se trata, entonces, de un presupuesto fáctico, que es objeto de valoración presidencial y que está sometido a un juicio de suficiencia sobre los medios policivos ordinarios.

(Constitución de Colombia, 1991, Art.213)

El Gobierno Nacional no pueda conjurar la perturbación del orden público durante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía, es decir según el tratadista, García

(2001), cuando se atenta contra la fisonomía política del Estado o se amenace su estabilidad institucional o su seguridad, por eso cuando ocurre tal perturbación de orden público que, precisamente por su gravedad, no puede ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de que está dotado el gobierno, el artículo 231 le otorga facultades extraordinarias de policía. El Presidente de la República puede adquirir tales facultades mediante el decreto que decreta el estado de conmoción interior, en todo territorio Nacional o en parte del mismo, y además se le entrega facultades legislativas.

d. Que el decreto de declaratoria del estado de excepción lleve la firma del presidente y de todos los ministros.

e. Que el mismo fije el término de duración inicial del estado de conmoción interna, que no podrá ser mayor de los noventa días.

El ámbito espacial y el ámbito temporal del estado de conmoción interior fueron definidos por el texto constitucional, respecto del primero se señala que puede abarcar todo el territorio nacional o una parte de este, y respecto del segundo determinó que el término durante el cual podía estar vigente la declaratoria, y lo limitó a noventa (90) días prorrogables por dos períodos iguales, la última prórroga está condicionada al concepto previo y favorable del Senado de la República. (Constitución de Colombia, 1991, Art.231)

De acuerdo con su actual consagración Constitucional, la declaratoria de emergencia cuando sobrevengan hechos distintos a la guerra exterior o conmoción interior, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia. (Constitución de Colombia, 1991, Art.231)

1.3.3. Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica

De acuerdo con su actual consagración Constitucional, la declaratoria de emergencia cuando sobrevengan hechos distintos a la guerra exterior o conmoción interior, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia. El Gobierno Nacional declara el estado de emergencia a través de un decreto legislativo, con el cual se busca la adopción de medidas con fuerza de Ley para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

Para el tratadista Colombiano Jacobo Pérez Escobar (1997), en este momento debemos investigar que debe entenderse por grave perturbación del orden económico, social y ecológico del país, es decir, la emergencia económica, social y ecológica. Entendemos por emergencia, social y ecológica un desequilibrio de los factores de la vida económica social y ecológica del país, capaz de producir una alteración de tal magnitud que la comunidad se vea alterada, en los elementos que aseguran su propia existencia y armonía social. Lo contrario de este fenómeno es orden económico, social y ecológico, que implica estabilidad de las condiciones consideradas normales dentro de una comunidad en cuanto a su vida económica, social y ecológica.

Para establecer cuando hay desorden económico o social, debe tenerse en cuenta que Colombia es un país en vía de desarrollo, que tiene por lo mismo, problemas constantes que perturban o amenazan la estabilidad del equilibrio económico y social, pero que por ser tan frecuente deben considerarse como hechos ordinarios del país. De aquí que no basta cualquier perturbación del orden económico o social, sino que esta debe ser calificada de “grave “para que pueda dar lugar a la declaración de estado de emergencia.

Igualmente, no basta cualquier calamidad pública, como son las epidemias, inundaciones y terremoto, sino que está también debe ser “grave” es decir, que ponga en peligro evidente la existencia actual y futura de la vida de la comunidad colombiana. En virtud del artículo 215 de la Constitución y de la Ley 137 de 1994 (Ley Estatutaria de los Estados de Excepción), la Corte Constitucional ha determinado que la declaración del estado de emergencia debe cumplir unos requisitos formales y materiales, los cuales se desarrollan a continuación:

Los *presupuestos formales* requeridos por la Corte para declarar el Estado de Emergencia Constitucional están dados en:

a) Haber sido firmada por el presidente de la República y todos los ministros.

Esta exigencia constitucional, busca que el Jefe de Estado y sus ministros estén políticamente comprometidos con el contenido de la declaratoria del estado de emergencia y sus desarrollos, atendiendo la responsabilidad política del Gobierno que se establece en la Carta Política.

b) Estar motivada adecuadamente. Ser motivado, con la expresión de las razones de hecho y de derecho por las cuales se hace la declaratoria respectiva o por las que se adoptan las medidas que la desarrollan. Esos motivos deben guardar correspondencia, con los supuestos previstos en la Constitución, para la declaración de cada estado de excepción y con las causas concretas que lo originaron, ello significa que en los *considerandos* del decreto se consignen las razones que dieron lugar a la declaratoria.

c) Establecer claramente su duración. El artículo 215 de la Constitución establece que la declaratoria de emergencia, podrá hacerse por periodos de hasta 30 días en cada caso, que sumados no podrán exceder de 90 días en el año calendario, además de disponer que el Gobierno, debe señalar el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias. Este Tribunal ha indicado que esta exigencia es consecuencia

del principio de temporalidad, que caracteriza a los estados de emergencia, en virtud del cual la transitoria asunción de la función legislativa y el poder que se sigue para restringir las libertades y garantías constitucionales, hacen imperativo un *“periodo estrictamente limitado a las exigencias de la situación”*.

Aquí es necesario distinguir entre el decreto que declara el estado de excepción de los expedidos con fundamento en dicha declaratoria. Podemos distinguirlos así:

En el decreto legislativo que declara la conmoción interior o la emergencia económica, social y ecológica se debe fijar el tiempo de duración, que podrá ser por períodos de treinta días, los cuales, sumados, no podrán exceder de noventa en el año calendario.

d) Determinar con precisión el ámbito territorial de aplicación. Este requisito ha sido derivado de la preceptiva constitucional del estado de conmoción interior, que permite al Gobierno su declaración en toda la República o parte de ella, por lo que la Corte ha recurrido a una aplicación analógica de tal regulación.

e) Convocar al Congreso de la República. La Constitución exige del Gobierno en el decreto declaratorio de emergencia que convoque al Congreso, si no se hallare reunido, para los 10 días siguientes al vencimiento del término de vigencia. Ello es indispensable al permitir al Congreso examinar el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el estado de emergencia y las medidas adoptadas, debiendo pronunciarse expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas.

El Congreso durante el año siguiente a la declaratoria podrá derogar, modificar o adicionar los decretos, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno, ya que aquellas que correspondan a sus miembros podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo. La finalidad de esta exigencia, se endereza a facilitar el control

político, el cual es consustancial a nuestra democracia consustancial. Este requisito de convocatoria no resulta aplicable cuando el Congreso se encuentre reunido durante sus períodos de sesiones ordinarias, al momento de la adopción del decreto declaratorio de estado de emergencia (Constitución de Colombia, 1991, Art.215)

La Honorable la Corte Constitucional, analizado la figura de la 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 (Corte Constitucional, 1999).

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”*(Corte Constitucional, 2011).

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*”. (Corte Constitucional, 1994)

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. (Corte Constitucional, 2017).

1.4. Configuración del control inmediato de legalidad de actos administrativos en desarrollo del Estado de excepción en Colombia

De acuerdo con la Constitución Política y en aras de que el Gobierno Nacional, contara con las herramientas necesarias para conjurar todos aquellos hechos excepcionales que perturben, amenacen o alteren en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, se le otorgó al presidente de la República, la posibilidad de declarar el estado de emergencia y así salvaguardar los intereses superiores de la comunidad. Durante ese período el Ejecutivo puede dictar los decretos que considere necesarios, pero sólo con la finalidad de solucionar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

El ejercicio de esta prerrogativa va ligada indiscutiblemente a la plena observancia de los límites que el propio texto constitucional consagra. En efecto, la declaratoria de los estados de excepción no puede convertirse en un instrumento dirigido al desconocimiento de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, al irrespeto de las reglas del derecho internacional

humanitario, y mucho menos a la interrupción del normal funcionamiento de las ramas del poder público o de los órganos del Estado, o a la supresión y/o modificación de los organismos y las funciones básicas de acusación y de juzgamiento.

De esta manera, la Carta Constitucional al regular esos estados, estatuyó diferentes mecanismos tanto políticos como jurídicos, a los cuales debe someterse desde la decisión a través de la cual, se declara el estado de emergencia, pasando por los decretos legislativos y concluyendo con los decretos expedidos, para la concreción de los fines dispuestos en los mismos. La finalidad de esos controles no es otra que la verificación formal y material del cumplimiento de los parámetros establecidos en el ordenamiento superior para su ejercicio.

Así, en lo que tiene que ver con el control jurídico y con fundamento en el literal e) del artículo 152 supra, se expidió la ley 137 de 1995, Estatutaria de los Estados de Excepción, en cuyo artículo 20, consagró el control inmediato de legalidad de los actos administrativos, de carácter general dictados en desarrollo de los plurimencionados Estados, (Consejo de Estado, 2013, pág.21).

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. Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la jurisdicción contencioso-administrativa indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición”. (Ley 137 de 1994, art.20)*

La Corte Constitucional en su diferente pronunciamiento, recordó que el control es una medida a través de la cual se pretende impedir la aplicación de normas ilegales; en particular consideró lo siguiente:

“Pues bien, en los incisos primero y segundo del artículo que se revisa, se consagra el control automático de legalidad de los actos administrativos, que se expidan como desarrollo de los decretos legislativos dictados por el Presidente de la República durante los estados de excepción, el cual será ejercido por la jurisdicción contencioso administrativa, de acuerdo con la competencia que allí se fija. Estas disposiciones no atentan contra la Ley Suprema y, por el contrario, encajan dentro de lo contemplado en el artículo 237 de la Carta, que le atribuye al Consejo de Estado las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, y el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, al igual que el cumplimiento de las demás funciones que le asigne la Ley.

Dicho control constituye una limitación al poder de las autoridades administrativas, y es medida eficaz con la cual se busca impedir la aplicación de normas ilegales” (Consejo de Estado, 1994).

Sobre el particular y como bien lo ha recalcado el Consejo de Estado, la Ley 137 de 1994 pretendió instaurar, un mecanismo de control automático de legalidad, de los actos administrativos que opere de forma independiente de la fiscalización que lleva a cabo la Corte Constitucional, respecto de la constitucionalidad de los decretos legislativos, que les sirven de fundamento, mecanismo aquél que funge como una garantía adicional de los derechos del ciudadano, y de la legalidad abstracta frente al ejercicio de los inusuales poderes del Ejecutivo durante los Estados de excepción.(Consejo de Estado, 2009,pág.36).

En efecto, se trata nada más y nada menos que de un mecanismo que tiene como propósito, verificar que las decisiones y/o determinaciones adoptadas en ejercicio de esa función administrativa se encuentren dentro de los parámetros, finalidades y límites establecidos.

Se debe pues analizar la existencia de la relación de conexidad, entre las medidas adoptadas dentro del acto objeto de control, y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia, así como su conformidad con las normas superiores en que se fundamenta.

Entonces, éste supone el examen de lo relativo a la *“competencia de la autoridad que lo expidió, la realidad de los motivos, la adecuación a los fines, la sujeción a las formas y la proporcionalidad de las medidas expedidas en el marco del Estado de Excepción”*. (Consejo de Estado, 2010, pág.38).

2. Alcance del control inmediato de las medidas de carácter general por parte de las autoridades en ejercicio de funciones administrativas al interior de las entidades territoriales en la expedición de decretos legislativos proferidos durante los denominados Estados de excepción

El contenido central de Derecho Administrativo, es el control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales de la administración, este punto de partida el fundamento al axioma ha mayor discrecionalidad, mayor deber el control judicial, si lo anterior se predica respecto al ejercicio ordinario de las potestades discrecionales de la administración con más razón en la actualidad, tiene máxima importancia al referimos a los Estados Excepción, por definición los Estado de Excepción, otorgan al ejecutivo un nivel de discrecionalidad y concentración de poder, que incluso llega hasta la potestad de asumir competencia que en condiciones de normalidad, son

exclusivas del legislador, lo cual puede ser con los decreto que tiene fuerza de Ley; tal como lo establece la Ley 137 de 1994, que regula los Estados de excepción.

Lo primero que vamos a visibilizar buscar la diferencia que existe entre la función administrativa territorial dentro de un marco constitucional ordinario y la función administrativa territorial dentro de Estado de Excepción con base los decretos legislativos.

La declaratoria del Estado de Excepción Constitucional, no conlleva per se la derogatoria del ordenamiento jurídico ordinario, y reconocer en ese mismo sentido la coexistencia de una legislación ordinaria, la no regulada por los decretos legislativos y una legislación dictados con fundamento en el estado de excepción que haya sido declarado, deben circunscribirse a las medidas estrictamente necesarias, para afrontar y superar la crisis.

Igualmente, estas últimas deben ser proporcionales a la gravedad de los hechos, y no pueden implicar la suspensión de los derechos humanos, ni de las libertades fundamentales, y, en todo caso, deberán respetar las reglas del Derecho Internacional Humanitario.

De la misma manera, frente a toda la actividad administrativa, diferentes a la relacionada con el Estado de excepción, las autoridades territoriales conservan su competencia y atribuciones, de conformidad con el marco jurídico general que nos rige, igualmente, sobre esa función administrativa efectivamente coexiste el denominado medio de control ordinario de legalidad.

Algo central en este análisis es recordar que el ejercicio de la función administrativa territorial, se desarrolla dentro de la recta interpretación de dos principios la autonomía para asuntos locales y la noción de Estado Unitarios para asuntos de orden nacional.

Sin embargo, esa claridad empieza como confundirse por la situación radica que dentro del Estado de Excepción Constitucional, las autoridades territoriales, acogen el régimen el denominado gestión de riesgo, es decir, la declaratoria de calamidad pública con fundamento en

la Ley 1523 de abril 24 de 2012, es un régimen ordinario pero de naturaleza especial, hace relación al concepto de desastre, lo identifica desde el punto de vista del ámbito nacional, su declaratoria le corresponde hacer al Presidente de la República, mediante un Decreto ordinario y su magnitud la fija de acuerdo a sus efectos Nacional, Regional, Departamental y Municipal y a la par de este concepto de desastres, de esta materia del sistema gestión de riesgo, coexiste el que se denomina calamidad pública está referida al nivel territorial, corresponde a los gobernadores y a los alcaldes dentro de sus respectiva jurisdicción y tiene como finalidad tomar medidas sobre situaciones de orden local, a título enunciativo un terremoto en una determinada entidad territorial, un incendio en un municipio, inundación, etc.

Esto implica que coexiste de este régimen especial, normativa para la situaciones de desastres y calamidad pública, pues sencillamente en un tema como la contratación pública tiene una normativa especial, consagra que al declarar la calamidad pública, que está dada dentro de un ordenamiento jurídico Constitucional normal, la contratación pública se realiza mediante las formalidades y ritualidades que exige el ordenamiento jurídico, entre particulares con fundamento en el artículo 65, 66, 67 de la Ley 80 de 1993.

En ese orden de ideas, frente al marco de la función administrativa territorial y dentro de la Constitucionalidad normal, esta declaratoria de calamidad pública, si bien conlleva a un régimen especial, hace parte del ordenamiento jurídico permanente y responde a la noción de un régimen de excepción, fundado en los decretos legislativos, convirtiéndose esto, en la particularidad para entender el ejercicio administración pública territorial, pero dentro marco de Estado de Excepción que se encuentran regulados en el capítulo 6 de la Constitución Política de 1991, precisamente en los artículos del 212 al 215, y todas sus directrices se encuentran desarrolladas en la Ley estatutaria 137 de 1994.

El primer aspecto que se hace necesario precisar, radica en sostener que los límites del ejercicio de las dos funciones administrativas territoriales, siendo estas la ordinario y la excepcional, son de naturaleza objetiva, en el sentido que lo fija o determina, el propio contenido del correspondiente decreto legislativo del Estado de Excepción, se constituye no solo en la fuente normativa, sino la causa que implica el ejercicio de la Función Administrativa Territorial en un Estado de Excepción.

En el Estado de Excepción Constitucional, las autoridades territoriales no conservan una competencia general, ordinaria, total, absoluta para el ejercicio de la función administrativa, respecto de las materias que hayan aborda mediante decretos legislativos, incluido el decreto legislativo que declara el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

En ese orden de ideas, los límites jurídicos para diferenciar el ejercicio de la función administrativa denominada ordinaria, y la que hemos señalada como función administrativa excepcional, lo constituye los propios decretos legislativos que declararon el estado de excepcionalidad constitucional, el primer decreto legislativo es el No. 417 de marzo 17 de 2020 y la segunda emergencia contenida en el decreto legislativo No. 637 de mayo 6 de esa misma anualidad.

Ese marco legal no se puede interpretar de una manera formal, pues requiere una interpretación sustancial en el sentido que su razón de ser, o su propia finalidad, no se reduce a la simple declaratoria del estado de excepción, por el contrario, debemos interpretarlos en el sentido de su propia finalidad, eso implica una análisis sustancial de los decretos legislativos, que no solamente se utilizan para análisis de su Constitucionalidad sino para reconocer, cuales son las materias que serán objeto de la regulación, mediante un decreto legislativo, ese sería un primer

limite y el segundo lo constituye cada uno de los decretos legislativos, que se profieran para regular de manera particular y concreta unas determinadas materias del Estado de Excepción.

Esta diferencia entre ejercicio de las funciones administrativas, unas realizadas bajo el marco de la normalidad Constitucional y otras bajo excepcionales de Constitucional, es muy transcendental y debe contrastar la diferencia, no hacerla confundir, implica en primer lugar dejar sin efecto la política legislativa nacional, es decir, si una materia regulada por un decreto legislativo, bastaría para que un Alcalde regulara la misma materia, con fundamento en normas ordinarias, aunque especiales para desconocer toda la política legislativa nacional e igualmente el control inmediato de legalidad.

Consideraciones de la naturaleza, finalidad, es la razón de ser del control inmediato de legalidad, esta institución y la declaratoria de estado de excepción, no es discrecional por parte de Ejecutivo Nacional, requiere especial motivación mediante la cual se justifique la existencia de circunstancias extraordinarias, pero igualmente porqué los mecanismos ordinario no son suficientes, para mantener una normal estabilidad política, social, económica y ecológica, debiendo acudir a Instituciones Constitucionales Extraordinarias.

El ejercicio de esa facultad legislativa excepcional, propia de los estados de excepción, por parte del poder ejecutivo, y las medidas de carácter general, dictadas en ejercicio de la función administrativa, como desarrollo de los decretos legislativos, son objeto de control a través de diferentes mecanismos que contemplan la misma Constitución Política y la Ley.

De ahí, la necesidad del control de constitucionalidad de la declaración de los estados de excepción, y de los decretos a través de los cuales el Ejecutivo ejerce el poder legislativo, entonces, emana (control automático de constitucionalidad) que ejerce la Corte Constitucional (Const. Pol. Arts. 214 (numeral 6) y 215 (parágrafo)), y también, el control jurisdiccional de las medidas de

carácter general que se implementan, en ejercicio de función administrativa, como desarrollo de los decretos legislativos expedidos durante los estados de excepción (control inmediato de legalidad), el cual ejerce esta jurisdicción, según lo previsto por el artículo 20 de la Ley estatutaria 137 de 1994.

De igual manera recordar que en el Estado de Excepción, no solamente están vigentes en el ordenamiento jurídico, sino coexisten igualmente los controles políticos y judiciales, respecto a los decretos legislativos y al ejercicio de la función administrativa a través de las funciones del Congreso, Corte Constitucional, Consejo de Estado, la Corte Suprema de justicia y los Tribunales Contenciosos Administrativos. Lo anterior significa, que frente a las competencias excepcionales, es decir, decretos legislativos y la función administrativa excepcional, se consagra igualmente los controles judiciales excepcionales el control automático de constitucionalidad y control inmediato de legalidad.

Desde la visión función administrativa, el control de legalidad ha sido entendido, como una limitación al poder de las autoridades administrativas, esa es su razón de ser, cuando ejercen facultades y competencias excepciones, que permiten definir sustancialmente y en un tiempo razonable la conformidad con ordenamiento jurídico superior, de un acto administrativo de contenido carácter general, en ese sentido desde la visión Constitucional, responde igualmente a lo que hemos denominado Tutela Judicial Efectiva.

2.2.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

Todas las Actuaciones de la Administración, deben ser objeto de control en su gran mayoría, por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y ese control no cesa en contexto los estados de excepción, por el contrario, fue intención del Legislador Estatutario, que se estableciera este control especial inmediato de legalidad, de los actos administrativos, siendo un reto enorme para la jurisdicción Contenciosa en tiempos de pandemia, por la cantidad de actos administrativos que expiden todo los días las Autoridades de Territoriales.

Para la Sala Plena, del Consejo de Estado, (2011-1210), sostiene que la Convención Americana de los Derechos Humanos, la cual indica la tutela judicial efectiva, es el derecho que tienen todas las personas a tener un recurso expedito ante los jueces o tribunales competentes, y constituye uno de los pilares básicos del Estado de derecho en una sociedad democrática. Ese derecho tiene fundamento en los artículos 8, sobre garantías procesales y 25.1 establece la protección judicial de la Convención Americana de los Derechos humanos.

Respecto de lo anterior, en la sentencia del 29 de septiembre de 1999 proferida por la Corte Interamericana de DDHH, en el caso Cesti Hurtado contra Perú, dicha Corporación señaló que, para que los Estados respeten ese derecho, no basta con que los recursos existan formalmente, sino que, además, deben tener efectividad real. Entre tanto, la Constitución Política de Colombia de 1991, también consagra el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, lo cual se deduce de los artículos 1, 2, 29 y 229 de la Carta.

Al respecto, la Corte Constitucional, ha considerado que el derecho de acceder a la administración de justicia, fija un deber de asegurar que los medios judiciales, sean efectivos para resolver las controversias planteadas por todas las personas, y que este «le impone a las autoridades

públicas, como titulares del poder coercitivo del Estado y garante de todos los derechos ciudadanos, la obligación correlativa de promover e impulsar, las condiciones para que el acceso de los particulares a dicho servicio público, sea real y efectivo», lo que significa, a su vez, como lo expresa la Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-500, de julio 16 de 2014 «el compromiso estatal de lograr, en forma real y no meramente nominal, que a través de las actuaciones judiciales se restablezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se estiman violadas.

El Consejo de Estado, sostiene que desde el punto de vista convencional y constitucional, el medio de control inmediato de legalidad definido en los artículos 20 de la Ley Estatutaria 137 de 1994 y 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 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, es posible extender el control judicial a todas aquellas medidas de carácter general, dictadas en ejercicio de la función administrativa que no solo se deriven de los decretos legislativos emitidos por el Gobierno Nacional.

Esto significa que los actos generales emanados de las autoridades administrativas, que tengan 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, puede suceder que se presente la confluencia de propósitos y la superposición de competencias, lo cual, autoriza al juez del control inmediato que avoque el conocimiento con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva.

Esta tesis se fundamenta 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,

y en cuarentena nacional obligatoria desde el 24 de marzo de 2020, 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.

Dada la situación extraordinaria generada desde la declaratoria del estado de emergencia, por parte del Gobierno Nacional, que ha limitado ostensiblemente 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 sobre los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuando se refieren al control inmediato de legalidad de 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», incluyen a todos aquellos expedidos a partir de la declaratoria de emergencia, con el fin hacer frente a los efectos de la pandemia, así no penden directamente de un decreto legislativo; pues estos, en ciertos casos, tienen el potencial de generar restricciones arbitrarias a los derechos humanos, al Derecho Internacional Humanitario, a las libertades fundamentales de las personas y a los derechos sociales de los trabajadores, los cuales no pueden suspenderse, ni desmejorarse según lo consagran los artículos 212 a 215 de la Constitución. Además, el caos propio de la emergencia podría llevar a lamentables actos de corrupción, que requieren de decisiones judiciales ágiles y oportunas.

Como ejemplo de lo anterior, se tiene que algunas de las medidas más relevantes para afrontar la crisis generada por la pandemia, como son las de confinamiento y de restricción de la libertad de locomoción, fueron adoptadas mediante los Decretos 418 del 18 de marzo de 2020, 420 de la misma fecha y 457 del 22 de marzo de 2020, los cuales se fundamentaron, no en los decretos

legislativos del estado de emergencia, sino en los poderes de policía ordinarios regulados en el numeral 4 del artículo 189 y 296 de la Constitución, para el Presidente de la República, y en los artículos 305 y 315 para los gobernadores y alcaldes, respectivamente. Además, en competencias consagradas en el Código Nacional de Policía y Convivencia, Ley 1801 de 2016.

Otro interesante ejemplo lo encontramos en las declaratorias de la urgencia manifiesta, para efectos de la contratación estatal, que está regulado en normas ordinarias, esto es, el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 y el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. No obstante, en el artículo 7 del Decreto Legislativo 440 de 20 de marzo de 2020 dispone lo siguiente: “la declaratoria de estado de emergencia económica, social y ecológica, y en los términos del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, se entiende comprobado el hecho que da lugar a declarar la urgencia manifiesta por parte de las entidades estatales, para la contratación directa del suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la pandemia del coronavirus COVID-19, así como para realizar las labores necesarias para optimizar el flujo de los recursos al interior del sistema de salud. Las actuaciones contractuales adelantadas con fundamento en la urgencia manifiesta se regirán por la normatividad vigente. Con el mismo propósito, las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993 podrán contratar de manera directa esta clase de bienes y servicios”.

En conclusión, en estos casos, es evidente que se presente la confluencia de propósitos y la superposición de competencias, lo cual autoriza al juez del control inmediato que avoque el conocimiento con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva. Por esto, con un criterio de razonabilidad y, dado que la esencia del control inmediato de legalidad, radica en garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, se hace necesario actualizar el contenido de las disposiciones

legales antes enunciadas, para que se amplíe el espectro de los actos susceptibles de tener control inmediato de legalidad. (Consejo de Estado, 2020)

2.3. Noción del control inmediato de legalidad

Se trata, pues, de uno de los mecanismos dispuestos por el ordenamiento jurídico, para evitar que so pretexto de situaciones especialmente críticas, el ejecutivo desconozca los pilares básicos del régimen democrático o los derechos fundamentales de los asociados.

El Control Inmediato de Legalidad, está definido como un mecanismo jurisdiccional para controlar de manera inmediata, oficiosa, integral, autónoma y participativa ante el juez contencioso administrativo, la revisión de las medidas de carácter general o abstracto, que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa, por las autoridades públicas nacionales y territoriales, no necesariamente tiene que ser actos administrativos, puede ser cualquier medidas administrativas pero de carácter general, y que hayan sido expedidos en desarrollo de los decretos legislativos proferidos durante los denominados estados de excepción, valga decir, los previstos en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución Política.

El control inmediato de legalidad, previsto en los artículos 20 de la Ley estatutaria 137 de 1994 y 136 de la Ley 1437 de 2011, es de naturaleza jurisdiccional y tiene como finalidad revisar que las medidas de carácter general, que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, se ajusten al orden jurídico vigente. Para el (Tribunal Administrativo De Antioquia, 2020, pág.25).

En palabras del Consejo de Estado, la noción de control inmediato de legalidad es el medio jurídico previsto en la Constitución Política para examinar los actos administrativos de carácter general, que se expiden al amparo de los estados de excepción, esto es, actos administrativos que

se desarrollan o reglamentan un decreto legislativo. (Consejo de Estado, 2012). El concepto de control inmediato de legalidad, es un control especial que tiene a cargo la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, como un mecanismo judicial en virtud de cual se ejerce sobre un acto, disposiciones o medidas de contenidos general, se exceptúa, que los actos tienen un contenido particular, no son susceptible de este control, dictadas en ejercicio de la función administrativa, cuando su contenido desarrolle un decreto legislativo expedido con base en cualquier Estado de Excepción.

Para la Corte Constitucional, el control inmediato de legalidad de los actos administrativos, que se expidan como desarrollo de los decretos legislativos dictados por el Presidente de la República, durante los estados de excepción, constituye una limitación al poder de las autoridades administrativas y es una medida eficaz con la cual se busca impedir la aplicación de normas ilegales.

En algunos casos excepcionales el control de los actos de las autoridades administrativas, a pesar de ejercerse por las autoridades jurisdiccionales, no es producto de la iniciativa de un ciudadano, mediante ejercicio de una acción, sino que la Constitución o la Ley han previsto que dicho control se lleva cabo directamente por la autoridad jurisdiccional correspondiente, de manera automática. (Rodríguez, 2013, pág.30). Aunque el control se ejerce de manera inmediata y automática, la medida de carácter general en ejercicio de la función administrativa continúa produciendo sus efectos, mientras no sea suspendida a través de una medida cautelar de urgencia o declarada su nulidad.

El Juez contencioso administrativo estudiara que la declaratoria de Estado de Excepción no confiere de por si facultades, sino que abre una expectativa de facultades, debe cumplir con principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación de incompatibilidad; igualmente,

ha de tenerse en cuenta que el juicio sobre estas medidas no solo es de constitucionalidad y de legalidad, pues también es de razonabilidad. En ese sentido debe aplicarse el test de proporcionalidad, para determinar si ella es acorde con el objetivo de la emergencia, y si además existen otras menos lesivas para los derechos y libertades de las personas (Consejo de Estado, 2020).

2.4. Marco normativo del procedimiento del medio de control inmediato de legalidad

La Jurisdicción Contenciosa Administrativa se constituye en un medio técnico y jurídico para controlar a la Administración Pública en su actuar, materializado en actos administrativos, hechos administrativos, operaciones administrativas y contratos estatales (art. 83 CCA), con el objeto de preservar el estado de derecho, los derechos humanos de las personas y la institucionalidad de la República, dando certeza jurídica a las situaciones jurídicas ambivalentes, y dirimiendo los conflictos que se presenten entre los particulares y el Estado o entre las Entidades Públicas. (Fernández, 2015, pág.58).

La doctrina coincide en afirmar que es un medio técnico–jurídico, que somete la actividad de órganos dependientes (los de la administración lo son) a la fiscalización de órganos independientes, para eliminar el acto, con fuerza de cosa juzgada, aquellos aspectos de ilegalidad perturbadores del ordenamiento jurídico general, o de los derechos subjetivos de los administrados, o para sancionar su actividad material desconocedora de estos mismos derechos. (Betancur, 1996, pág.69).

De conformidad con lo previsto por el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, por medio de la cual se regulan los estados de excepción, y por el artículo 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los actos de carácter general que sean dictados

en el ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos, expedidos durante la aplicación de dichos estados de excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por el tribunal o juez administrativo competente, en el lugar donde se expidan los actos, ellos son expedidos por autoridades territoriales o por el Consejo de Estado, si emanaren de autoridades nacionales, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En segundo lugar, el control es competencia de la Sala Penal de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con el artículo 111 numeral 8 de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; en cuanto el procedimiento aplicable, lo define el artículo 185 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (Rodríguez, 2013, pág.36)

Las reglas básicas del trámite procesal, son las previstas de modo especial en el artículo 185 de la Ley 1437 de 2011, sin perjuicio de las normas complementarias en el proceso contencioso administrativo, consagradas en ese mismo cuerpo normativo, para aquellos aspectos de procedimiento que no cuenten con norma especial, y que sean compatibles con dicho procedimiento.

La autoridad administrativa, es decir, los distintos órganos que integran las ramas de Poder Público, los órganos autónomos e independientes, cuando unos u otros cumplen funciones administrativas, que en cumplimiento de esos roles, expidan medidas administrativas pero de carácter general, que hayan sido expedidos en desarrollo de los decretos legislativos, proferidos durante los denominados Estados de Excepción, no es necesario que alguien ejerza el derecho de acción, toda vez que el medio de control tiene carácter automático e inmediato. Por ello, es obligación de la autoridad administrativa que profiere la medida de carácter general, enviarla al juez competente de su control, en un plazo de 48 horas a partir de su expedición, y si no lo hace,

la jurisdicción de lo contencioso administrativo, puede asumir su control oficioso, para darle el trámite consagrado en el artículo 185 de la Ley 1437 de 2011.

Al analizar la norma artículo 185 de la Ley 1437 de 2011, realizada por Munar & Ortiz, (2017), se considera lo siguiente:

1. Proceso. Se tramitará así; una vez recibida la copia auténtica de los actos generales, que sean proferidos en ejercicio de las funciones administrativas, durante los Estados de Excepción, y como desarrollo de los decretos legislativos dictados por autoridades departamentales y municipales, en la secretaria general de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado o del Tribunal administrativo, de acuerdo con la competencia, se hará el correspondiente; en caso contrario, se asumirá el control de oficio y se procederá a repartirlo entre los magistrados para su sustanciación.

2. Llegado al Consejo de Estado o de Tribunal Contencioso Administrativo, dependiendo de la competencia, una vez se realice el reparto entre todos los magistrados de la sala contenciosa administrativa, la expresión de la Ley es equivocadamente al señalar admisión de la demanda, se trata de un control oficioso, que no opera por vía de acción, es decir, no está sujeto a la presentación de una demanda contenciosa, que demarque los límites para el juicio de la legalidad del acto, lo que se hace que evoca conocimiento el ponente examinará, si el acto es o no objeto de control automático ante juez contencioso, actos jurídicos estatales, de contenido general o abstracto proferidos en ejercicio de función administrativa, hayan sido expedidos en desarrollo de los decretos legislativos proferidos durante los denominados estados de excepción, es decir, los previstos en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución Política.

3. Medidas Cautelares: Procede la suspensión provisional que se decidirá en el auto de evoca el conocimiento. Si debe adoptar alguna medida cautelar si el magistrado ponente encuentra

que hay una violación fragante de una norma superior puede suspender provisionalmente el acto con fundamento en el artículo 229 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que aplica a todos los medios de control.

Las medidas cautelares de urgencia, tiene máxima importancia, resaltar la necesidad del control inmediato, como lo indica el artículo 185 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que regula el procedimiento a seguir por la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Safar, 2011), con el fin de evitar la generación de situaciones administrativas que requieran de una corrección posterior, y que pudieron evitarse de haberse contado, con la decisión judicial de manera oportuna. No obstante, los términos regulados en el artículo 185 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no enaltecen la celeridad esperada porque suman 65 días, lo cual contradice el sentido común de los términos máximos previstos en el artículo 215 de la Constitución Política, el cual indica que la declaratoria del estado de emergencia de orden económico, social, ecológico y grave calamidad pública, podrá ser decretado por periodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de 90 días en el año calendario.

Por esta razón, ante la evidente posibilidad de un tardío control de legalidad, el juez puede considerar que, en algunos casos, sea pertinente adoptar una medida cautelar de urgencia, tal y como lo autoriza el artículo 234 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. El Ministerio Público o cualquier ciudadano podrán presentar la solicitud dentro del término de diez días de fijación del aviso indicado, en el numeral 2 del artículo 185 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; incluso, el juez en un caso evidente, podrá decretar la medida cautelar de oficio, lo cual significa que se trata de una

interesante excepción a la regla general de petición de parte, cuando se trata de medidas cautelares, todo lo anterior con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva.

4. El magistrado ponente, en el auto en que evoca conocimiento, ordenará fijar en la secretaria, un aviso sobre la existencia del proceso por el término de diez días, y en la página web de la jurisdicción contenciosa administrativa, para las intervenciones de terceros, participación de la comunidad en el trámite, para que cualquier ciudadano pueda intervenir por escrito, para defender o impugnar la legalidad del acto administrativo, e invitará, en caso de que se estime conveniente, a entidades, organizaciones privada o experto en el asunto en cuestión, para que presente conceptos sobre puntos relevantes en un plazo prudencial. Asimismo, en este auto se podrá decretar las pruebas que se estimen conducentes, las cuales se practicarán en el término de diez (10) días.

5. Concepto Ministerio Público, expirado el término de la publicación del aviso o vencido el término probatorio, cuando este fuere procedente, pasará el asunto al Ministerio Público para que dentro de los diez (10) días siguientes rinda concepto.

6. Fallo: vencido el traslado para rendir concepto por el Ministerio Público, el magistrado ponente registrará el proyecto de sentencia, dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de remitido el proceso al despacho. La sala plena de la respectiva corporación proferirá la sentencia dentro de los veinte (20) días siguientes, salvo que existan otros asuntos que gocen de prelación constitucional.

7. Ausencia de Perjudicialidad. El hecho de que la Corte no haya fallado sobre los decretos legislativos que debe revisar, el juez contencioso debe pronunciarse en su revisión automática. (Consejo de Estado, 2020)

2.5.Características del medio de control inmediato de legalidad

Se trata de un medio de control judicial de la actividad administrativa, con características sui generis, que en buena parte derivan de especial finalidad. Entre esas particularidades, ocurre que, según muestra el doctrinante Arias García (2013), medio de control inmediato de legalidad de los actos administrativos, en desarrollo de los decretos legislativos proferidos durante los denominados estados de excepción, no hay pretensiones ni partes procesales, lo que obedece a su oficiosidad, frente a lo cual la doctrina ha establecido que se trata del único medio de control auténtico, pues no precisa de un actor.

Estas especificidades resultan relevantes en sede procesal, en cuanto tiene que ver, por ejemplo, con la posibilidad de rechazar el trámite del control, o con la pertinencia de las normas que regulan el reparto de asuntos entre sala y ponente. La Sala Plena ha tenido oportunidad de referirse a los alcances del control automático de juridicidad, practicado por el Consejo de Estado, respecto de los decretos proferidos por el Gobierno Nacional, como desarrollo de los decretos legislativos que se dictan durante los estados de excepción. Ha señalado la jurisprudencia, como rasgos característicos del control inmediato de legalidad, entre otros, su carácter jurisdiccional, su integralidad, su autonomía, su inmediatez o automaticidad, su oficiosidad, el tránsito a cosa juzgada relativa, y “su compatibilidad y/o coexistencia con los cauces procesales ordinarios, a través de los cuales resulta posible que cualquier ciudadano cuestione la legalidad de los actos administrativos. (Consejo de Estado, 2011, pág.21).

Con apoyo indicado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado, (2009-00549), los rasgos en virtud de los cuales la jurisprudencia de esta Sala, pueden resumir las características esenciales de este medio de control, a las cuales nos referimos, así:

1. Legitimación por activa; no existe, pues se trata de un control inmediato de legalidad.

2. Oportunidad para demandar. En realidad, no existe pues durante las (48), cuarenta y ocho horas siguientes a la expedición de los actos administrativos, las autoridades competentes deben enviarlo a la autoridad judicial competente; de lo contrario esta aprehenderá de oficio su conocimiento (Munar & Ortiz, 2017, pág.36).

3. Pretensiones: que se declare la nulidad de los actos administrativos generales en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción.

4. Su carácter jurisdiccional, Es un verdadero proceso judicial, porque el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 otorgó competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para tramitar dicho mecanismo de revisión de las medidas de carácter general, expedidas por las autoridades públicas nacionales y territoriales; de ahí que la providencia que decida el control inmediato de legalidad es una sentencia judicial. El examen del acto administrativo respectivo se realiza a través de un proceso judicial, de suerte que la naturaleza jurídica de la decisión mediante la cual se resuelve el asunto es una sentencia.

5. Su integralidad. Es integral, por cuanto es un juicio en el que se examina la competencia de la autoridad que expidió la medida, la conexidad con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción, la sujeción a las formas y la proporcionalidad de las medidas adoptadas para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos. La misma jurisprudencia ha dicho que, aunque en principio podría pensarse que integral significa que se confronta con todo el ordenamiento jurídico, hay que tener en cuenta que, debido a la complejidad del ordenamiento jurídico, el control de legalidad queda circunscrito a las normas invocadas en la sentencia con la que culmina el procedimiento especial de control inmediato de legalidad.

En la medida en que los actos enjuiciados ‘deben confrontarse con todo el ordenamiento jurídico’ y la fiscalización que debe acometer el juez administrativo, respecto del acto respectivo incluye la revisión de aspectos como la competencia para expedirlo, el cumplimiento de los requisitos de forma y de fondo, la conexidad de las medidas que se dicten con las causas que dieron origen a su implantación, el carácter transitorio y la proporcionalidad de las mismas, así como su conformidad con el resto del ordenamiento jurídico, siempre bajo el entendido de que ellas hacen parte de un conjunto de medidas proferidas con la exclusiva finalidad de ‘conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

6. Es automático e inmediato, porque no se requiere de una demanda de nulidad para que la jurisdicción asuma el control. Por el contrario, la jurisdicción aprehende el acto, para controlarlo, aún contra la voluntad de quien lo expide, y sin limitación en cuanto a la legitimación por activa o por pasiva, ya que quien ordena hacer el control es la Ley misma, no una demanda formal.

Porque tan pronto se expide la correspondiente medida de carácter general, como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, la autoridad pública que la expidió debe remitirla a la jurisdicción contencioso administrativa dentro de las 48 horas siguientes, para que se ejerza el control correspondiente; de no hacerlo, la autoridad judicial competente debe asumir, de oficio, el conocimiento del asunto; por consiguiente, no es necesario que el acto se haya divulgado.

7. Asimismo, es compatible con el medio de control de nulidad simple que puede intentar cualquier persona para cuestionar los actos administrativos de carácter general, de modo que la medida o el acto administrativo proferido como desarrollo de los decretos legislativos, durante los estados de excepción puede demandarse, posteriormente, a través de los medios de control ordinarios que contempla el ordenamiento jurídico (nulidad simple y nulidad por

inconstitucionalidad, según el caso), siempre que se sustente en la violación de normas diferentes a las examinadas en el trámite del control inmediato de legalidad.

De hecho, el mecanismo de control inmediato de juridicidad, respecto de los actos administrativos proferidos durante los estados de excepción, busca aproximar el ejercicio de las potestades administrativas, al ideal de impedir que se consuman los efectos de decisiones contrarias al ordenamiento jurídico, en especial cuando tales determinaciones tienen una particular potencialidad de afectar los derechos y libertades de las personas, riesgo que sin duda se hace patente durante la vigencia de un estado de excepción; empero, el anotado cauce preventivo de protección de la legalidad objetiva y de los derechos y libertades de los individuos, en manera alguna colisiona y, al contrario, se complementa de eficaz manera con los cauces y herramientas procesales ordinarios.

8. Su oficiosidad, consistente en que, si la entidad autora del acto incumple con el precitado deber de envío del mismo a esta Jurisdicción, el juez competente queda facultado para asumir el conocimiento de las decisiones respectivas de forma oficiosa “o, incluso, como resultado del ejercicio del derecho constitucional de petición, formulado ante él por cualquier persona

9. No impide la ejecución de la norma, pues hasta tanto se anule permanece dotada de la presunción de validez que acompaña a los actos administrativos.

10. No es requisito que se encuentre publicado en el diario o gaceta oficial para que proceda el control, ya que una cosa es la existencia del acto y otra su publicidad con fines de oponibilidad y exigibilidad.

11. El control inmediato de legalidad es compatible con las acciones públicas de nulidad Simple y nulidad por inconstitucionalidad, según sea el caso. De modo que el acto administrativo general, expedido para desarrollar los decretos legislativos proferidos por el Gobierno Nacional

durante el Estado de Excepción, puede demandarse posteriormente en nulidad simple o en nulidad por inconstitucionalidad, siempre que se alegue la violación de normas diferentes a las examinadas en el trámite de control inmediato de legalidad.

12. Es un control participativo, pues, los ciudadanos podrán intervenir defendiendo o atacando la legalidad de los actos administrativo objeto de control.

13. La sentencia que decide el control inmediato de legalidad hace tránsito a cosa juzgada relativa, según lo dispuesto por el artículo 189 de la Ley 1437 de 2011. Es de anotar, que los fallos que declaran ajustados al ordenamiento jurídico, los actos objeto de control o los que declaran nulidades parciales, respecto de algunos de sus preceptos, aunque tienen efecto *erga omnes*, esto es, oponible a todos, sólo tienen fuerza de cosa juzgada relativa, es decir, sólo frente a los aspectos de legalidad analizados y decididos en la sentencia, de modo que la decisión adoptada en un fallo, que mantenga la legalidad del acto objeto de control no es obstáculo, para que en el futuro se produzca otro pronunciamiento que recaiga sobre reproches distintos que puedan edificarse sobre la misma norma.

Así pues, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, cuentan con la potestad de limitar los efectos de sus pronunciamientos, a través de la figura de la cosa juzgada relativa, en aquellos eventos en los cuales medien razones, que justifiquen que la sentencia proferida en un determinado proceso, sin desconocer que hace tránsito a cosa juzgada y, en tal virtud, los asuntos allí resueltos quedan fijados de manera definitiva, no impide que puedan volverse a plantear exámenes de constitucionalidad y/o de legalidad respectivos, de los enunciados normativos analizados, pero con fundamento en problemas jurídicos distintos de los abordados por la Corporación respectiva en el fallo que previamente ha sido proferido.

2.6.Requisitos de procedencia del control inmediato de legalidad en las medidas de carácter generales emitidas por las autoridades de las entidades territoriales en el ejercicio de funciones administrativas en la expedición de decretos legislativos proferidos durante los denominados Estados de excepción.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley estatutaria 137 de 1994 y 136 de la Ley 1437 de 2011, antes transcritos, las medidas que están sometidas a este instrumento automático e inmediato de control son las que reúnen la totalidad de los siguientes requisitos:

a). **Que sean de carácter general de las autoridades entidades territoriales:** Para la Corte Constitucional, las medidas que afecten o estén dirigidas a una pluralidad indeterminada de personas, con efectos erga omnes, de modo que, si la medida contiene supuestos normativos, éstos deben aparecer enunciados de manera objetiva y abstracta. (Corte Constitucional, 2004).

Puede ser Actos Administrativos Generales son los que crean, modifican o extinguen una situación jurídica objetiva, abstracta, impersonal, no relacionadas directa o inmediateamente con persona determinada. El acto administrativo general lo es, independientemente de que sus disposiciones sean permanente o transitorias (actos reglamentarios), o de que sus efectos se agoten o consuman instantáneamente (permiso para realizar una reunión en un lugar público, toque de queda, etc.) o de forma gradual o escalona (convocatoria a un concurso o de una licitación); como también del número de personas potencialmente susceptible de resultar afectadas por él, de suerte que lo es el que está dirigido a situaciones concretas (delegación de funciones que el jefe de una entidad hace en un cargo desempeñado por un subalterno suyo), o el que contiene situaciones abstractas, como el que se dirige a todos los empleados de la entidad (fijación de horario de trabajo), al igual que el dirigido a la población de un municipio determinado, o de toda la Nación (reglamentación

de un impuesto). Es pues, la abstracción o indeterminación individual de sus destinatarias, o de las personas que puede resultar cobijadas por el acto, lo que caracteriza el acto administrativo general (Berrocal, 2009, pág. 136).

Estas medidas de carácter general o abstracto que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa, por las autoridades públicas nacionales y territoriales, no necesariamente tiene que ser actos administrativos, puede ser cualquier medidas administrativas, pero de carácter general y que hayan sido expedidos en desarrollo de los decretos legislativos, proferidos durante los denominados estados de excepción, valga decir, los previstos en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución Política.

Por el ámbito de la aplicación de Acto Administrativo surgen distinta clase de actos, en razón a las competencias que tenga los funcionarios que los expiden. Relacionándolo con el tema de los efectos de los actos administrativos, en espacio, encontramos que estos existen en el espacio, encontramos que hay Actos administrativos de carácter Nacional que son aquellos cuyo ámbito de aplicación es el territorial nacional; y otros de carácter local, que son aquellos cuyos ámbitos de aplicación está limitado territorialmente. (Ariel, 1995).

De conformidad con el artículo 286 de la Constitución, son Entidades Territoriales los Departamentos, los Distritos, los Municipios y los Territorios Indígenas, las Regiones y provincias podrán tener el mismo carácter dependiendo de la Ley de ordenamiento territorial.

Así mismo, como conclusión lógica, tratando de una entidad automática, goza de los derechos y prerrogativas que la Constitución le reconoce, a todas las entidades territoriales de la República en el artículo 287 constitucional y demás disposiciones concordantes, siendo entonces en derecho colombiano, el concepto de “Entidad Territorial” un término complejo ligado a los fenómenos de capacidad de acción, y de autonomía que necesariamente ha de ser poseedor de

instrumentos legales, para su actuación en el mundo jurídico, como es de la personalidad jurídica. Dentro de ese contexto, es decir, el de la entidad territorial como un órgano capacitado, autónomo y facultado de acción y representación, identificamos al municipio colombiano. (Torres, 2011, pág.29)

El Gobernador es un funcionario esencialmente de naturaleza administrativa, sus decisiones son actos administrativos, que tiene por objeto; a) cumplir la constitución; b) Las Leyes; c) los actos administrativo Nacionales, ejemplo los decretos reglamentarios de la Leyes, o bien las funciones y competencia que le delegue el Presidente de la República en virtud de lo dispuesto en el artículo 305 de la Constitución Nacional, d) cumplir las Ordenanzas que expida la Asamblea del respectivo Departamento.

Los actos administrativos de la entidad departamental, por ejemplo, la presentación de un proyecto de ordenanza a la Asamblea, se hacen por medio de Decretos. No obstante, que, en la práctica, se utiliza también la denominación de Decreto. Para la designación de empleados, y para otras funciones de menor entidad.

Constitucionalmente, el alcalde es el jefe de la administración Municipal y representante legal del municipio, así lo dispone el artículo 314 de la Carta Política, normas que reproduce el régimen político municipal. El Alcalde es un funcionario de carácter administrativo, sus actos son de naturaleza administrativa, por consiguiente, se deben adecuar a la Constitución, Leyes., Ordenanzas y los Acuerdos Municipales

La Ley 136 del 1994, artículo 93. El alcalde para la debida ejecución del acuerdo y para las funciones que son propias, dictará decretos, resoluciones y las órdenes necesarias.

También, los alcaldes pueden proferir actos administrativos de carácter general, cuando se refieren a todo el municipio, los cuales son decisiones de mayor importancia, y se expresan por medio de decretos administrativos (Penagos, 1987, pág.87).

Surge la primera incógnita, ¿cuál es el alcance para efecto de la competencia del juez de control de legalidad, de la expresión medidas de carácter general?, tenemos dos respuestas. La norma esgrime la expresión medidas de carácter general, y no utiliza la norma, decretos, acuerdos o en general acto administrativos.

La primera respuesta; podemos señalar con la tesis restrictiva, que tiene buenos fundamentos jurídicos al considerar que las medidas de carácter general, son aquellas que nacen a la vida jurídica, como acto administrativo en sentido estrictos, éstos corresponden: a) la voluntad, b) la competencia, c) a la realidad de los motivos, d) a la adecuación de los fines y e) a la adecuación de las formas.

Pero también encontramos otra, una interpretación a ese concepto, las medidas de carácter general en un sentido más amplio, y esto nos lleva a la posibilidad de un control judicial, de aquellas medidas generales, que son en sentido estrictos actos administrativos, sino que denominan como actos internos de la administración en derecho.

En ese orden de ideas, en Colombia, el derecho administrativo, lo encontramos en resoluciones, circulares, directrices, circulares de servicio, instrucciones, códigos de conducta, protocolos, normas técnicas, guías ambientales, cupos negociables de emisión, acuerdos informales y la información al público, entre otros; es decir, una serie de instrumentos jurídicos que teóricamente no forman normas obligatorias, o actos administrativos, con las características

que la doctrina tradicional ha concebido, pero sin duda producen efectos jurídicos verificables.(Martínez, 2018,pág.36).

El Consejo de Estado considera que esta última línea jurisprudencial tiene máxima importancia cuando se trata del control inmediato de los llamados actos internos, cuando son expedidos con ocasión o desarrollo del estado de emergencia. La relevancia puede advertirse cuando se trata de la función pública, (desde la perspectiva del Título V, Capítulo II, artículos 122 y ss. de la Constitución Política), esto es, en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción entre los servidores públicos y el Estado empleador. Por ejemplo, puede ocurrir que en ejercicio del poder jerárquico se profieran órdenes que afecten o amenacen gravemente la salud de los servidores públicos, al modificar irrazonablemente los horarios de trabajo, o pretermitir las medidas de bioseguridad, inadvertir las circunstancias particularidades de vulnerabilidad frente a la covid-19, como lo es la edad, enfermedades de base (diabetes, cardiopatías, EPOC, etc.). En estos y muchos otros casos, el juez del control inmediato de legalidad, debe amparar los derechos fundamentales vulnerados o evidentemente amenazados, sin que tenga que esperar para ello la acción de tutela, puesto que el juez ordinario y, con mayor razón el juez del control inmediato, también puede y debe amparar los derechos fundamentales (Consejo de Estado, 2020).

De esta manera, acorde con el objeto de esta jurisdicción, debe entenderse que para efectos del control inmediato de legalidad, las medidas de carácter general expedidas en ejercicio de la función administrativa, como desarrollo de los estados de excepción, señaladas en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, también incluyen a los actos internos de la administración, como circulares, memorandos, directivas y otros documentos similares, que reflejan jerarquía al interior de los órganos estatales. Por esto, la procedibilidad de su revisión judicial no dependerá del tradicional

criterio material, en el que estos han de ser actos administrativos para que puedan ser controlados, sino que su examen atenderá a un criterio integral, en el que, por ser actos sujetos al derecho administrativo, pueden ser inspeccionados judicialmente (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, art. 104). (Consejo de Estado, 2020).

b). **Que sean proferidas en ejercicio de función administrativa**, es decir, que estén orientadas a cumplir los fines del Estado, y que se enmarquen dentro del conjunto de acciones dirigidas a hacer factible la operación de la actividad estatal, lo que supone que, para que sea susceptible de este control judicial, la medida de carácter general debe materializar la actividad práctica desarrollada por el Estado, para la inmediata consecución de sus fines, con exclusión, por supuesto, de las actividades que materialmente supongan el ejercicio de funciones legislativas o judiciales.

Criterio para la Distinción de la Función Públicas.

Actualmente se distinguen cuatro criterios básicos para distinguir la naturaleza de las funciones públicas: el orgánico, el material, la funcional y el jerárquico. (Rodríguez, 2013)

El criterio orgánico: establece la naturaleza de una función a partir del órgano encargado de ejércela. Así, los órganos que integran la rama legislativa tienen como objeto expedir las Leyes; la ejecutiva para darle cumplimiento, y la judicial quien administra justicia. Para el tratadista Gabino Fraga, con criterio formal, la función administrativa se define como la actividad que el Estado realiza por medio de Poder Ejecutivo.

Ya hemos dichos antes que los regímenes constitucionales moderno, no hay coincidencia entre la división de poderes y la de funciones; que, en la legislación positiva, a cada poder no corresponde una sola categoría de actos intrínsecamente homogéneos, y que, por lo tanto, definir

por el órgano que la realiza, es igualar con un criterio externo, actos que intrínsecamente se diferencia de modo radical. (Fraga, 1944, pág. 78)

La rama ejecutiva, integrada por la administración pública, tiene a su cargo el ejercicio de la función administrativa, se observa la tendencia a considerar que un acto es administrativo por emanar de una autoridad administrativa.

Según Libardo Rodríguez, esta teoría toma como fundamento esencial para calificar al acto administrativo, con tres aspectos; (1) la determinación del autor del acto: el órgano o funcionario de Estado que toma la decisión; (2) El procedimiento utilizado para la expedición; y (3) la forma del acto expedido.

En consecuencia, solo serán actos administrativos aquellos que dictan los servidores del Estado, que pertenecen a la Rama Ejecutiva del poder público, por el procedimiento administrativo establecido en la Ley y bajo la forma de resoluciones, decretos, acuerdos municipales u Ordenanzas del Departamento, entre muchos otros. (Riascos, 2013, pág.112).

El criterio anterior es insuficiente, en la medida en que no incluye a los órganos autónomos o independientes, para efectos de establecer la naturaleza jurídica de sus actos, y enfrenta serios conflicto cuando de calificar las competencias públicas se trata en materia de colaboración armónica, como sucede con los decretos con fuerza de Ley, que expide el Gobierno, las facultades judiciales que excepcionalmente se otorgan a las ramas legislativas y ejecutivas, o la interpretación del artículo 2 del código de procedimiento administrativo, el cual al definir el campo de aplicación de las normas, a las ramas del poder público, a los órganos autónomos e independientes y a los particulares, cuando cumple funciones administrativas, rotulándolos con la denominación genérica “autoridades”(Herrera, 2012,pág.18).

Criterio Formal: Tiene en cuenta el procedimiento utilizando, y la denominación que se otorga al acto que contiene la decisión. De esta manera, si su expedición está sometida a los procedimientos regulados en los códigos y se trata de una providencia judicial, con la forma de auto o sentencia, estaremos en presencia de una “función judicial”, si el mecanismo de la expedición está sometido al procedimiento legal, especialmente al previsto en la Constitución Nacional y la Ley 5 de 1992, Ley orgánica del reglamento de Congreso y se denomina “Ley”, se tratará efectivamente de una “función legislativa”. Finalmente, cuando el acto adopta la forma de acuerdo, ordenanza, decreto, resolución, circular o acto de registro, y su expedición está sometida a procedimientos generales o especiales previsto en la Ley, se trata de una “función administrativa”.

Criterio material: Según la doctrina clásica, este criterio alude al alcance de la situación jurídica que contiene el acto jurídico, respecto a las personas, o lo que es igual, al alcance de sus efectos jurídicos de los destinatarios del acto, dentro de los extremos de generalidad e individualidad, o de abstracción y concreción, ello es apenas un aspecto de la materialidad o contenido del acto administrativo, en cuanto acto jurídico. (Berrocal, 2009)

Criterio funcional o de control jurisdiccional: Este criterio tiene en cuenta la jurisdicción competente para conocer las acciones contra los actos, para establecer su naturaleza jurídica. Si el acto susceptible de control ante el órgano que ejerce jurisdicción constitucional (Corte o Consejo constitucional), es de carácter “Legislativo”, si el órgano competente es la jurisdicción contencioso administrativa, es “Administrativo”. El acto es “judicial” cuando no sea susceptible de control, pues finalizadas las instancias, la decisión hace tránsito a la cosa juzgada.

Criterio jerárquico: Tomando como base la estructura sistemática del ordenamiento jurídico propuesta por Kelsen, el “criterio jerárquico” define la naturaleza de los teniendo en cuenta

la posición jurídica que ocupan dentro de la pirámide y el respeto debido al ordenamiento superior. Así, si el acto está sometido a la Constitución únicamente, tiene carácter legislativo y si está sometido a Ley y a la constitución, tiene carácter administrativo. (Herrera, 2012, pág.31)

En efecto, para definir el ejercicio de función administrativa, es necesario delimitarla y distinguirla de las demás funciones que cumplen los órganos y organismos del Estado. La función pública, como género, se define como el conjunto de actividades que ejercen las autoridades públicas, en el ámbito de sus competencias constitucionales y legales para realizar los fines o cometidos estatales, previstos en el artículo 2 de la Constitución Política.

La función pública comprende las actividades que realizan las distintas ramas del poder público: ejecutiva, legislativa y judicial y las que cumplen, además, los órganos autónomos e independientes, tal como lo dispone el artículo 113 de la Ley superior. (Tribunal Administrativo De Antioquia, 2020)

Para el Tratadista Santamaría de Paredes, Vicente en cambio, la función administrativa, como especie de la función pública, excluye la actividad sustancial de los órganos legislativo y judicial, pero no es acertado afirmar que la función administrativa sea el conjunto de funciones a cargo del poder ejecutivo, como a nivel doctrinario se afirmó en algunas épocas, pues es bien sabido que todos los órganos de la jurisdicción y el legislativo, ejercen función administrativa en algunas ocasiones, como cuando efectúan nombramientos, por ejemplo, y en otras, los órganos ejecutivo y legislativo cumplen funciones jurisdiccionales, por autorización constitucional (incisos segundo y tercero del artículo 116 de la Constitución Política) y en los casos previstos por la Ley, de modo que resulta impreciso definir la función administrativa para el tratadista Zanobini (1958), a partir de un criterio orgánico, es decir, por el órgano que ejerce la función; pero, tampoco resulta preciso acudir a un criterio puramente material, según el cual se ha entendido la función

administrativa para el tratadista D'alessio (1949), como *“la actividad práctica que el Estado desarrolla para cuidar, de modo inmediato, los intereses públicos que asume en los fines propios”* o como *“la actividad concreta del Estado dirigida a la satisfacción de las necesidades colectivas, de manera directa e inmediata”*, definiciones que si bien se acercan a lo que constituye el ejercicio de la función administrativa, se quedan cortas, porque limitan la extensión de su contenido, dejando por fuera algunos aspectos de importancia que hacen parte de esa función.

Para la doctrina Colombiana en especial la teoría de montaña plata, propone Criterio que lo se utilice se Criterio de Exclusión, que todo lo que no es función judicial es función administrativa, que la rama ejecutiva tiene una función administrativa por excelencia, pero no es la única que desarrolla la función administrativa también la demás ramas de poder público.

Para el Profesor Alberto Montaña Plata (2010), Es el conjunto de actividades que desarrolla por las administraciones públicas encaminadas a la satisfacción de los fines esenciales y generales del Estado, es entonces presupuesto de existencia de la función administrativa.

Esta construcción teórica como se aprecia, implica una identificación de la función administrativa como la totalidad de las actividades que dan desarrollo a la teleología del estado, aspecto este, que al entender de algunos autores, constituye su punto de quiebre o la causa principal de la críticas. Se sostiene, en este sentido, que no puede confundirse el fenómeno administrativo con el fenómeno estatal y que con este enfoque todos lo que hace de manera legítima el estado seria función administrativa ya que todo lo que hace estaría orientado a cumplir los fines de éste consagrados constitucionales.

De igual manera El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 8 mayo de 2019, expediente 41.759, acogiendo el concepto de función administrativa del Magistrado Ponente Alberto Montaña plata, planteó una definición interesante de función pública, para

sostener que es “el conjunto de funciones distintas de las funciones judiciales y legislativa y que desarrolla las finalidades de Estado, entre las cuales se encuentra, naturalmente, la expedición de actos administrativos.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Sentencia C-563 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell, precisó, con respecto al concepto de función pública, su alcance, desde una óptica amplia y una restringida, así:

En sentido amplio la noción de función pública atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

En un sentido restringido se habla de función pública, referida al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado. Por lo mismo, empleado, funcionario o trabajador es el servidor público que esta investido regularmente de una función, que desarrolla dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la ley o el reglamento (C.P. art. 123).

La Función pública, desde el plano general, es entonces el conjunto de actividades que realiza el Estado para alcanzar sus fines y, desde la esfera restringida, podríamos señalar que consiste, además, ejecutar esa misma tarea, a través de los servicios públicos. Al final, creemos que, para efecto de analizar del alcance de control inmediato de legalidad de las Medidas de Carácter Generales de Las Autoridades Entidades Territoriales en Ejercicio de Funciones Administrativas Hayan Sido Expedidos en Desarrollo de los Decretos Legislativos Proferidos Durante los Denominados Estados de Excepción, la definición que nos interesa es la restringida.

En esa medida, algunos doctrinantes, acudiendo a un criterio mixto (en parte orgánico y en parte material) define la función administrativa el profesor Gordillo, se sostuvo primero que la función administrativa es la que realiza el Poder Ejecutivo, criterio insuficiente por cuanto según hemos visto los otros órganos estatales (legislativos y jurisdiccionales) también realizan funciones administrativas.

Se dijo luego que función administrativa es la actividad estatal que resta luego de excluidas la legislación y la jurisdicción, a lo que se observa que en realidad no resuelve nada, pues si en muchos casos es manifiesto que no hay legislación ni jurisdicción y por lo tanto sí administración, quedan muchos más en los que se duda de qué actividad se trata.

Ante el fracaso del concepto orgánico y del negativo, se intentó definir a la función administrativa en forma material, como “la actividad práctica que el Estado desarrolla para cuidar, de modo inmediato, los intereses públicos que asume en los fines propios, “o “la actividad concreta del Estado dirigida a la satisfacción de las necesidades colectivas, de manera directa e inmediata, “o “la actividad del Estado dirigida a la creación o prohibición (*Verhinderung*) de algo nuevo en casos individuales,” o como “una de las funciones del Estado que tiene por objeto la satisfacción directa e inmediata de las necesidades colectivas por actos concretos, dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines de la ley,” o como “la actividad permanente, concreta y práctica, del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran.”.

Todos estos conceptos de tipo material y positivo —es decir, que definen directamente y no por exclusión la esencia misma de la función administrativa—, si bien dan una cierta idea de lo que es administración, son imprecisos. Todas esas definiciones, en efecto, conceptúan a la función administrativa como realización de algo concreto en casos individuales —oponiéndola así a la

legislación (norma abstracta de tipo general) y a la jurisdicción (norma individual, pero abstracta), mas esa noción no es adecuada, por cuanto ya se ha visto que la potestad reglamentaria de la administración integra la función administrativa, siendo que es precisamente lo contrario de las definiciones citadas. (Pues el reglamento es una norma abstracta de tipo general.) Este tipo de definición material no puede prosperar, en consecuencia, pues la función administrativa comprende actividades que son sustancialmente idénticas a la función legislativa (los reglamentos) y a la función jurisdiccional (la decisión adoptada por el Poder Ejecutivo ante un recurso jerárquico presentado frente al acto de un órgano inferior), tomadas éstas también en sentido material.

Finalmente, se produce un retorno al criterio orgánico, considerándose que función administrativa es aquella parte de la función estatal que es realizada por órganos administrativos, a cuyo efecto se aclara que son órganos legislativos aquellos facultados directamente por la Constitución para dictar disposiciones generales (con lo cual se excluyen los reglamentos del concepto de legislación), órganos jurisdiccionales aquellos que aplican el derecho en situación de independencia, y órganos administrativos aquellos sujetos a órdenes (*weisungsgebundenen*); con lo cual el concepto final sería: La función realizada por el conjunto de órganos regidos por relaciones de dependencia que se revelan en el derecho a dar instrucciones del órgano superior y en el deber de obedecerles del órgano inferior, a lo cual se observa lo mismo que a la primera definición: Que los otros órganos también realizan funciones administrativas.(Gordillo, 2003,pág.21)

Recapitulada acudiendo a un criterio mixto (en parte orgánico y en parte material) define la función administrativa el profesor Gordillo , como toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales. Dicho de otra

forma, es administración todo lo que no es, orgánica y materialmente a la vez, ni legislación, ni jurisdicción”. Este concepto abarca la idea de que no todo lo que realiza el órgano ejecutivo es administración, sino sólo como lo indica el tratadista Sayagués (1961), Actividad concreta, práctica, desarrollada por el Estado para la inmediata obtención de sus cometidos”.

Comporta la posición doctrinal del Concepto de función administrativa del profesor Alberto Montana plata, como el conjunto de actividades desarrolladas por Estado cualquiera que sea la rama de la pública, en cumplimiento de los fines de acuerdo con el artículo 2 de la Constitución Política.

La función administrativa se materializa por hechos administrativos, actos administrativos, contratos estatales, son instrumentos centrales de ejercicio de la función administrativa, la cual es la función de Estado que más instrumentos tiene para lograr el cumplimiento de los fines de Estado, pero ente en teoría debe tener más medio de control frente al ejercicio que permita a los ciudadanos de forma directa intervenir para limitar los poderes públicos.

Para el profesor Santofimio Gamboa (2017), el concepto de Función administrativa, es la actividad típicamente administrativa en los cuales se ejecutan o cumplen los contenidos normativos y con la función administrativa, se lleva a la satisfacción de las necesidades, se organiza la sociedad, se gestionan recursos públicos.

Además de definir la función administrativa, también plantea la teoría de manera pedagógica que hay algunas actividades típicamente administrativas que considera que reguladas y controladas por el derecho administrativos, podemos destacar entre las más importantes y trascendentales para el cumplimiento de los cometidos estatales, las actividades de policía (seguridad, tranquilidad, salubridad, limitaciones a la libertad), intervención, regulación, control, planificación,

programación, defensa, preservación, gestión económica, fomento, infraestructura, servicios públicos, arbitral, etc. Veamos las principales de ellas.

1. Actividad Ordenadora y de Intervención en la Actividad de los Particulares (Policía).
2. Actividad de Prestación de Servicios Públicos.
3. La Actividad de Fomento.
4. La Actividad de Intervención, Control y Vigilancia.
5. La Actividad Normativa, Reguladora o función Reglamentaria.
6. La Actividad Planificadora y Programadora.
7. La Actividad Económica y de Banca Central

En conclusión, las medidas de carácter general proferidas en ejercicio de función administrativa, son aquellas que comprenden el ejercicio de la actividad práctica desarrollada por el Estado, para la inmediata consecución de sus fines, con exclusión de aquellas actividades que materialmente suponen el ejercicio de funciones legislativas o judiciales, las cuales pueden ser proferidas por el ejecutivo, o por cualquier otro órgano u organismo del Estado, en el ámbito de sus competencias, y serán susceptibles de este medio de control siempre que sean proferidas como desarrollo de uno o varios decretos legislativos durante los Estados de Excepción.

c) Que sean proferidas como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, lo que significa que la medida debe concretar los enunciados generales y abstractos de los decretos legislativos o materializar la aplicación de los preceptos normativos en ellos contenidos o viabilizar su cumplimiento.

En efecto, para dilucidar a qué se refiere el legislador estatutario, cuando ordena que serán objeto del control inmediato de legalidad las medidas proferidas *“como desarrollo de los decretos legislativos”*, se debe acudir a las pautas de interpretación judicial.

Para analizar la interpretación de este requisito existen dos tesis divergentes: una, que pudiera llamarse “estricta”, según la cual sólo son pasibles de control inmediato de legalidad, los actos emitidos en desarrollo de facultades conferidas por decreto legislativo; otra tesis “amplia”, para la que basta que las medidas adoptadas por el acto, guarden relación “íntima” o “específica” con la situación que originó el estado de excepción.

Una primera posición es la tesis estricta o textualista, que hace referencia el Consejo de Estado, en el pronunciamiento negó al Declarar improcedente el Control Inmediato de legalidad por cuanto, *“Es claro, entonces, que el Decreto 222 de 5 de febrero de 1999, aun cuando se relaciona con materias que tiene que ver con la declaratoria de emergencia económica que hizo el Gobierno, mediante el Decreto núm. 195 de 29 de enero de 1999, pues se trata de proveer de dirección al Fondo para la Reconstrucción de la Región del Eje Cafetero, devastada por el terremoto de 25 de enero de 1999, este Decreto, sin embargo, no se dictó en cumplimiento de facultades previstas en decretos legislativos expedidos en desarrollo de la emergencia, pues su parte motiva se refiere a las facultades constitucionales del Presidente de la República y, en especial, a las que le confiere la Ley 4ª de 1992.”*(Consejo de Estado, 1999).

Como se observa, en esta sentencia se puntualiza un criterio restrictivo para determinar la procedencia del Control Inmediato de legalidad: procede respecto de actos dictados *“en cumplimiento de facultades previstas en decretos legislativos”*. La posición contraria se hizo constar por los Consejeros Ariza Muñoz y Medina López, en sendos salvamentos de voto (resaltaremos):

Dijo el primero:

“Considero que el Decreto 222 de 5 de febrero de 1999 sí ha debido ser objeto de control inmediato de legalidad por la Corporación y declararse o no ajustado a la Ley, por lo siguiente:

“No puede perderse de vista que al crearse el cargo de Director Ejecutivo del Fondo para la Reconstrucción de la Región del Eje Cafetero, al fijarse su salario y régimen prestacional y adscribir el pago de éstos al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, con cargo al aludido Fondo, se estaba creando éste y estableciéndose unas obligaciones íntimamente relacionadas con la declaratoria de la emergencia económica y orientadas a conjurar los efectos generados por el terremoto que ocurrió en el eje cafetero.”

El otro Consejero en disidencia expuso: *“Me uno al anterior salvamento de voto con la venia de su autor el H. Consejero Ernesto Ariza, pues comparto las razones que lo llevan a concluir que el Decreto 222 del 5 de febrero de 1.999, tiene relación específica con la grave calamidad pública del 25 de enero que obligó al Presidente de la República a declarar en forma parcial el estado de emergencia económica y social.”* (Consejo de Estado, 1999).

El Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Arango Mantilla y con transcripción de la sentencia C-011 de mayo 3 de 1999 del Consejo de Estado, se refuta abiertamente la tesis sostenida principalmente -vía salvamento de voto- por el Consejero Manrique Guzmán (subrayaremos): *“Como lo definió esta Sala en la sentencia proferida el 9 de febrero del presente año (radicado No. CA-008), dicho control de legalidad cobija los decretos que el Presidente de la República profiere para desarrollar los estados de excepción, con fundamento en su potestad reglamentaria (art. 189 num. 11 de la Constitución Política), ya que carecería de toda lógica que se revisaran actos de inferior jerarquía v.gr. las circulares que se revisan en este caso y no se hiciera lo propio con un decreto reglamentario. Sostener la tesis contraria significaría admitir ni*

más ni menos, que el Presidente de la República podría eludir fácilmente el control anterior establecido con carácter imperativo en la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción a través del fácil expediente de invocar su potestad reglamentaria.” (Consejo de Estado, 2002).

Quedan así planteadas las tesis divergentes: una, que pudiera llamarse “estricta”, según la cual sólo son posibles los actos emitidos en desarrollo de facultades conferidas por decreto legislativo; otra, “amplia”, para la que basta que las medidas adoptadas por el acto guarden relación “intima” o “específica” con la situación que originó el estado de excepción.

Es importante notar que, asociada a esta oposición y tal vez sirviéndole de motor, se encuentra la preocupación notoria en los pronunciamientos del Consejero Manrique Guzmán, por los efectos preclusivos que el fallo de control inmediato de legalidad, pudiera tener sobre la acción ciudadana de simple nulidad. (Méndez, 2020)

En efecto, lo que se plantea es que, si se admite el control inmediato de legalidad de los actos emitidos, en ejercicio de funciones ordinarias, aunque en época de excepción y relacionados con la situación que la originó, podría inhibirse la posibilidad de que los ciudadanos demandasen posteriormente por vía del contencioso objetivo.

Por eso resulta importante considerar que respecto de esos efectos las posiciones fueron también variadas, desde quienes defendieron efectos de cosa juzgada absoluta, dado el carácter integral del Control inmediato de legalidad, hasta quienes defendieron la compatibilidad total de los medios de control. Una posición intermedia el Consejo de Estado Argumentó sobre el tema: *“La Corporación ha expresado que el examen de legalidad de los actos sujetos a control es integral ‘es decir, incluye la revisión de aspectos como la competencia (...) así como su conformidad con el resto del ordenamiento jurídico (...)’*

“Sin embargo, nada impide que, con posterioridad, cualquier persona, en ejercicio de las acciones contenciosas, pueda impugnar dichas medidas sobre aspectos que no fueron objeto de pronunciamiento en virtud del control inmediato.

“De este modo se armonizan el ejercicio del control inmediato (...), con el derecho que les asiste a las personas para impugnarlas -cuando tales medidas son impugnables-, generalmente en interés del orden jurídico dado el carácter general de las medidas objeto del control.” (Consejo de Estado, 2003).

Es evidente, sin embargo, la contradicción que implica aseverar el carácter integral del Control inmediato de legalidad, en términos de confrontación del acto con todo el ordenamiento y dejar abierta la posibilidad de que se replantee el tema a la jurisdicción por vía de simple nulidad.

Tan clara contradicción es, empero, abiertamente soslayada en diversas sentencias que simplemente aseveran lo ya dicho: que el control se extiende a la confrontación del acto con todo el ordenamiento jurídico, y... que, sin embargo, de la sentencia dictada después de ese examen, es posible volver a cuestionar la legalidad del acto. (Méndez, 2020)

Con alguna base en el ya referido pronunciamiento del Consejo de Estado, 20 de octubre de 2009 en el que se trata de compatibilizar una cosa juzgada meramente relativa con el reconocimiento del carácter exhaustivo del Control inmediato de legalidad, mediante argumentos de orden principalístico que, como suele ocurrir con ellos, dejan abiertas tantas o más dudas que las que pretenden cerrar es de resaltar el intento de superar esa contradicción, la tesis del Consejo de Estado que planteo, haciendo una pragmática venía a la fuerza de los hechos:

“La Sala advierte que la integralidad que se predica de este control, no puede fundarse en los mismos parámetros de aquel que le compete a la Corte Constitucional respecto de los decretos legislativos, expedidos al amparo de la declaratoria del estado de excepción, por expreso mandato

superior (arts. 241 numeral 7º y 215, parágrafo). Dado que no es lo mismo revisar una norma legal de excepción delante de un número finito de disposiciones (como es la Constitución), que revisarla frente al ‘resto del ordenamiento jurídico’. Si bien es cierto que el control automático supone un control integral, no puede pretenderse con ello que, al ejercer tal control, el juez revise todo el ordenamiento jurídico.” (Consejo de Estado, 2010).

Intento que se mantiene, por ejemplo, en 2012, cuando, sobre ponencia de Bastidas Bárcenas, se dijo; *“De modo que el acto administrativo puede demandarse en acción de nulidad, posteriormente, siempre que se alegue la violación de normas diferentes a las examinadas en el trámite del control inmediato de legalidad. Por igual, la acción de nulidad por inconstitucionalidad, prevista en el artículo 237-2 de la C.P., resulta apropiada para cuestionar la validez de los actos administrativos expedidos en desarrollo de los decretos legislativos y a la luz de la Constitución. Por eso, si bien el control pretende ser integral, no es completo ni absoluto. (Consejo de Estado, 2012).*

La contradicción, no obstante, no podía ser superada sino por vía de flexibilizar uno de los extremos. Y esto fue lo que se hizo por la jurisprudencia del Consejo de Estado; *“Se debe pues analizar la existencia de la relación de conexidad entre las medidas adoptadas dentro del acto objeto de control y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia, así como su conformidad con las normas superiores en que se fundamenta.” (Consejo de Estado, 2013)*

Ya no es con todo el ordenamiento que se confronta la norma, sino sólo *con las normas superiores en que se fundamenta*. El examen no es pues, integral; o lo es pero en otro sentido, como precisó recientemente el Consejo de Estado:

“En efecto, comoquiera que no hay demanda que enmarque o delimite las cuestiones a examinar, la Sala ha considerado que el control es integral en tanto cubre tanto la competencia como los aspectos formales y de fondo, y que en este último abarca el bloque normativo que sirve de contexto y fundamento al acto administrativo general de que se trate, luego la cosa juzgada de la sentencia se circunscribirá a ese bloque normativo, que en este caso es la Constitución Política, la Ley 137 de 1994 así como los decretos legislativos y las normas legales que con ocasión del respectivo estado de excepción se desarrollan o sean pertinentes a la materia de que trata el acto sometido a este control.

“(…).

“El control es integral en relación con los decretos legislativos respectivos y el artículo 215 de la Constitución Política, pese a que la norma no lo señala en forma expresa, pero necesariamente debe ser así, pues si no opera por vía de acción –toda vez que es oficioso- resulta lógico que el juez asuma el control completo de la norma.

“En suma, al realizarse el control automático o inmediato de legalidad se produce una cosa juzgada parcial que abarca el bloque normativo que sirve de contexto y fundamento al acto administrativo general de que se trate, es decir, la Constitución Política, la Ley 137, así como los decretos legislativos y las normas legales que con ocasión del respectivo estado de excepción se desarrollan o sean pertinentes a la materia de qué trata el acto sometido a este control sin que dicho control excluya el control ordinario propio de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.”(Consejo de Estado, 2019).

De acuerdo con la última jurisprudencia del Consejo de Estado, el criterio que debe esgrimir el juez contencioso administrativo, en examen de legalidad de las medidas de carácter general, proferidas en ejercicio de funciones administrativas, es la confrontación de las medidas de

carácter administrativo, con los mandatos constitucionales sobre DDHH, con las normas constitucionales que permiten la declaratoria de los estados de excepción (artículos 212 a 215 de la Constitución Política), con normas convencionales que limitan a los Estados para suspender garantías y libertades; la Ley estatutaria de los estados de excepción (Ley 137 de 1994) y los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, con ocasión de la declaratoria del estado de excepción, decretos legislativos expedidos por el gobierno, para reglamentar los decretos con fuerza de Ley, actos administrativos generales de otras autoridades en desarrollo de los mismos.

La protección de parte del juez del control inmediato de legalidad de los Derechos intangibles, igualmente justificación principal del control judicial, está dado por la protección de los derechos frente a la expansión de los poderes presidenciales y al uso que se haga de los mismos.

3. Estudio de caso - análisis de la sentencia del tribunal administrativo del Caquetá, donde se declara la nulidad del Decreto 047 del 24 de marzo de 2020 en el marco de la emergencia sanitaria y calamidad pública generada por la pandemia del Covid-19

El Estudio de Caso se reseña la sentencia de radicación del expediente número 2020-00049 de fecha ocho (08) de mayo de dos mil veinte (2020), del Tribunal Administrativo del Caquetá, Magistrado Ponente Dr. Néstor Arturo Méndez Pérez.

3.1 Hechos relevantes.

El recibido el Tribunal Administrativo del Caquetá, de la Alcaldía Municipal de San Vicente el referido el Decreto 47 de 2020, por medio del cual “se imparten instrucciones en el marco de la emergencia sanitaria y calamidad pública, generada por la pandemia del covid-19,

para la protección de los habitantes del municipio de San Vicente del Caguán- Caquetá, fue expedido por la Alcaldía Municipal de San Vicente, invocando “*sus atribuciones legales y constitucionales*”, y refiriendo en su parte motiva los artículos 2, 209 y 315 de la Constitución, la Ley 1523 de 2012, el Decreto Nacional 457 de 2020, el Decreto Departamental 282 de 2020, y relacionando algunas medidas previamente tomadas por el Municipio, a fin de que se ejerza el Control Inmediato de Legalidad, de las medidas de carácter generales de las autoridades de Entidades Territoriales, en ejercicio de funciones administrativas hayan sido Expedidos en Desarrollo de los Decretos Legislativos, que hayan sido proferidos durante los denominados Estados de Excepción.

3.2 Problema jurídico central.

Consiste en determinar, Si el Decreto 47 de 2020, por medio del cual “se imparten instrucciones en el marco de la emergencia sanitaria y calamidad pública, generada por la pandemia del covid-19, para la protección de los habitantes del municipio de San Vicente del Caguán- Caquetá, se dictó en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de Decreto Legislativo proferido por el Presidente de la República, durante el estado de Excepción de “emergencia económica, social y ecológica, que éste declaró en todo el territorio Nacional”, a través del **Decreto 417 de 17 de marzo de 2020?**, en caso afirmativo, precisar si el mismo, está sometido al control inmediato de legalidad previsto en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, en concordancia con el artículo 136 de la Ley 1437 de 2011, para examinar la legalidad objetiva del acto administrativo.

3.3 Aspecto jurídico considerado.

Los dos primeros requisitos de procedencia, que contemplan los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 de la Ley 1437 de 2011, es decir, que la medida sea de carácter general y que sea dictada en ejercicio de función administrativa se encuentran satisfechas.

En relación a la solución de primera parte del problema jurídico planteado se observa que las medidas adoptadas, son de carácter general (pues no están creando situación jurídica alguna), y han sido adoptadas en ejercicio de la función administrativa (pues es la condición de jefe de la administración local, que la Constitución asigna al Alcalde, y que se traduce en el catálogo funcional consagrado en su artículo 315, la que subyace a los actos revisados) y también, que han sido expedidos en desarrollo de los decretos legislativos emitidos con motivo del Estado de Excepción vigente.

Considera la Sala que para tener por satisfecho este requisito, no es exigible la invocación expresa de uno de los decretos legislativos de emergencia, y que no puede inhibirse el trámite del control porque el acto invoque fundamentos distintos a esos decretos. En efecto: a esa concepción textualista ha de sobreponerse una perspectiva material, que efectivice la funcionalidad asignada a este mecanismo de control.

Para el honorable Tribunal se aplicó el criterio sustancial, se debe revisar el contenido material del acto y hacer una valoración, de si las medidas adoptadas en el acto contribuyen a la ejecución, mediata o inmediata, de las tomadas en alguno de los Decreto Legislativos que los Estado de Excepción.

Aplicarse este criterio material – sustancial, lo que significa para el caso en estudio, que el decreto 047, es posible de control inmediato de legalidad, pues ellos (además de que en su parte motiva aluden permanentemente a la epidemia que originó el Estado de Excepción vigente),

contienen medidas que contribuyen al desarrollo de las adoptadas por el Gobierno Nacional, a partir de la declaratoria de Emergencia. Y, siendo así, resulta procedente efectuar el referido control.

El decreto controlado satisface las condiciones de forma que, sin ser sustanciales, resultan exigibles de este tipo de actos, pues, además de estar suscritos por la autoridad que los expide, se encuentran numerados y fechados y, aunque en forma genérica, invocan las facultades que fundamentan su expedición. Contienen, por demás, una motivación, y, obviamente un articulado contentivo de las determinaciones adoptadas.

En correspondencia el examen de legalidad de decreto objeto de estudio se declarado nulo, el concepto fue de encontrarse afectado de *expedición irregular* (modalidad de infracción a las normas superiores), pues no cumplió con el procedimiento legalmente establecido para la emisión de este tipo de actos.

Constituye igualmente causal de nulidad y se configura, cuando no se le da cumplimiento a los requisitos de forma y procedimientos previstos en la Ley, o el reglamento para la formalidad del acto de que se trate.

En efecto, una vez decretado el estado de emergencia económica, social y ecológica, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 418 de 2020 (marzo 18), “*por el cual se dictan medidas transitorias para expedir normas en materia de orden público*”, estableciendo en su artículo segundo (parágrafo primero), lo siguiente: “*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*”.

Dicha previsión normativa instituye un requisito procedimental de insoslayable cumplimiento, en el proceso de formación del acto administrativo subalterno. Su inobservancia conduce a la nulidad, tal como lo señala el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al relacionar las causales de anulación de los actos administrativos, en su artículo 137. La nulidad, dice: *“Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.”*.

Sobre esta causal de nulidad, el Consejo de estado ha puntualizado de tiempo atrás y hasta la actualidad que (resaltaremos): *“(…) cuando la Ley establece requisitos de apariencia o formación de los actos administrativos, sean éstos de carácter general o de carácter particular y concreto, los mismos se deben cumplir obligatoriamente, cuando quiera que la Administración pretenda tomar una decisión que corresponda a aquellas que se hallan sometidas a tales requisitos, de tal manera que su desconocimiento, conducirá a que se configure, precisamente, la causal de nulidad en estudio, es decir, expedición irregular del acto administrativo o vicios de forma.”*

Y no se trata en el presente caso, de una irregularidad menor (que pudiera tenerse por insubstancial o intrascendente), sino de una que involucra el desconocimiento de la previsión normativa Constitucional, que establece la jerarquía funcional a tener en cuenta, en materia de manejo del orden público. La exigencia de previa coordinación, está orientada a garantizar no sólo la efectividad de ese mandato constitucional, sino lo que es más importante, a minimizar las posibilidades de infracción a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Al incumplir ese requisito, la Administración Municipal deja de lado, ciertamente, el claro mandato contenido en el artículo 296 de la Constitución, y reiterado –en expresa referencia al actual estado de emergencia- por el Decreto Nacional 418 de marzo 18 de 2020, cuyos textos son los que siguen, respectivamente:

“Para la conservación del orden público o para su restablecimiento donde fuere turbado, los actos y órdenes del Presidente de la República se aplicarán de manera inmediata y de preferencia sobre los de los gobernadores; los actos y órdenes de los gobernadores se aplicarán de igual manera y con los mismos efectos en relación con los de los alcaldes. “.

“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. (...)”.

Pues bien, en el sub judice, a petición de este Despacho el Municipio de San Vicente, hizo llegar evidencia de un correo electrónico, remitido al Ministerio del Interior el día 25 de marzo de 2020 -esto es: *después* de que se expidió el Decreto 047/20- mediante el cual envía a posteriori el decreto emitido “*a fin de que sea revisado*”.

Resulta inobjetable, así, que se incumplió abiertamente el requisito *de formación* del acto administrativo revisado, pues no se coordinó previamente con el Gobierno Nacional como lo exige el Decreto Nacional 418/20, y para ese fin expidió el Ministerio del Interior la Circular CIR2020-25-DMI-1000 (marzo 19).

Obviamente en modo alguno puede tenerse por satisfecha la exigencia legal de coordinar las medidas a adoptar previamente a su expedición, por el hecho de que se haya rendido un informe a posteriori, pues la razón de ser de dicho requerimiento, es que sólo se adopte las medidas que

hayan sido anticipadamente examinadas por el Gobierno Nacional y coordinadas con las de éste. Una vez emitido un Decreto se coarta cualquier posibilidad de intervención de parte del Nivel Nacional, pues el acto administrativo expedido, estará revestido de presunción de legalidad que sólo puede ser desvirtuada por decisión judicial.

Por último, precisa el juez de control inmediato que en la hipótesis de haberse cumplido previamente a la expedición del acto con la exigencia legal de coordinar con el gobierno nacional las medidas a adoptar y obtenido su visto bueno, no implica que el acto se encuentre ajustado a derecho, pues tal declaración sólo puede hacerla un juez de la República, quien eventualmente podría llegar a la conclusión de que el acto se encuentra afectado de ilegalidad por otras razones.

En suma: por haber pretermitido el procedimiento legalmente establecido para su expedición, el Decreto 047 de la Alcaldía de San Vicente del Caguán, se encuentra viciado de nulidad por expedición irregular.

3.4 Posición frente en torno al problema jurídico central.

Por lo tanto, en las circunstancias antes analizadas debe concluirse, sin hesitación alguna, que en relación concreta con el Decreto 47 de 2020, por medio del cual “se imparten instrucciones, en el marco de la emergencia sanitaria y calamidad pública, generada por la pandemia del covid-19, para la protección de los habitantes del municipio de San Vicente del Caguán- Caquetá, que compartimos los argumentos del Honorable Tribunal de Caquetá, pueda ser objeto del control inmediato de legalidad previsto en el artículo 136 de la Ley 1437 de 2011, que aplicó en el criterio material o sustancial, lo que significa para el caso en estudio, que el Decreto 047 es pasibles de Control inmediato de legalidad, pues ellos (además de que en su parte motiva alude permanentemente a la epidemia que originó, el Estado de Excepción vigente), contienen medidas

que contribuyen al desarrollo de los decretos legislativos expedidos por el Presidente de la República, en uso de las facultades legislativas extraordinarias por él asumidas una vez que declaró el mencionado estado de emergencia económica, social y ecológica.

En efecto, de la lectura del Decreto 47 de 2020, por medio del cual “se imparten instrucciones en el marco de la emergencia sanitaria y calamidad pública generada por la pandemia del covid-19, para la protección de los habitantes del municipio de San Vicente del Caguán-Caquetá, se deduce que tiene efectos erga omnes, sus disposiciones normativas están concebidas de manera general, impersonal y abstracta y no están dirigidas a unas personas determinadas, a pesar de que puedan ser determinables; además, fue dictado en ejercicio de función administrativa, por cuanto fue proferido por el alcalde de un municipio, en su condición de autoridad pública, y con el propósito de hacer factible la operación de la actividad estatal, o garantizar los fines inmediatos del Estado dentro del ámbito de sus comprensión territorial, sin que materialmente entrañe el ejercicio de función legislativa o judicial.

Ahora, con relación al tercero de los requisitos, esto es, que el Decreto 417 de 2020, sea proferido como desarrollo de los decretos legislativos, durante los estados de excepción, para el despacho dicho requisito no se cumple, pues el decreto municipal, no desarrolla uno o varios decretos legislativos proferidos durante los estados de excepción, dentro de la noción antes destacada.

En efecto, si bien de los antecedentes administrativos y de las consideraciones expuestas para proferir el decreto, se deduce que la medida de carácter general fue proferida para hacer frente a la situación de emergencia, causada por la pandemia del covid 19, las medidas adoptadas no desarrollan el contenido de los decretos legislativos, que han sido proferidos por el Gobierno

Nacional, en el marco del estado de excepción declarado a través del decreto 417 de 2020, sino que se han proferido con base en la emergencia sanitaria declarada en todo el territorio nacional.

En lo relacionado con la causal de nulidad que alude el Tribunal del acto administrativo, también compartimos la posición de la Corporación de que incumplió abiertamente el requisito *de formación* del acto administrativo revisado, pues no se coordinó previamente con el Gobierno Nacional, como lo exige el Decreto Nacional 418/20, y para ese fin expidió el Ministerio del Interior la Circular CIR2020-25-DMI-1000 (marzo 19).

En correspondencia al examen de legalidad de decreto objeto de estudio, se declaró nulo, en concepto de encontrarse afectado de *expedición irregular* (modalidad de infracción a las normas superiores), pues no cumplió con el procedimiento legalmente establecido para la emisión de este tipo de actos.

Constituye igualmente causal de nulidad, que se configura cuando no se le da cumplimiento a los requisitos de forma y procedimientos previstos en la Ley o el reglamento para la formalidad del acto de que se trate. No obstante, lo anterior, para que tal vicio tenga la fuerza para invalidar el acto administrativo se requiere que sea sustancial, es decir, que tenga la posibilidad de influir o afectar, directa o indirectamente, la decisión; son invalidantes, por ejemplo, todas las violaciones al procedimiento, que afecten el ejercicio del derecho de defensa o, en general, las reglas del debido proceso (Herrera, 2012).

Para el tratadista Luis Enrique Berrocal, entendiendo como formalidad los requisitos tendientes a garantizar la veracidad del acto, la igualdad de los interesados, sus derechos privados como el derecho, controversia, etc., así como la publicación que determina casos se debe hacer del trámite de la actuación respectiva. Entre ellos se encuentra desde requisitos obvios y comunes con la fecha, nombre del órgano, firma del funcionario, pasando por la motivación cuando, debe

expresa, hasta el cumplimiento de trámites, diligencias o pasos necesarios, como el caso en estudio que se requería un concepto previo pues no se coordinó previamente con el Gobierno Nacional, como lo exige el Decreto Nacional 418/20, y para ese fin expidió el Ministerio del Interior la Circular CIR2020-25-DMI-1000 (marzo 19). Según se ha comentado atrás, la irregularidad que puede originar la anulación del acto, es la que es relevante para su contenido o para la efectividad del debido proceso, es sustancial, según la jurisprudencia, es decir, cuando incide en el sentido de la decisión, o es básica para la misma.

4. Alcance del control inmediato de legalidad de las medidas de carácter generales de las autoridades en ejercicio de funciones administrativas en la expedición de los Decretos legislativos proferidos durante dos denominados Estados de excepción, para salvaguardar los fines del Estado social de derecho.

En este capítulo desarrolla unos lineamientos que enmarcan una serie de propuestas encaminadas a la academia, los representantes legales de Entidades Territoriales, funcionarios públicos, los Magistrado y Jueces de lo Contencioso Administrativo y los juristas; sobre el efectivo alcance que debe tener el control inmediato de legalidad, que es de carácter oficioso, frente al trámite que se lleva a cabo por las autoridades en el ejercicio de las funciones administrativas, toda vez que estos no operan por vía de acción, lo que significa que no existe un límite desde la denominada Jurisdicción rogada, para efectos de un correspondiente juicio de legalidad; cabe decir que esta característica resulta ser oficiosa en el ejercicio de la función judicial, la cual se puede materializar a partir de la herramienta jurídica, donde sus efectos pueden conllevar a unos lineamientos claros para realizar un verdadero control social que permita de manera

excepcional, distinguir los medios de control ordinarios, que se realiza en término de normalidad constitucional.

Desde la perspectiva Jurisprudencial se debe iniciar la disertación con el análisis dinámico, que, en cabeza del Consejo de Estado, el alcance y procedencia es el aspecto que más controversia ha generado dentro del Consejo de Estado, en cuanto al objeto del Control inmediato de legalidad. Desde muy temprano, frente a las iniciales reiteraciones de los requisitos establecidos por el artículo 20 de la Ley 137/94.

Ahora bien, para entrar en materia, el objetivo de esta investigación permitió que a partir de la identificación del problema, se puede definir el alcance de control inmediato de legalidad, a lo que se puede decir, que varios han sido los criterios y principios, que conllevan a la reflexión de que un criterio puede responder a la concepción más finalista de la actividad de la función administrativa, y que en razón de ser del control inmediato de legalidad, en la concepción, permite que de manera principal se pueda inspirar y nutrir la fórmula jurídico-política del Estado Social de Derecho, sobre la cual el constituyente de 1991, ha creado lineamientos para su finalidad al interior del Estado y el funcionamiento del Estado Colombiano.

Aunque este control de legalidad, contemplado en el artículo 136 del nuevo código, no encaja exactamente en la acción de nulidad contemplado en el artículo 136 que se pone en movimiento a instancia de parte, no por eso carece de importancia ni desaparece su características de medio de control, porque forma parte de aquellas medidas que bien, a instancia de parte o de manera oficiosa por la autoridad, buscando a través de un proceso especial el mantenimiento del orden jurídico general y abstracto. Y con este fin el código establece un control inmediato de legalidad contra las medidas de carácter general o actos administrativos dictados en ejercicio de función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos expedidos por el gobierno

nacional durante los estados de excepción regulados en los artículos 212, 213, y 215 de la Carta. (Betancur, 2014, pág. 111)

Para establecer el alcance del control inmediato de legalidad de los actos administrativos expedidos por las entidades territoriales en desarrollo del Estado de excepción en Colombia, hay primero que analizar unos aspectos problemáticos identificado por los Tribunales administrativo del país relacionados con los criterios o requisitos de procedibilidad para evocar el conocimiento por parte de los tribunales administrativo del medio de control inmediato de legalidad que por su naturaleza es excepcional frente las decisiones generales administrativas que han llegado dentro de esos criterios o requisitos de procedibilidad que se deben valor al momento de determinar si esa decisión de carácter general es o no susceptible de medio de control inmediato de legalidad.

En primer lugar determinar si trata una medida de carácter general suena aparentemente algo sencillo una medida general, la jurisprudencia analizada y expuesta en esta investigación ha identificado como medidas generales entre otras los actos administrativos de carácter general también las disposiciones y medidas de carácter impersonal y abstracto hasta aquí no uno diría pues no hay ningún problema, pero sucede que la lado de esas disposiciones generales existen los que en la doctrina se conoce como el derecho blando, las disposiciones que se emite por parte de la administración en el orden interno y que teóricamente no produce efectos jurídico respecto de personas diferentes a la administración y a su estructura jerárquica, entonces bajo estos aspectos se ha planteado por parte de las distintas secciones integran la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en esta coyuntura que estamos atravesando varias providencia de distintos magistrado ponente en los cuales en algunas oportunidad avocan el conocimiento del medio de control inmediato de legalidad y revisan decisiones general e incluso

algunos actos que se conoce como derecho blando circulares, instrucciones, directivas, memorando, etc. Otros despacho por el contrario y al hacer ese control formal de acto que se remite a su revisión se abstiene de abocar el conocimiento mismo puede citar por ejemplo las autos del 14 y 22 de abril 2020, expediente 1004 y expediente número 120025, en esta providencias se niega la posibilidad de someter al control inmediato de legalidad esos actos que constituyen derecho blando que son aquellos que solo producen efectos jurídicos desde el punto de vista organizacional considerado como derecho interno de cada una de las entidades públicas.

El Consejo de Estado también existe otra tesis del control de inmediato de legalidad de los actos administrativo conocidos como derecho blando, como por ejemplo la del auto del 22 de abril 2020, expediente 1213, en el cual recurriendo algunas providencias de la sección primera del Consejo de Estado, la sección segunda ha determinado que es posible que dentro de concepto de decisión general no solamente estén comprendidos los actos administrativos propiamente dichos es decir aquellos que produce efectos sino también aquellos que se corresponde con lo que se conoce como derecho blando. La relevancia puede advertirse cuando se trata de la función pública, (desde la perspectiva del Título V, Capítulo II, artículos 122 y ss. de la Constitución Política), esto es, en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción entre los servidores públicos y el Estado empleador. Por ejemplo, puede ocurrir que en ejercicio del poder jerárquico se profieran órdenes que afecten o amenacen gravemente la salud de los servidores públicos, al modificar irrazonablemente los horarios de trabajo, o pretermitir las medidas de bioseguridad, inadvertir las circunstancias particularidades de vulnerabilidad frente a la covid-19, como lo es la edad, enfermedades de base (diabetes, cardiopatías, EPOC, etc.). En estos y muchos otros casos, el juez del control inmediato de legalidad, debe amparar los derechos fundamentales vulnerados o evidentemente amenazados, sin que tenga que esperar para ello la acción de tutela, puesto que el

juez ordinario y, con mayor razón el juez del control inmediato, también puede y debe amparar los derechos fundamentales (Consejo de Estado, 2020).

De esta manera, acorde con el objeto de esta jurisdicción, debe entenderse que para efectos del control inmediato de legalidad, las medidas de carácter general expedidas en ejercicio de la función administrativa, como desarrollo de los estados de excepción, señaladas en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, también incluyen a los actos internos de la administración, como circulares, memorandos, directivas y otros documentos similares, que reflejan jerarquía al interior de los órganos estatales. Por esto, la procedibilidad de su revisión judicial no dependerá del tradicional criterio material, en el que estos han de ser actos administrativos para que puedan ser controlados, sino que su examen atenderá a un criterio integral, en el que, por ser actos sujetos al derecho administrativo, pueden ser inspeccionados judicialmente (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, art. 104). (Consejo de Estado, 2020).

Entonces estos momentos está trabada esa controversia respecto a cuál es el verdadero alcance del control inmediato de legalidad en torno precisamente al concepto de decisión general, si es necesario entonces que se trate verdaderamente de un acto administrativo que como lo han definido los diversos tratadista de derecho administrativo como decisión unilateral de las autoridades en ejercicio de función administrativa, destinada a producir efectos jurídicos generales, de acuerdo con los intereses, principios o valores del orden jurídico vigente o si dentro de esa perspectiva en virtud del artículo 103 de la ley 1437 del 2011, prevé que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es garante de derecho, de libertades y además garante del ordenamiento jurídico, bajo esto compartimos esta propuesta para la unificación de la jurisprudencia por el Consejo de Estado precisamente y ateniendo a ese objeto de la jurisdicción

proponemos que sea posible el conocimiento de otra serie de actos que no son propiamente de actos generales en el concepto que acabamos de definirlo y sino también los actos de derecho blando.

De igual manera otra controversia que se suscita entre los criterio formales para admisión del medio de control inmediato de legalidad, estriba en el alcance de la decisión general como desarrollo de los decretos legislativos frente al tema al interior del Consejo de Estado ha desarrollado tres tesis una formal o textualista, unas tesis de sustancial o materiales, tesis de la tutela judicial efectiva, aterrizando recientemente en el punto de extremo garantimos, el cual fue objeto de las últimas jurisprudencias, todos estos criterios son válidos y responde a diferentes principios de orden jurídico.

Un primer principio interpretativo de naturaleza formal, que responde a mayor grado de la naturaleza de la exegesis, por ser una idea textualista por llamarla de alguna manera, que puede ser una buena primera aproximación ha de agregarse, y sobreponerse en su caso, una perspectiva material, que efectivice la funcionalidad constitucional y estatutariamente asignada a este mecanismo de control.

La primera concepción exegética, solo puede proceder y hacer el control inmediato de legalidad sobre medidas de carácter general en ejercicio de funciones administrativas, que haya sido expedido en desarrollo de los decretos legislativos, proferidos durante los denominados estados de excepción, que entiende la expresión en desarrollo de los decretos legislativos como significando, en desarrollo de facultades conferidas en los decretos legislativos, o bien en explicitado desarrollo de los decretos legislativos, minimiza las posibilidades de control y, por tanto, de defensa ciudadana e institucional, se centra este criterio en que debe realizarse una

manifestación expresa, una cita dentro del propio acto administrativo general, a efecto de entender que lo desarrolla.

A lo que se puede decir, que, frente a estos criterios, existe un desacuerdo frente a los criterios exegéticos, entendiendo que se puede involucra tácitamente a quien fija realmente la competencia, que es el propio órgano ejecutivo y no el órgano judicial, por lo que bastaría que cualquier alcalde nos citara el decreto legislativo, y con base a ello restarle competencia a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

También implica tácitamente, que la Jurisdicción Administrativa en esta materia no es propia, no directa, sino por el contrario es totalmente autónoma porque cuando se da un estricto sentido, frente a los actos administrativos, estos no contienen una referencia expresa, a lo que cabe decir que sin esa citación no se activa su competencia.

Considerando que la interpretación de esta puede incurrir en una confusión entre el concepto sustancial de desarrollar un decreto legislativo, con la formalidad y la ritualidad de expresarlo, de indicarlo en el correspondiente acto administrativo.

En efecto: a esa concepción textualista ha de sobreponerse una perspectiva material, que sea efectiva a la funcionalidad asignada a este mecanismo de control.

Por el contrario, la segunda línea interpretativa que es la que se ajusta a la hipótesis general de esta investigación y es que lo material amplía las posibilidades de ejercicio del control inmediato de legalidad y con ello la defensa institucional y iusfundamental, por lo que basta con atenerse al texto del artículo: si desarrollar es decreto legislativo.

Desde el análisis de la expresión “*Realizar o llevar a cabo algo*”, resulta inobjetable que un acto normativo, puede emitirse en desarrollo de un Decreto Legislativo, sin nombrarlo o aludirlo expresamente, y que puede estar fundado en normas diferentes al Decreto Legislativo de

que se trate (como los catálogos funcionales de Alcaldes y Gobernadores, o el Código de Policía, o el estatuto tributario territorial). Al respetar el texto de la norma, se es, además y como corresponde, deferente con el legislador.

1. El Decreto Legislativo puede ser desarrollado mediante las facultades que ordinariamente detenta la autoridad territorial, como a través de alguna extraordinaria que se le confiera durante el Estado de Excepción.

2. La norma que consagra el Control inmediato de legalidad no refiere a actos expedidos en desarrollo de facultades de excepción, sino, en general, a actos emitidos para desarrollar los Decretos Legislativos.

Porque, además, como los Decretos Legislativos son materialmente Leyes, los decretos que los ejecutan directamente son, casi totalmente, decretos reglamentarios. Si se acepta la primera perspectiva, pocos actos territoriales serían controlables, pues la facultad reglamentaria la ejerce generalmente el Gobierno Nacional; por demás, entre los Decretos Legislativo y los actos territoriales generalmente median otros, intermedios, que son los que directamente desarrolla el acto territorial.

De carácter pragmático, se dice que si se admite el trámite con base en la tesis material, y se llega a la conclusión de que el acto no era controlable por la vía del control inmediato de legalidad, la sentencia que así lo disponga estará mejor fundamentada que el auto que se abstenga de avocar conocimiento, pues será fruto de un estudio más detenido, en el que pueden participar otros sujetos además del juez, con práctica de pruebas en caso de ser necesario, y hasta con eventual intervención de *amicus curiae*.

Abundando en razones, la cuestión puede ser planteada de esta otra manera: para verificar si un acto determinado cumple el tercero de los requisitos del artículo 20 de la Ley 136, puede

recurrirse a dos criterios: un criterio textualista y un criterio sustancial. El primero se aplica muy fácilmente, pero genera graves problemas; el criterio sustancial se aplica fácilmente y casi no genera dificultades.

La aplicación del criterio textualista es muy fácil; basta con remitirse al texto del acto, el problema es que ésta verificación textual (aunque sea cabalmente hecha), propicia la ocurrencia de errores. Para ejemplificar en el escenario de la actual emergencia: un decreto afirma que se profiere en desarrollo de tal Decreto Legislativo, y con eso es admitido a control inmediato de legalidad ; pero ya admitido, se observa que se trata de un decreto municipal, “por el cual se regula la asignación de puestos para ventas callejeras durante la próxima vigencia” (falso positivo); otro -sin invocar facultades conferidas por un Decreto legislativo, ni afirmar ser desarrollo de uno de ellos (por tal motivo que es rechazado del control inmediato de legalidad)- prohíbe reuniones con más de 50 participantes durante el próximo mes (falso negativo).

La aplicación del Criterio Sustancial es un poco menos fácil, pero no mucho: exige una valoración de si las medidas adoptadas contribuyen a la ejecución, mediata o inmediata, de las tomadas en alguno de los Decretos Legislativos que desarrollan los Estado de Excepción.

La Sala Plena del Consejo de Estado señaló frente al objeto del Control Inmediato de Legalidad señaló que las medidas de carácter general se refiere esta disposición son aquellas que se dicta en desarrollo o con ocasión del Estado de Excepción, entonces fíjese como observamos texto mismo del artículo 20 de la Ley 137 de 1994, por medio de la cual se regulan los estados de excepción, y por el artículo 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuando nos describe el medio de Control Inmediato de legalidad, la expresión que utiliza la normas que se trata de la medidas de carácter administrativo en ejercicio de funciones administrativas como desarrollo de decreto legislativo, vemos como la

Jurisprudencia esgrime la expresión son aquellas que se dicta en desarrollo o con ocasión del Estado de Excepción, es una posibilidad que no se observa en el contenida en la disposiciones que regula el medio de control inmediato de legalidad.(Consejo de Estado, 2009)

El Consejo de Estado, señala que el control inmediato de legalidad se suscribe al control de legalidad de Acto Administrativo general expedido en ejercicio de funciones administrativas se reitera con ocasión de la declaratorio Estado de Excepción, estimado que solo son pasible del medio de control inmediato de legalidad, aquellas que sean medidas de carácter general sean del desarrollo material del decreto legislativo, no se debe tratar en ningún caso del desarrollo de facultades ordinarias de tipo reglamentarias. (Consejo de Estado, 2010).

El Consejo de Estado en caso más reciente, donde también frente al objeto del control inmediato de legalidad, señala que las medidas de carácter administrativo en ejercicio de funciones administrativas que deben provenir, venga, deriven del decretos legislativos que se expedido en desarrollo de Estado Excepción, (subrayado del autor)se apoyó y reafirma la tesis garantista que compartimos donde se amplía el objeto o el alcance del medio de control inmediato de legalidad , no se requiere que el acto administrativas o decisión general cite como fundamentación del mismos decretos legislativo expedido en desarrollo declaración de Estado de Excepción o por lo menos motivación se pueda inferir el mismo, sino basta que haga una alusión de los artículos 212, 213, 214 y 215 de la Constitución Política, y que del contexto de la expedición del acto administrativo puede inferirse que esa una realización material de los decreto legislativo expedido en desarrollo de los decretos del Estado de Excepción y toca ha prima fase señala la posición jurisprudencia aplicando el principio de primacía de la realidad sobre las

formalidad, evidencia que hay una relación de causalidad de la decisión general con los decretos legislativo expedidos desarrollo de Estado de Excepción.

Un tercer criterio, que haciendo carrera el Consejo de Estado es mucho más garantista, desde el control de convencionalidad, se observa de esta manera como avancen la Jurisprudencia del Consejo de Estado que reconoce en el análisis del alcance el medio de control inmediato de legalidad, definido en los artículos 20 de la Ley Estatutaria 137 de 1994 y 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que se circunscribe las decisiones generales que se dictan como desarrollo los decretos legislativos del Estado de Excepción, va experimentando una serie de ampliación del alcance bajo estas líneas jurisprudenciales y demás se destaca principalmente la Sentencia del 16 de abril de 2020, radicado N° 1006, 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, es posible extender el control judicial a todas aquellas medidas de carácter general, dictadas en ejercicio de la función administrativa, que no solo se deriven de los decretos legislativos emitidos por el Gobierno Nacional durante los denominados Estados de Excepción.

La propuesta radica en exhortar al Consejo de Estado para que unifique la jurisprudencia sobre el verdadero del alcance del medio de control de legalidad, con fundamento en tesis sustancial o materiales, hemos identificado en la Sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, del 20 de octubre de 2009, Rad.: 2009 – 00549, Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez, donde en términos generales sala plena de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, frente al control inmediato de legalidad señaló que las medidas generales a las cuales se refiere esta disposición son aquellas que se dictan en desarrollo o como consecuencia del Estado de Excepción, si observamos el texto mismo de la ley 137 de 1994 y si apreciamos el texto

del artículo 136 de la ley 1437 del 2011, cuando nos describe el medio de control inmediato de legalidad en esta ley las expresiones que utiliza el legislador que esas decisiones generales que se dictan en ejercicio de funciones administrativas se dicten como desarrollo de decreto legislativo, pero vemos como la Jurisprudencia ya no solamente esgrime la expresión como desarrollo sino también con ocasión al Estado de Excepción, esa una posibilidad que no se observa que contenida en las disposiciones legales que regulan el medio de control inmediato de legalidad, que dada la naturaleza de los actos administrativos que debe revisar es también, excepcional, entonces hay encontramos otra dificultad.

El Consejo de Estado en sentencia del 31 de marzo del 2020, radicación N° 958, donde esta Corporación señala que el control inmediato de legalidad se circunscribe al control de actos administrativos generales expedido en ejercicios de funciones administrativas con ocasión a la declaratoria del Estado de Excepción, se reitera nuevamente la frase con ocasión, estimado a renglón seguido que solo posible del medio de control inmediato de legalidad, solamente aquellas medidas que sean resultado del ejercicio como desarrollo material del decreto legislativo de Estado de Excepción, no se debe tratar en ningún caso así lo señala la providencia del desarrollo de las potestades ordinarias de tipo reglamentarias.

También el Consejo de Estado en esta Sentencia del 31 de marzo del 2020, radicación N° 958, reitera la sentencia de radicado 1166, donde también esta Corporación frente al objeto del control inmediato legalidad señala, son aquellas que se dicte en ejercicios de funciones administrativas que ***deben provenir, devenir y derivarse del desarrollo de decreto legislativo expedido durante los Estado de Excepción***. En esta Sentencia se plantea una situación más

compleja no se requiere que respectivo acto administrativo general cite como fundamentación de los ***decreto legislativo expedido durante los Estado de Excepción*** o de su desarrollo se pueda inferir el mismo, sino que basta con que haga una alusión a los artículos 212, 213, y 215 de la Carta de política y que del contexto de la expedición de acto administrativo puede inferirse que es una realización material del acto administrativo, lo quiere indicar a prima facie señala esta posición jurisprudencial que aplicando los principios de realidad frente a las formalidades, evidenciar que hay una relación de causalidad de la decisión administrativa de carácter general con los decretos legislativos dictados en desarrollo de Estado de Excepción.

Estas son las principales tesis que se han planteado al interior del Consejo de Estado, que son mostradas en este trabajo, para establecer el alcance de medio de control inmediato de legalidad de los actos administrativos expedidos por las entidades territoriales en desarrollo del Estado de excepción, que han obligado a muchos Tribunal de país, a evocar conocimientos la totalidad de los actos administrativos que son remitidos para el control inmediato de legalidad y para finalmente desarrollar el trámite que ordena el artículo 185 de la ley 1437 del 2011, y al momentos muchas veces de dictar la sentencia definir con certeza si se da o lugar a la prosperidad de medio de control inmediato de legalidad, esta situación está generando un enorme desgaste la Administración de Justicia, es preciso en consecuencia recomendar exhorta a la Sala Plena de la Consejo de Estado entre a dilucidar con una sentencia de unificación cual es el verdadero alcance de medio de control inmediato de legalidad de los actos administrativos expedidos por las entidades territoriales en desarrollo del Estado de excepción en Colombia.

CONCLUSIONES

A partir de la constitución de 1991, se da el reconocimiento a la regulación legal de los Estado de excepción, para lo cual se expide la Ley Estatutaria 137 de 1994, que es un marco normativo limitante de gobierno, para regular los Estado de Excepción, al convertirse en una institución bastante arraigada a las prácticas constitucionales y políticas, a través de la vinculación de este concepto de Estados de excepción en el constitucionalismo colombiano, en el surgimiento de la figura de los poderes excepcionales, toda vez que esta conceptualización no fue consagrada solamente en la formalidad de la Constitución, sino también, que se incorporó en los textos superiores, situación que conlleva a una preocupación por el uso exagerado y abusivo, declarado o no, que se hizo de dichas facultades extraordinarias en tiempos de crisis por parte de un Estado.

El desarrollo de la investigación, permite ver que el nuevo régimen de identificación de las características para que un Estado se puede establecer a partir de la tipificación de las emergencias en las categorías de guerra exterior, conmoción interior y emergencia económica a partir de un criterio material y no de gravedad, por lo que es posible que coexistan en la competencia del ejecutivo para que se fortalezca la exigencia de concepto previo por parte del Consejo de Estado y, en general por la valoración de conveniencia y oportunidad declaratoria.

En cuanto a los Sistema de controles; se dice que tanto en lo político (participación del Senado en la declaratoria de estado de guerra o en la prórroga del de conmoción interior; rendición de informes al Congreso, juicio político al ejecutivo), cuanto en lo jurídico (control automático de

los decretos declaratorio del estado de excepción y de los legislativos que lo desarrollan), se establecieron controles que buscan evitar el exceso en el uso de las facultades de excepción.

En providencia de 15 de octubre de 2013 , dijo el Consejo de Estado: *“En efecto, la declaratoria de los estados de excepción no puede convertirse en un instrumento dirigido al desconocimiento de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, al irrespeto de las reglas del derecho internacional humanitario, y mucho menos a la interrupción del normal funcionamiento de las ramas del poder público o de los órganos del Estado, o a la supresión y/o modificación de los organismos y las funciones básicas de acusación y de juzgamiento. “De esta manera, la Carta Constitucional al regular esos estados, estatuyó diferentes mecanismos tanto políticos como jurídicos a los cuales debe someterse desde la decisión a través de la cual se declara el estado de emergencia, pasando por los decretos legislativos y concluyendo con los decretos expedidos para la concreción de los fines dispuestos en los mismos. La finalidad de esos controles no es otra que la verificación formal y material del cumplimiento de los parámetros establecidos en el ordenamiento superior para su ejercicio. “(...). “En efecto, se trata nada más y nada menos que de un mecanismo que tiene como propósito verificar que las decisiones y/o determinaciones adoptadas en ejercicio de esa función administrativa se encuentren dentro de los parámetros, finalidades y límites establecidos.”.(Consejo de Estado,2013,pág.58)*

Para que el control inmediato de legalidad de los actos administrativos expedidos por las entidades territoriales en desarrollo del Estado de Excepción en Colombia, se debe cumplir con tres requisitos formales establecidos en la normativa vigente: (i) que se trate de un acto de contenido general; (ii) que haya sido dictado en ejercicio de la función administrativa. En cuanto

al segundo presupuestos, parece no haber mayor dificultad y (iii) en desarrollo de los decretos legislativos expedidos con base en los estados de excepción.

En el entendido en principio la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, las medidas emanadas de las autoridades administrativas, que no fueran genuinos de los actos administrativos, no pueden ser controladas judicialmente, por lo tanto, las demandas que se puedan pretender buscando la nulidad debían ser rechazadas e incluso, en ciertos casos, terminan no evocado conocimiento, se enfocó en la línea jurisprudencial, indicando que la procedencia restringida del control judicial sobre circulares y otros instrumentos conocido como derecho blando, que se encuentran en la condición de la medida demandada, reviste el carácter de acto administrativo, entendiendo que la manifestación de la voluntad de la administración, va dirigida a producir efectos jurídicos, que puedan crear, modificar o extinguir una situación jurídica emanada por las autoridades administrativas.

Entonces estos momentos está trabada esa controversia respecto a cuál es el verdadero alcance del control inmediato de legalidad en torno precisamente al concepto de decisión general, si es necesario entonces que se trate verdaderamente de un acto administrativo que como lo han definido los diversos tratadista de derecho administrativo como decisión unilateral de las autoridades en ejercicio de función administrativa, destinada a producir efectos jurídicos generales, de acuerdo con los intereses, principios o valores del orden jurídico vigente o si dentro de esa perspectiva en virtud del artículo 103 de la ley 1437 del 2011, prevé que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es garante de derecho, de libertades y además garante del ordenamiento jurídico bajo esto compartimos esta propuesta precisamente y ateniendo a ese objeto de la jurisdicción proponemos que sea posible el conocimiento de otra serie de actos que no son

propiamente de actos generales en el concepto que acabamos de definirlo, sino actos administrativo conocidos como derecho blando, proponemos que se aplique la tesis mencionada por el Consejo de Estado en el auto del 22 de abril 2020, expediente 1213, en el cual recurriendo algunas providencias de la sección primera del Consejo de Estado, la sección segunda ha determinado que es posible que dentro de concepto de decisión general no solamente estén comprendidos los actos administrativos propiamente dichos es decir aquellos que produce efectos sino también aquellos que se corresponde con lo que se conoce como derecho blando.

De esta manera los últimos pronunciamiento del Consejo de Estado van en esa dirección que proponemos y está acorde con el objeto de esta jurisdicción, debe entenderse que para efectos del control inmediato de legalidad, las medidas de carácter general expedidas en ejercicio de la función administrativa, como desarrollo de los estados de excepción, señaladas en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, también incluyen a los actos internos de la administración, como circulares, memorandos, directivas y otros documentos similares, que reflejan jerarquía al interior de los órganos estatales. Por esto, la procedibilidad de su revisión judicial no dependerá del tradicional criterio material, en el que estos han de ser actos administrativos para que puedan ser controlados, sino que su examen atenderá a un criterio integral, en el que, por ser actos sujetos al derecho administrativo, pueden ser inspeccionados judicialmente (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, art. 104). (Consejo de Estado, 2020).

El Estado social de derecho, debe brindar escenarios que permitan que las autoridades respeten el principio de legalidad en el sentido de la juridicidad de los actos, pero esta providencia que conllevo al cambio de la línea jurisprudencial ampliar el control judicial sobre el derecho blando como son las circulares, directivas, memorandos, entre otros.

En situaciones como esta, el Juez del control inmediato de legalidad debe amparar los Derechos fundamentales vulnerados o evidentemente amenazados, sin que tenga que esperar para esto, el iniciar una acción constitucional como lo es tutela, toda vez que el Juez ordinario estaría facultado para hacerlo.

De igual manera otra controversia que se suscita entre los criterio formales para admisión del medio de control inmediato de legalidad, estriba en el alcance de la decisión general como desarrollo de los decretos legislativos frente al tema al interior del Consejo de Estado ha desarrollado tres tesis una formal o textualista, taxativa o estricta, unas tesis de sustancial o materiales, tesis de la tutela judicial efectiva, aterrizando recientemente en el punto de extremo garantimos, el cual fue objeto de las últimas jurisprudencias, todos estos criterios son válidos y responde a diferentes principios de orden jurídico.

En razón al problema identificado y abordado a partir de la pregunta problema de investigación ¿Cuál es el alcance del control inmediato de legalidad de los actos administrativos expedidos por las entidades territoriales en desarrollo del Estado de excepción en Colombia, en el Marco de la sentencia del Tribunal Administrativo del Caquetá en la nulidad del Decreto 047 del 24 de marzo de 2020 del Municipio de San Vicente del Caguán, Caquetá? Cabe decir, que el desarrollo investigativo, permite sostener la tesis del elemento material, que conlleva a tener como objeto de la jurisdicción contenciosa administrativa la identificación de las medidas de carácter general para los efectos del control de legalidad en el ejercicio de la función administrativa como desarrollo de los Estados de excepción, señaladas en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, que incluye a los actos internos de la administración (Circulares, memorandos, directivas y otros

documentos que reflejen la jerarquía al interior de los órganos estatales) que reflejan la jerarquía al interior de los órganos estatales.

El alcance del medio de control de legalidad, de los actos administrativos expedidos por las entidades territoriales en desarrollo del Estado de excepción en Colombia, la propuesta de unificación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, debe alinearse a la tesis sustancial o materiales, que parte del análisis del contenido material del acto, no le importa si las autoridades administrativas en las medidas general omite mencionar los decretos legislativo que desarrollan los estado de excepción constitucional, sino que se examina lo material, lo manifestado en el acto administrativo general.

De igual manera hemos identificado distintas providencias del Consejo de Estado, entre ellas la Sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, del 20 de octubre de 2009, Rad.: 2009 – 00549, Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez , donde en términos generales sala plena de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, frente al control inmediato de legalidad señalo que las medidas generales a los cuales se refiere esta disposición son aquellas que se dictan en desarrollo o como consecuencia del Estado de Excepción, si observamos el texto mismo de la ley 137 de 1994 y si apreciamos el texto del artículo 136 de la ley 1437 del 2011, cuando nos describe el medio de control inmediato de legalidad en esta ley las expresiones que utiliza el legislador que esa decisiones generales que se dictan en ejercicio de funciones administrativa se **dicten como desarrollo de decreto legislativo**, pero vemos como la Jurisprudencia ya no solamente esgrime la expresión como desarrollo sino también con ocasión al Estado de Excepción, esa una posibilidad que no se observa que contenida en las disposiciones legales que regulan el medio de control inmediato de legalidad, que dada la naturaleza de los actos administrativo que debe revisar es también, excepcional, entonces hay encontramos otra dificultad.

El Consejo de Estado en sentencia del 31 de marzo del 2020, radicación N° 958, donde esta Corporación señala que el control inmediato de legalidad se circunscribe al control de acto administrativos generales expedido en ejercicios de funciones administrativas **con ocasión a la declaratoria del Estado de Excepción**, se reitera nuevamente la frase con ocasión, estimado a renglón seguido que solo pasible del medio de control inmediato de legalidad, solamente aquella medidas que sean resultado del ejercicio como desarrollo material del decreto legislativo de Estado de Excepción, no se debe tratar en ningún caso así lo señala la providencia del desarrollo de las potestades ordinarias de tipo reglamentarias.

También el Consejo de Estado en esta Sentencia del 31 de marzo del 2020, radicación N° 958, reitera la sentencia de radicado 1166, donde también esta Corporación frente al objeto del control inmediato legalidad señala, son aquellas que se dicte en ejercicios de funciones administrativas que ***deben provenir, devenir y derivarse del desarrollo de decreto legislativo expedido durante los Estado de Excepción***. En esta Sentencia se plantea una situación más compleja no se requiere que respectivo acto administrativo general cite como fundamentación de los ***decreto legislativo expedido durante los Estado de Excepción o*** de su desarrollo se pueda inferir el mismo, sino que basta con que haga una alusión a los artículos 212, 213, y 215 de la Carta de política y que del contexto de la expedición de acto administrativo puede inferirse que es una realización material del acto administrativo, lo quiere indicar a prima facie señala esta posición jurisprudencial que aplicando los principios de realidad frente a las formalidades, evidenciar que hay una relación de causalidad de la decisión administrativa de carácter general con los decretos legislativos dictados en desarrollo de Estado de Excepción.

Un tercer criterio, que haciendo carrera el Consejo de Estado es mucho más garantista, desde el control de convencionalidad, se observa de esta manera como avancen la Jurisprudencia del Consejo de Estado que reconoce en el análisis del alcance el medio de control inmediato de legalidad, definido en los artículos 20 de la Ley Estatutaria 137 de 1994 y 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que se circunscribe las decisiones generales que se dicten como desarrollo los decretos legislativos del Estado de Excepción, va experimento una serie de ampliación del alcance bajo estas líneas jurisprudenciales y demás se destaca principalmente la Sentencia del 16 de abril de 2020, radicado N° 1006, 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, es posible extender el control judicial a todas aquellas medidas de carácter general, dictadas en ejercicio de la función administrativa, que no solo se deriven de los decretos legislativos emitidos por el Gobierno Nacional durante los denominados Estados de Excepción.

Estas son las principales tesis que sea han planteado al interior del Consejo de Estado, que son mostradas en este trabajo de investigación, para establecer el alcance de medio de control inmediato de legalidad de los actos administrativos expedidos por las entidades territoriales en desarrollo del Estado de excepción, que han obligado a muchos Tribunal de país, ha evocar conocimientos la totalidad de los actos administrativos que son remitidos para el control inmediato de legalidad y para finalmente desarrollar el trámite que ordena el artículo 185 de la ley 1437 del 2011, y al momentos muchas veces de dictar la sentencia definir con certeza si se da o lugar a la prosperidad de medio de control inmediato de legalidad, esta situación está generando un enorme desgaste la Administración de Justicia, es preciso en consecuencia exhorta que la Sala Plena de la Consejo de Estado entre a dilucidar con una sentencia de unificación cual es el verdadero alcance

de medio de control inmediato de legalidad de los actos administrativos expedidos por las entidades territoriales en desarrollo de los decreto legislativos en Estado de excepción en Colombia, entre otras aspectos fundamentales ya mencionadas anteriormente del control judicial inmediato de legalidad de las normas de derecho blanco expedidos por las entidades territoriales en desarrollo de los decretos legislativos del Estado de excepción en Colombia, y de igual manera pronunciarse sobre la posibilidad el control de las medidas de carácter policivas que son medidas ordinarias puede ser controladas por este mecanismo del control inmediato de legalidad y además en cuanto a la suspensión provisional de los actos, aclarar si se puede aplicar la medida cautelar de suspensión provisional de las medidas de carácter general sometidas al control inmediato de legalidad de acuerdo con el artículo 136 de la ley 1437 del 2011.

Finalmente, sobre el alcance del carácter integralidad del medio de control inmediato de legalidad sobre de las medidas administrativas de contenidos generales, la controversia se suscita al interior de las salas de deciones especial del Consejo de Estado, si debe hacer el control judicial sobre todo el ordenamiento jurídico, lo cual sería imposible en nuestra opinión el carácter integral entendido sobre todo el marco jurídico hacer un control convencional, constitucional y de legalidad con el sistema jurídico, el juez del control inmediato de legalidad por cuestiones práctica, solo hace el control convencional, constitucional y legal de las normas que el advierta que hay nulidad, quedo la posibilidad del ciudadano de interponer el medio de control de nulidad simple o acción inconstitucionalidad general.

Referencias Bibliográficas.

- ARIEL, C (1995). *Teoría General del Acto Administrativo*. Bogotá D.C. Editorial Biblioteca Jurídico. DIKE.
- BETANCUR, C (1996). *Derecho Procesal Administrativo*. Bogotá D.C. Señal Editora.
- BETANCUR, C (2014). *Derecho Procesal Administrativo*. Bogotá D.C. Señal Editora.
- BERROCAL, L (2009). *Manual del acto Administrativo*. Bogotá D.C. Editorial Librería Ediciones del Profesional LTDA
- CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena, *Sentencia 110010325000201100316 00 (2011-1210)*, Ago. 9/2016.
- CONSEJO DE ESTADO, *Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 20 de octubre de 2009, Rad.: 2009 – 00549*, Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez
- CONSEJO DE ESTADO, *Sala Contenciosa Administrativa Sala de Decisión Especial N°10, (11 de mayo del 2020)* Sentencia 2020-00944. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez
- CIFUENTES, E (2002). *Los Estados de Excepción Constitucional en Colombia. Ius et Praxis*, (v.8 n.1), 117-146. Recuperado de [scielo.conicyt.cl › scielo](http://scielo.conicyt.cl/scielo).
- CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia 802/2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño*, Dos(2) De Octubre De Dos Mil Dos (2002).
- CORTE CONSTITUCIONAL, *C-156/ 2011. M.P. Mauricio González Cuervo*, Nueve (9) Marzo De (2011).
- CORTE CONSTITUCIONAL, *C-426/2002.MP Rodrigo Escobar Gil*, veintinueve (29) de mayo de dos mil dos (2002).

CORTE CONSTITUCIONAL, *C-179/ 94. M.P Carlos Gaviria Díaz*, Trece 13 abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

CORTE CONSTITUCIONAL, *Sala Plena, sentencia C-620*, 2004,

CORTE CONSTITUCIONAL, *C-179/ 94. Carlos Gaviria Díaz*, Trece (13) abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994), M.P Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL, *C-145/2020. M.P José Fernando Reyes Cuartas*, veinte (20) de mayo de dos mil veinte (2020).

CORTE CONSTITUCIONAL, *C-135/2009.MP Humberto Antonio Sierra Porto*, veinticinco (25) de febrero de dos mil nueve (2009).

CORTE CONSTITUCIONAL, *C-500/2014.MP.Mauricio González Cuervo*, Dieciséis (16) Julio de (2014).

CONSEJO DE ESTADO, *Sala Plena de Lo Contencioso Administrativo*, Consejo de Estado, (2009-00549), 20 de octubre de 2009

CONSEJO DE ESTADO, *Sala Plena De Lo Contencioso Administrativo Consejero Ponente: Hernando Sánchez Sánchez* Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil veinte (2020)

CONSEJO DE ESTADO *Sala Plena De Lo Contencioso Administrativo, Sentencia Radicación 2010-00369-00*, 5 de Marzo 2012.

CONSEJO DE ESTADO, *Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de noviembre de 2010, Rad.: 2010 – 00196*, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

CONSEJO DE ESTADO, *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia rad. 11001-03-24-000-2013-00018-00*, 18 de febrero de 2016.

CONSEJO DE ESTADO, *la Sala Plena, sentencia Expediente 11 001-03-15-000-2010-00 369-00* de 5 de marzo de 2012

CONSEJO DE ESTADO, *Sala de lo Contencioso Administrativo Sala Especial de Decisión, Sentencia -2020-01158-00*, 21 de abril 2020.

CONSEJO DE ESTADO, *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia rad. 11001-03-24-000-2013-00018-00*, 18 de febrero de 2016, como: la Sala Plena, Consejo de Estado Sentencia número: CA-001, 17 de septiembre de 1996

CONSEJO DE ESTADO, *Sala Plena, Sentencia 110010325000201100316 00 (2011-1210)*, Ago. 9/2016. Sala De Lo Contencioso Administrativo Sala Especial De Decisión, el Consejo de Estado, (2020-01158-00).

CONSEJO DE ESTADO, *Sala Plena, 17 de septiembre de 1996*, sobre ponencia de Mario Alario Méndez.

CORTE CONSTITUCIONAL, *C-939/2002.M.P Eduardo Montealegre lynett*, treinta y uno (31) de octubre de dos mil dos (2002).

CONSEJO DE ESTADO *Sala Plena De Lo Contencioso Administrativo Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE* Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011).- Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00388-00(CA)

CONSEJO DE ESTADO, *Sala de Consulta y Servicio Civil*, concepto de 7 de septiembre de 2006, rad. 11001-03-06-000-2006-00034-00).

CONSEJO DE ESTADO, *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Decisión Especial 10*, Sentencia rad. 11 001-03-15-000-2020-00 944-00, 11 de mayo de 2020.

CONSEJO DE ESTADO, *Sala Plena, Sentencia número: CA-001*, 17 de septiembre de 1996.

CORTE CONSTITUCIONAL, *La Sala Plena, Sentencia C-939, 2002*.

D’ALESSIO, E (1949). *Istituzione di Diritto Amministrativo*, t. I. Turín. Editorial Fondo de Cultura Económica.

GARCÍA M & UPRIMNY R (2005) *¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? una defensa prudente del control judicial de los Estados de Excepción.*

www.dejusticia.org › 2017/04 › fi_name_recurso_198.

GONZÁLEZ, J.J. (2015). *Estado de Excepción y democracia Liberal en América del Sur*. Bogotá, Colombia: Universidad Javeriana

GARCÍA, O (2002). *Apuntes Derecho Constitución Colombia*. Bogotá D.C. Editorial Universidad Sergio Arboleda.

GORDILLO, A (2013). *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*”, T. 8. Buenos Aires. Copyright by Fundación de Derecho Administrativo. Recuperado de www.gordillo.com › pdf_tomo8 › tomo8.

FERNÁNDEZ, I (2015). *Manual de Derecho Procesal Administrativo y Contencioso Administrativo tomo I – Volumen 2*. Armenia. Universidad La Gran Colombia. Recuperado de Resultados de búsqueda www.ugc.edu.co › sede › armenia › files › editorial.

FRAGA, G (1944). *Derecho Administrativo*. México. Editorial PORRUA. S.A

Ley 1437 de 2011, Art. 148. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Enero 18 de 2011. Diario Oficial No. 47.956

Ley 4 de 1992. Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo

establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política. Mayo 18 de 1992. Diario Oficial No. 40.451

Ley 5 de 1992. Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes. Junio 18 de 1992. Diario Oficial No. 40.483.

Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Octubre 28 de 1993

Ley 137 de 1994. Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia. Junio 3 de 1994. Diario Oficial No. 41.379.,

Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Julio 16 de 2007. Diario Oficial No. 46.691

Ley 136 de 1994. Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios. Junio 2 de 1994. Diario Oficial No. 41.377.

Ley 1523 de 2012. Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones. Abril 24 de 2012. Diario Oficial No. 48.411

Ley 1801 de 2016. Por la cual se expide el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana. Julio 29 de 2016. Diario Oficial No. 49.949

MARTÍNEZ JURADO, D. 2018. *El soft law en derecho administrativo y su control judicial en Colombia*. Revista Digital de Derecho Administrativo. 20 (jun. 2018), 289-343. DOI:<https://doi.org/10.18601/21452946.n20.12>. *Apuntes sobre el control inmediato de legalidad* Néstor Arturo Méndez Pérez Magistrado Tribunal Administrativo de Caquetá.

MÓNICA SAFAR DÍAZ, *Comentario Al Artículo 185 Del Código De Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, en: JOSÉ LUIS BENAVIDES (editor), *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011 comentado y concordado*, cit, pp. 496-497

MOTAÑA, A (2010). *Fundamento de Derecho administrativo*. Bogotá D.C. Editorial Universidad Externado de Colombia.

O'DONNELL, GUILLERMO (1988). *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas. [revistas.juridicas.unam.mx › index.php › article › view](http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/article/view)

PENAGOS, G (1987). *Acto Administrativo*. Bogotá D.C. Editorial Librería Ediciones del Profesional LTDA.

PÉREZ, J. (1997). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá D.C. Editorial Temis.

RIASCOS, L (2013). *El Acto Administrativo*. Bogotá D.C. Editorial IBAÑEZ.

RODRÍGUEZ, L (2013). *Derecho Administrativo General y colombiano*. Bogotá D.C. Editorial Temis S.A.

SENTENCIA C-216 de 2011, M.P. Antonio Barrera Carbonell

SENTENCIA C-366 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero

SENTENCIA C-216 de 2011, M.P. Antonio Barrera Carbonell

SENTENCIA C-216 de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

SENTENCIA del 29 de septiembre de 1999 proferida por la Corte Interamericana de DDHH, en el caso Cesti Hurtado contra Perú

SANTAMARÍA DE PAREDES, V (1903). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid. Publicado por Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé.

SAYAGUÉS, E (1963). *Tratado de Derecho Administrativo Tomo I*. Montevideo. **Editorial Mosca Hnos.**

SANTOFIMIO, J.O. (2017). *Compendio de Derecho Administrativo*. Bogotá. Editorial Universidad Externado de Colombia.

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, *consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO*, Bogotá, D.C., quince (15) de octubre de dos mil trece (2013), Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00390-00(CA).

TORRES, H (2011). *Aspectos Básicos del Régimen Municipal*. Bogotá D.C. Editorial Biblioteca Jurídico DIKE.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, *Sala Quinta Mixta, sentencia, radicado 2020-01548 00*, 2 de junio 2020.

VANEGAS GIL, P. (1). *La Constitución colombiana y los estados de excepción: veinte años después*. *Revista Derecho Del Estado*, (27), 261-290. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3020>

ZANOBINI, G (1958). *Corso di Diritto Amministrativo vol. I*. Milán. Editorial: Dott. A. Giuffrè Editore, Milano