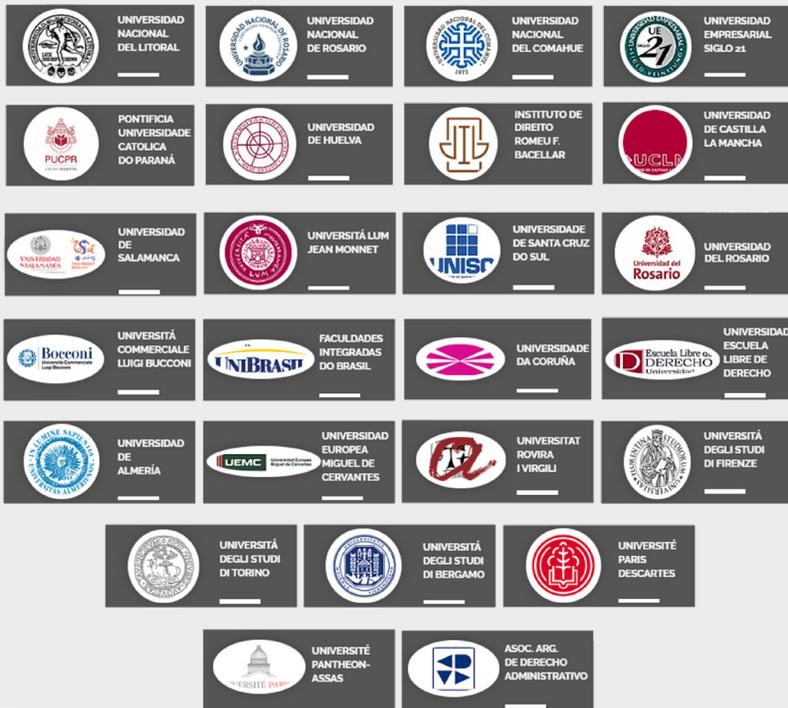


REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 7 | N. 1 | ENERO/JUNIO 2020 | ISSN 2362-583X
SANTA FE | ARGENTINA | PERIODICIDAD SEMESTRAL

Revista oficial de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo
formada por las siguientes instituciones:



RED DOCENTE
EUROLATINOAMERICANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



Potestad normativa en estado de excepción por situaciones de calamidad pública, como el covid-19 en Colombia

Regulatory power in a state of exception due to situations of public calamity, such as covid-19 in Colombia

LUIS FERNEY MORENO I.*

¹ Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia)

luis.moreno@uexternado.edu.co

<https://orcid.org/0000-0001-6047-8063>

Recibido el/Received: 25.06.2020 / June 25th, 2020

Aprobado el/Approved: 28.08.2020 / August 28th, 2020

RESUMEN:

Este artículo tiene por finalidad explicar las razones por las cuales la potestad normativa del Estado prolifera en el estado de excepción, dado que se ha expedido una cantidad de normas que se supone que se han dirigido eficazmente a conjurar o evitar la extinción de los efectos de la situación sobreviniente o extraordinaria, como lo es, el covid-19. Poniendo de presente que no se ha podido enfrentar solamente con potestades normativas en uso de las atribuciones ordinarias, sino que también ha sido necesario el ejercicio de potestades normativas en uso de atribuciones extraordinarias, con la declaratoria de estado de excepción.

Palabras clave: regulación; producción de normas; covid 19; competencias; procedimiento; decisiones; estado de excepción.

ABSTRACT:

The purpose of this article is to explain the reasons why the normative power of the State proliferates in the state of emergency, given that a number of norms have been issued that are supposed to have been effectively aimed at averting or avoiding the extinction of the effects of the supervening or extraordinary situation, such as covid-19. Bearing in mind that it has not been possible to deal only with regulatory powers in use of ordinary powers, but it has also been necessary to exercise regulatory powers in use of extraordinary powers, with the declaration of a state of exception.

Keywords: regulation; production of standards; covid 19; competences; procedure; decisions; state of exception.

Como citar este artículo | *How to cite this article:* MORENO, Luis Fernel. Potestad normativa en estado de excepción por situaciones de calamidad pública, como el covid-19 en Colombia. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 7, n. 1, p. 231-243, ene./jun. 2020. DOI 10.14409/redoeda.v7i1.9530.

* Director del Departamento Derecho Minero Energético de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Doctor en Derecho de la Universidad de Lovaina (Lovaina, Bélgica). Magister en Derecho Económico de la Universidad de Lovaina (Lovaina, Bélgica). Especialista en Tributación de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia) y Certificado en Regulación de Servicios Públicos de la Universidad de Florida (Florida, Estados Unidos). Miembro de la Asociación Iberoamericana de Regulación (Asier), miembro del Foro Iberoamericano Derecho Administrativo (Fida) y miembro de la Asociación Iberoamericana de Derechos de Energía (Aside). E-mail: luis.moreno@uexternado.edu.co.



SUMARIO:

1. Introducción; **2.** Producción de normas de carácter general en uso de atribuciones ordinarias; **2.1.** Competencia; **2.2.** Procedimiento; **2.3.** Decisiones y sus límites; **3.** Producción de normas de carácter general en uso de atribuciones excepcionales por la declaratoria de Estados de Excepción; **3.1.** Potestad normativa del Estado centrada en el Presidente de la República para los asuntos relacionados con el estado de excepción; **3.2.** No se siguen en estricto sentido ciertas etapas del procedimiento de elaboración de normas de carácter general; **3.3.** Decisiones extraordinarias y discrecionales, pero sometidas a requisitos y controles; **4.** Conclusiones. **5.** Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

Con el Covid 19, se ha puesto en prueba la función de regulación del estado, esto es, la potestad normativa del estado de producción de normas. Para enfrentar el Covid 19 hemos observado en el contexto de América Latina que ciertos países han usado atribuciones excepcionales para enfrentar la situación extraordinaria, pero, otros han enfrentado dicha situación extraordinaria con atribuciones ordinarias de los poderes públicos.

Dado lo anterior, abordaremos inicialmente la producción de normas en uso de las atribuciones ordinarias con el fin mostrar ciertas diferencias con la producción de normas en uso de atribuciones excepcionales, ante situaciones como lo es el COVID-19 que ha originado la declaratoria estado de excepción en Colombia. Esta expedición o producción de normas debería estar enmarcada dentro de lo que conocemos como la buena regulación, pero, la realidad es que se presenta, por lo menos, en Colombia, una inflación normativa sin control de la calidad de las normas de la administración pública nacional, departamental y municipal, aunque por supuesto las normas que se han expedido están sometidas a un control político y control judicial, en este último se hace control de los requisitos de forma y materiales de las normas.

Con fundamento en las anteriores líneas, primero, haremos una referencia somera de producción de normas en uso de atribuciones ordinarias y luego, nos centraremos en producción de normas en uso de atribuciones excepcionales por la declaratoria de estados de excepción, dada las situaciones extraordinarias como el COVID-19.

2. PRODUCCIÓN DE NORMAS DE CARÁCTER GENERAL EN USO DE ATRIBUCIONES ORDINARIAS

Comenzamos diciendo que la producción de normas proviene de una potestad¹, que para el caso que nos ocupa es una potestad normativa y que normalmente se

¹ CASSAGNE, Juan Carlos. **El acto administrativo**. Bogotá D.C: Editorial Temis, 2013. Pag 78. Este autor nos señala que potestad son los poderes o prerrogativas para cumplir los fines del estado.



ejerce dicha potestad o función con el uso atribuciones ordinarias en el cual se destaca, en primer lugar, las competencias, en segundo lugar, los procedimientos para producción de normas de carácter general y en tercer lugar, las decisiones, las cuales tienen ciertos límites trazados en la Constitución y la ley.

2.1. COMPETENCIA

La potestad normativa estatal esta distribuida entre el Congreso de la República (potestad legislativa), el Presidente de la República y de los integrantes de la administración pública nacional y territorial (potestad reglamentaria). En una situación normal todos lo anteriores ejercen sus potestades normativas normalmente y por supuesto, con atribuciones ordinarias conferidas por la constitución y la ley.

Existe una característica definidora de las competencias normativas cual es, la reserva de ley, según la cual, las materias objeto de dicha reserva las debe definir el Congreso de la República mediante la ley, esto es, el nucleo esencial de la materia esta reservada a la ley, más aún, la ley debe determinar los elementos normativos basicos o decisiones basicas que posteriormente son objeto de concreción o desarrollo de ciertos aspectos puntuales a traves de la potestad reglamentaria por parte de los integrantes de la administración pública², esto es, el Presidente y los demas integrantes de la administracion pública Nacional, departamental y municipal con potestades normativas.

2.2. PROCEDIMIENTO

Desde la óptica de Meilan y García³ la potestad normativa se ejerce a traves de un procedimiento⁴, el cual finaliza con desiciones normativas. Los procedimientos de producción de normas son: procedimiento legislativo que termina con una decisión (producto): la ley, y el procedimiento administrativo de elaboración de normas de carácter general (procedimiento reglamentarios)⁵ que termina con una decision (producto): actos administrativos de carácter general.

En el caso del procedimiento legislativo que termina en una ley, el Congreso de la republica toma la decisión normativa que es la ley y la aprueba a traves de un procedimiento previsto en la constitución y la ley 5 de 1995. El Congreso de la Republica ejerce su potestad normativa legislativa en virtud de la clausula general de competencia y en la reserva de ley; todo lo anterior, con plenitud de la libre configuración legislativa.

² COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencias C-810 de 2014; C-135 de 2016.

³ MEILÁN, J, GARCÍA, M. **Norma y acto administrativo**. Madrid: lustel, 2018.

⁴ Estos autores defienden la idea que las normas juridicas deben elaborarse conforme a un procedimiento preestablecido.

⁵ Estos autores ven ventajoso tener un procedimiento de elaboración de reglamentos como garantia previa de la adopción de decisiones normativas.



Ahora bien, en lo que respecta al procedimiento administrativo de elaboración de normas que termina en actos administrativos de carácter general, la administración pública, en cuya cabeza se encuentra el Presidente de la República, ejerce su potestad normativa reglamentaria a través de un procedimiento administrativo en el que no existe un procedimiento general⁶, estándar y único para toda la administración pública, sino que cada uno de los integrantes de la administración pública tiene reglado un procedimiento administrativo especial de producción de los actos administrativos de carácter general⁷ así por ejemplo: el procedimiento administrativo para el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del presidente, el procedimiento administrativo para el ejercicio de la potestad reglamentaria de los ministerios y departamentos administrativos, el procedimiento administrativo para el ejercicio de la potestad reglamentaria de las comisiones de regulación, el procedimiento administrativo de la potestad reglamentaria de los gobernadores y asambleas departamentales, así como, los alcaldes y de los concejos municipales⁸.

Como se observa, nosotros en Colombia tenemos un procedimiento legislativo y unos procedimientos administrativos reglamentarios especiales, con ciertas etapas⁹, pero muy limitados y como lo develo la OCDE al evaluar nuestra política de regulación o expedición de normas, le faltaba en nuestros procedimientos incluir otras herramientas que no se tienen. En materia de procedimientos administrativos de elaboración de normas, aun cuando contamos con las etapas de consulta pública y publicidad, faltan más herramientas para lograr que se expidan normas que no sólo garantice una buena calidad de las mismas, sino también que se prevenga el daño antijurídico y la violación al principio de legalidad. Además no se cuenta con un procedimiento administrativo general y unificado aplicable a todas las autoridades administrativas en su ejercicio de la potestad normativa reglamentaria, como tampoco disponemos para toda la administración pública de las nuevas herramientas propuesta por OCDE. Las recomendaciones

⁶ Jaime Rodríguez Arana, este autor nos describe como en España, la ley de gobierno de 1997 tiene un procedimiento general de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. Ley y reglamento en el derecho administrativo español. **VI Foro iberoamericano de derecho Administrativo VII jornadas de derecho constitucional y Administrativo**. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2007. Jose Roldan Xopa, este autor en el mismo sentido dice que en la ley federal de procedimiento administrativo establece la regla general de someter la normas administrativa y legislativa a la mejora regularoria, es decir a etapas y herramientas para creación de las normas. ROLDÁN, Jose. **Derecho Administrativo**. México: Oxford University Press, 2008.

⁷ El autor hace una cita de Santofimio de la dispersión de procedimientos, compendio de derecho administrativo, Universidad Externado de Colombia, op, cit pag 376.

⁸ Existen otras entidades estatales que tienen sus propios procedimientos administrativos para la expedición o producción de normas como lo son: Banco de la República, Comisión Nacional de Televisión, Contraloría General de la República, Procuraduría General de la Nación, Consejo Superior de la Judicatura, etc.

⁹ Este autor presenta tres etapas del procedimiento: iniciación del procedimiento, instrucción del procedimiento y participación ciudadana.



de la OCDE¹⁰ fueron adoptadas en el Conpes 3816 de 2014 como mejoras regulatorias, pero son medidas de derecho blando (soft Law), pero como las mejoras regulatorias se relaciona con mejoras en los procedimientos se requiere de medidas de derecho duro (Hard Law). Es de agregar que Colombia asumió compromisos internacionales de mejores practicas en sus politicas de regulacion (calidad de la regulación) con la adhesion a la OCDE y aprobada a traves de la Ley 1950 DE 2019¹¹. Dicho organismo propone como mejora regulatoria las siguientes nuevas herramientas: *agenda regulatoria, analisis de impacto normativo, consulta pública, stock regulatorio, implementación o ejecución del cumplimiento normativo y evaluación ex post de impactos normativos*.

Es de aclarar que estas nuevas herramientas ya existian en Colombia de forma especial, antes que las recomendará la OCDE, pero solamente para ciertas entidades administrativas como las comisiones de regulación y para ciertos temas, como, por ejemplo: para la expedición de reglamentos tecnicos y para la aprobación de tramites. Los anteriores casos excepcionales se introdujeron como regimen especial, a traves de decretos reglamentarios y no en el regimen general de los procedimientos administrativos de la admnistración publica, esto es, en elCodigo de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo-CPACA (ley 1437 de 2011). Las herramientas existentes en estos procedimientos administrativos de elaboracion de normas se constituyen en “*pequeños procedimientos*” dentro del procedimiento. Al dia de hoy, aquellas nuevas herramientas propuestas por la OCDE no se han introducido en la Ley 5 de 1995 para el procedimiento legislativo de expedición de leyes, ni tampoco en el CPACA para lograr unificar un procedimiento administrativo de elaboracion de normas de caracter general, salvo la consulta pública establecida en el numeral 8 del artículo 8 del CPACA, sobre la cual hay que decir que estamos ante un pequeño procedimiento dentro del procedimiento administrativo.

2.3. DECISIONES Y SUS LIMITES

Como ya señalo atrás, los procedimientos anteriores terminan en unas decisiones o bien en una ley o bien en un acto administrativo de carácter general, las cuales gozan respectivamente de la libre configuración legislativa y de la discrecionalidad administrativa, pero sujetas a los requisitos de forma y materiales que son objeto de control judicial. Es de anotar que las decisiones normativas en uso de atribuciones ordinarias

¹⁰ OCDE. **Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia. Más allá de la simplificación administrativa**, París: OCDE Publishing, 2014.

¹¹ Ley 1950 DE 2019 “por medio de la cual se aprueba el Acuerdo sobre los Términos de la Adhesión de la República de Colombia a la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, suscrito en París, el 30 de mayo de 2018 y la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, hecha en París el 14 de diciembre de 1960”.



debe haber una adecuada articulación entre la ley y el reglamento sobre lo cual, de por medio, esta la *reserva de ley* como bien lo sostiene Santiago Muñoz Machado¹² y Joaquín Tornos Mas¹³.

En efecto, en cuanto a la discrecionalidad administrativa para la toma de decisiones normativas es de reiterar que la administración pública tiene límites en sus atribuciones ordinarias, tales como: los requisitos de forma y materiales. Los requisitos de forma son: la competencia, sujeción a los trámites del procedimiento, respeto al derecho de audiencia y defensa, motivación de la decisión y no desviación de poder. Ahora en cuanto a los requisitos materiales, estos se enfocan en límites constitucionales y límites administrativos. Dentro de los límites constitucionales podemos mencionar: la reserva de ley¹⁴, el respeto al núcleo esencial de la libertad, que la decisión obedezca a los objetivos expresamente señalados en la constitución y en las leyes, que las decisiones respondan a principios de racionalidad y proporcionalidad, además que la decisión no afecte derechos fundamentales y ni derechos humanos, como tampoco derechos adquiridos. Los límites administrativos serían lo establecido en el artículo 44 del CPACA y los desarrollados por la jurisprudencia del Consejo de Estado, esto es, que la decisión debe ser proporcional al hecho y que las decisiones deben ser adecuadas a los fines de la norma que la autoriza; así mismo, que las decisiones deben obedecer al principio de racionalidad y proporcionalidad.

Nos preguntamos, si hemos podido conjurar los efectos del COVID-19 con el uso de atribuciones ordinarias. Pues, dadas las características de este hecho universal que se constituye en una grave calamidad pública por las muertes que causa al no conservarse el aislamiento social, la respuesta es que el uso de atribuciones ordinarias no hubiese sido suficiente, porque este hecho ha perturbado de forma grave el orden social y económico del país, pero además se ha constituido en un hecho de calamidad pública grave, afectando no solamente la salud pública, sino también la economía del país.

Tomar decisiones en medio de una situación sobrevenida y extraordinaria no se podría realizar con el sólo uso de atribuciones ordinarias que tienen sus ritmos, tiempos, competencias, procedimientos y que implicaba tomar decisiones excepcionales o extraordinarias que no dan espera para cumplimiento de la reserva de ley y adelantar las etapas de los procedimientos. Como bien lo señala la Corte Constitucional en su Sen-

¹² MUÑOZ, Santiago. **Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General**. Tomo VII: el reglamento. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 93-114.

¹³ TORNOS MÁS, Joaquín La relación entre ley y reglamento: reserva de ley, remisión normativa. **Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional**. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000100006.

¹⁴ CIRIANO VELA, César D. **Principio de legalidad e intervención económica**. Atelier, 2000, Pág 71. Esta autor dice que una de las garantías del estado de derecho es la reserva de ley.



tencia C-145¹⁵ sobre el estado de excepción en Colombia, lo del COVID es una crisis que no se había presentado en las proporciones en las que estamos viviendo en Colombia y de los demás países del mundo.

3. PRODUCCIÓN DE NORMAS DE CARÁCTER GENERAL EN USO DE ATRIBUCIONES EXCEPCIONALES POR LA DECLARATORIA DE ESTADOS DE EXCEPCIÓN

El COVID como un hecho sobreveniente y extraordinario que demostro su capacidad de perturbar o amenazar de forma grave el orden económico y social e incluso se llevo a situación de grave calamidad pública, evidencia que no era posible conjurar con uso de atribuciones ordinarias policivas, dado los impactos, como se demuestra, el día de hoy. No bastaban las medias de toque de queda u otro tipo de medidas como de aislamiento social, porque aquellos impactos van más allá, como los problemas de salud publica y problemas de carácter económicos como: perdidas de empleo, quiebra de empresas, y el financiamiento de esta situación extraordinaria que requería un gasto público no previsto.

Todo lo anterior nos conlleva a concluir que no era suficiente el uso de dichas atribuciones ordinarias, que evidentemente se requería de una producción de normas de carácter general con atribuciones excepcionales para enfrentar esta situación sobreveniente y extraordinaria por el COVID -19. Es de aclarar que el uso de dichas atribuciones excepcionales para enfrentar esta situación extraordinaria no se ejerce eliminando el uso de las atribuciones ordinarias que tiene el Congreso y la administración pública para otros asuntos diferentes al estado de excepción, dado de que las atribuciones excepcionales sólo son usadas fundamentalmente para tomar decisiones que conjuren e impidan la extensión de los efectos de la situación sobreveniente y extraordinaria.

Las atribuciones extraordinarias o poderes excepcionales se materializan: en primer lugar, en que el presidente concentra la potestad normativa del estado para conjurar e impedir que se extiendan los efectos de la situación sobreveniente y extraordinaria; en segundo lugar, no se siguen en estricto sentido las etapas de los procedimientos administrativo de elaboración de normas de carácter general, y tercero, finalmente aunque las decisiones son extraordinarias tienen sus límites y controles: político y judicial, todo por el principio fundamental del estado de derecho. Desde el ámbito del derecho comparado, se observa que la anterior concreción de los poderes excepcionales es un común denominador en la mayoría de los países de América Latina.

¹⁵ COLOMBIA. Corte Constitucional, mediante sentencia C-145 de 20 de mayo de 2020.



3.1. POTESTAD NORMATIVA DEL ESTADO CENTRADA EN EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA PARA LOS ASUNTOS RELACIONADOS CON EL ESTADO DE EXCEPCIÓN

El Presidente decreta el estado de excepción dependiendo si se trata de un estado de guerra o grave perturbación del orden público o grave perturbación del orden económico, social o ecológico, o grave calamidad pública. Para el caso que nos ocupa del COVID-19 es una situación sobreviniente y extraordinaria que a consideración del Presidente de la República amerita declarar el estado de excepción, mediante Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, “por el cual se declara un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional”. Dicho Decreto fue declarado ajustado a la constitución por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-145 de 20 de mayo de 2020¹⁶.

Con esta declaratoria de estado de excepción, la potestad normativa del estado, se centra principalmente en cabeza del Presidente de la República y secundariamente, en los demás integrantes de la administración Pública para conjurar e impedir la extensión de los efectos de la situación sobreviniente y extraordinaria, como lo es el COVID-19. Lo anterior, como ya se dijo atrás, sin perjuicio del uso de las atribuciones ordinarias que sigue ejerciendo el Congreso, el Presidente y entidades administrativas de la administración pública, pero en asuntos no relacionados con el estado de excepción.

Esta concentración de la potestad normativa del estado en el Presidente de la República por la declaratoria de estado de excepción lo faculta a dictar *decretos legislativos* (decretos con fuerza de ley) destinados a conjurar e impedir la extensión de los efectos de la situación sobreviniente y extraordinaria. Dicha facultad conlleva a que no se sujeta las decisiones de la administración pública a la *reserva de ley*, esto es, no se requiere de un contenido previo por parte del Congreso de la República para conjurar o impedir la extensión de la situación. Es de adicionar que, las autoridades administrativas nacionales (incluyendo el mismo Presidente de la República), las departamentales y las municipales podrán, en ejercicio de su función administrativa, desarrollar los mencionados decretos legislativos mediante actos administrativos de carácter general, durante tiempo del estado de excepción.

3.2. NO SE SIGUEN EN ESTRICTO SENTIDO CIERTAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE NORMAS DE CARÁCTER GENERAL

Los decretos legislativos que expide el presidente de la República en desarrollo del estado de excepción para conjurar o para impedir la extinción de los efectos de la situación sobreviniente o extraordinaria se expiden con unos requisitos formales y

¹⁶ COLOMBIA. Corte Constitucional, mediante sentencia C-145 de 20 de mayo de 2020.



materiales, pero no se sigue realmente en estricto sentido etapas del procedimiento para la expedición de normas, salvo la etapa de la publicación. Las demás etapas, como, por ejemplo, la consulta pública, análisis de impacto normativo y otras, ciertamente no se surten en estricto sentido cuando estamos ante el Estado de excepción. Lo mismo podemos decir de los actos administrativos de carácter general que se expiden en desarrollo de los decretos legislativos, sobre los cuales solo procede la etapa de publicación dentro del procedimiento.

Por eso, decimos, que en un estado de excepción, prácticamente, no se adelantan las etapas de los procedimientos de producción de normas, esto tiene, en efecto, cierto sentido, porque precisamente para poder conjurar y evitar la extinción de los efectos de las situaciones sobrevinientes y extraordinarias, se requiere la expedición de las normas de forma expedita y si se llegará cumplir estrictamente con los procedimientos, evidentemente, no se lograría el objetivo de conjurar la crisis de forma oportuna y eficaz. Además, es importante adicionar que la Constitución Política que regula los estados de excepción no establece en sí un procedimiento para la expedición de los decretos legislativos, como tampoco para la expedición de actos administrativos que se dictan en desarrollo de estos decretos legislativos.

Muchos se han preguntado si realmente debería aplicarse el análisis de impacto normativo para la expedición o producción de normas en estado de excepción, como lo vivido al día de hoy, ya que garantiza la calidad normativa. La respuesta a esta pregunta que se han hecho muchos es la de que definitivamente ciertos países que han introducido esta herramienta han excepcionado la aplicación del análisis de impacto normativo, precisamente, para dar una mayor flexibilidad a la expedición de las normas que se necesitan para conjurar o para impedir la extensión de los efectos de la situación sobrevinida o extraordinaria, claro que sacrificando con ello la calidad, los impactos de las mismas y la previsión del daño antijurídico.

Por ejemplo, el Decreto Legislativo 517 de 2020 en el artículo 3, para la adopción de medidas extraordinarias en la prestación de los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible, estableció que la Comisión de Regulación de Energía Eléctrica y Gas (CREG) podría adoptar las medidas sin la observación de los periodos plazos y requisitos definidos en ley. Asimismo, el decreto en mención, también, le señaló al Ministerio de Minas y Energía y a sus entidades adscritas la posibilidad de adoptar medidas extraordinarias sin necesidad de agotar el requisito de información de los proyectos de regulación para la abogacía de la competencia ante la Superintendencia de Industria y Comercio. Tampoco consideró necesario el cumplimiento de los requisitos y plazos de publicidad, así como de la consulta pública de los proyectos de regulación, previsto en el numeral 8 del artículo 8 de la Ley 1437 del 2011 (CPACA). Todo esto, a nuestro juicio, el decreto buscaba una mayor flexibilidad en el procedimiento de expedición de las normas.



3.3. DECISIONES EXTRAORDINARIAS Y DISCRECIONALES, PERO SOMETIDAS A REQUISITOS Y CONTROLES

Al declararse el estado de excepción, las decisiones que se toman son extraordinarias y quedan contenidas en los decretos legislativos y en actos administrativos que se expiden en desarrollo de estos decretos legislativos. En Colombia, entre la administración pública nacional, departamental y municipal han expedido alrededor de unas 1120 normas, al día de redacción del presente artículo. Dichas normas contienen decisiones extraordinarias con el fin de conjurar o impedir la extensión de los efectos de la situación sobreviniente o extraordinaria, como lo es el COVID-19. Es de agragar que las decisiones que se han adoptados para responder a las situaciones producida por el COVID -19 se pueden clasificar: unas de derecho duro (decretos legislativos, decretos reglamentarios, resoluciones, circulares, etc.) y otras de derecho blando (directivas, lineamientos, etc.).

El contenido de las decisiones que adopta el presidente y en particular, la administración pública nacional, departamental y municipal gozan de la discrecionalidad administrativa, pero, es de anotar que, la Constitución Política cuando regula los estados de excepción en el artículo 212 y ss establece ciertos requisitos formales y materiales que han sido complementados con la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en cuanto control de constitucionalidad y del Consejo de Estado en relación con el control inmediato de legalidad sobre normas expedidas en estados de excepción.

Los decretos legislativos expedidos por la declaratoria de estados de excepción deben cumplir los siguientes requisitos¹⁷: *requisitos formales*: (i) esté motivado, (ii) se encuentre suscrito por el Presidente y todos los Ministros, (iii) haya sido expedido durante la vigencia y en desarrollo del respectivo estado de excepción, y, finalmente, (iv) que determine el ámbito territorial para su aplicación. También, deben cumplir con los siguientes *requisitos materiales*: (i) de conexidad material y de finalidad, las medidas adoptadas en el decreto legislativo deben guardar relación con las causas que generaron la declaratoria del Estado de Excepción (ii) de ausencia de arbitrariedad y de intangibilidad, que las medidas adoptadas en los decretos legislativos no suspendan o vulneren los derechos fundamentales y que no interrumpan el normal funcionamiento de las ramas del poder público, (iii) de no contradicción específica, las medidas adoptadas en los decretos legislativos no contengan una contradicción específica con la Constitución (por ejemplo derechos de los trabajadores) y los tratados internacionales, (iv) de motivación suficiente, las razones suficientes que justifiquen las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, (v) de necesidad, las medidas que se adopten en el decreto legislativo sean necesarias para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción (vi) de incompatibilidad, los decretos legislativos

¹⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C- 466 de 2017. Magistrado ponente: Carlos Bernal Pulido.



que suspendan leyes deberán expresar las razones por las cuales son incompatibles con el correspondiente Estado de Excepción (vii) de proporcionalidad, las medidas que se adopten en desarrollo de los estados de excepción deben ser proporcionales con la gravedad de los hechos que causaron la crisis y, finalmente, (viii) de no discriminación.

En relación con los actos administrativo que se expiden en desarrollo de los decretos legislativos emitidos en virtud del estado de excepción, deben cumplir con los siguientes requisitos¹⁸: *requisitos de forma*: i) competencia, II) requisitos de forma: objeto, causa, motivo finalidad del acto. Igualmente, debe tener en cuenta los siguientes *requisitos materiales*: i) conexidad: si el acto guarda relación directa y específica con el estado de excepción y con el decreto legislativo que le sirve de causa, ii) proporcionalidad: que la norma debe resultar idónea, necesaria y proporcional con la gravedad de los hechos que dieron lugar a la declaratoria el Estado de excepción, y iii) racionalidad: que exista una correlación entre los fines buscados y los medios empleados para conseguirlo.

En lo que respecta a los controles a las decisiones contenidas en los decretos legislativos y los actos administrativos que los desarrolla en virtud y durante el estado de excepción, éstos controles se ejercen de la siguiente forma: control político y control judicial.

En relación con el control político, en la declaratoria de estado de excepción se debe convocar al Congreso si éste no se encuentre reunido. El Congreso examinará hasta por de 30 días prorrogables, el informe que presenta el gobierno sobre las causas que determinaron el estado de excepción y las medidas adoptadas, sobre lo cual, el Congreso se pronuncia sobre la conveniencia y oportunidad de las medidas. Este organo político, a su vez, durante el año siguiente la declaratoria de estado de excepción tiene la facultad de derogar, modificar o adicionar los decretos legislativos, de materias de iniciativa del Gobierno y las que son de iniciativa de sus miembros puede ejercer estas facultades en cualquier tiempo.

En lo que se refiere al control judicial: la Corte Constitucional tiene la facultad de realizar el control de constitucionalidad de los decretos legislativos, dentro del cual realiza el control formal y material de dicho Decretos. Ahora bien, la jurisdicción contencioso administrativa ejerce el control inmediato de legalidad de los actos administrativos de carácter general. Si se trata de decisiones que manan de autoridades nacionales es de conocimiento del Consejo Estado y si son decisiones emanadas de autoridades territoriales es de conocimiento de tribunales administrativos competente donde se haya expedido el acto.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sala especial de decisión No 10. Expediente: 11001-03-15-00-2020-00944-00. Fecha 11 de mayo de 2020. Medio de control: control inmediato de legalidad. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Velez.



4. CONCLUSIONES

La potestad normativa del Estado ha sido bastante prolifera en el estado de excepción, dado que se ha expedido o producido una cantidad de normas que se supone que se han dirigido eficazmente a conjurar o evitar la extinción de los efectos de la situación sobreviniente o extraordinaria, como lo es, el covid-19.

El Covid-19, en Colombia, no se ha podido enfrentar solamente con potestades normativas en uso de atribuciones ordinarias, hubiesen sido insuficiente, pero además para enfrentar el problema de salud pública y los problemas económicos derivados era necesario conceder potestades normativas en uso de atribuciones extraordinarias, con la declaratoria de estado de excepción. Aunque la experiencia de otros países de América Latina muestra que han podido enfrentar la situación con potestades normativas en uso de atribuciones ordinarias.

La potestad normativa del Estado en uso de atribuciones extraordinarias tiene las siguientes connotaciones:

- I) La potestad normativa extraordinaria queda en cabeza del presidente de la República y órganos integrantes de la administración pública nacional, departamental y municipal. Sin perjuicio del uso de las atribuciones ordinarias que sigue ejerciendo el Congreso, el Presidente y entidades administrativas de la administración pública, pero en asuntos no relacionados con el estado de excepción.
- II) No se siguen en estricto sentido ciertas etapas del procedimiento de expedición o producción de normas, salvo la etapa de publicación de las normas.
- III) Las decisiones son extraordinarias, pero limitadas a unos requisitos de forma y material, y a control político y judicial.

5. REFERENCIAS

CASSAGNE, Juan Carlos. **El acto administrativo**. Bogotá D.C: Editorial Temis, 2013.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C – 810 de 2014**. MP Mauricio González Cuervo, 5 de noviembre de 2014.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C – 135 de 2016**. MP Luis Ernesto Vargas Silva, 17 de marzo de 2016.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C – 145 de 2020**. MP José Fernando Reyes, 17 de marzo de 2016.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C – 466 de 2017**. MP Carlos Bernal Pulido, 17 de marzo de 2017.

CONSEJO DE ESTADO – Sala de lo Contencioso Administrativo. **Sala especial de decisión No 10. Expediente: 11001-03-15-00-2020-00944-00**. MP Sandra Iisset Ibarra Velez, 11 de mayo de 2020.



MEILÁN, J, GARCÍA, M. **Norma y acto administrativo**. Madrid: lustel, 2018.

MUÑOZ, Santiago. **Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General**. Tomo VII: el reglamento. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.

OCDE. **Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia. Más allá de la simplificación administrativa**, Paris: OCDE Publishing, 2014

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. Ley y reglamento en el derecho administrativo español. **VI Foro iberoamericano de derecho Administrativo VII jornadas de derecho constitucional y Administrativo**. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2007.

ROLDÁN, Jose. **Derecho Administrativo**. México: Oxford University Pres, 2008.

TORNOS MÁS, Joaquin La relación entre ley y reglamento: reserva de ley, remisión normativa. **Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional**. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000100006.