EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LOS ESTADOS DE EXCEPCION EN COLOMBIA.

UN ANÁLISIS DEL CASO DMG[*]

Jose Eduardo Arroyave Flórez[*]

Resumen.

Sin duda alguna la declaratoria de excepcionalidad por parte del Gobierno Nacional en los últimos años ha sido fuente de innumerables críticas por parte de los tratadistas y de la sociedad colombiana, bajo el entendido de que muchos encuentran tal mecanismo como una alternativa jurídica y legal para evadir no solo los limites, parámetros, principios y pilares del sistema democrático colombiano sino también los postulados del Estado Social de Derecho.

La historia colombiana se encuentra escrita sobre la excepcionalidad, de la cual se deriva que su declaratoria ha obedecido en mayor grado a la constante

---

[*] El artículo que se presenta a continuación hace parte del proyecto de investigación titulado: El principio de proporcionalidad en los Estados de Excepcion en Colombia, adelantada bajo la asesoría de la profesora Clara María Mira. La investigación fue realizada para optar por el título profesional en Derecho ofrecido por la Facultad de Derecho de la Universidad Ces y la metodología utilizada consistió en el examen de las diferentes declaratorias de excepcionalidad que se han presentado en los ultimos tiempos y su impacto en el derecho colombiano.

[**] Estudiante de la facultad de Derecho de la Universidad CES. josearroyavef@gmail.com, jose.florez.90@hotmail.com.

situación de guerra y de conflicto armado interno. Es por esto que la excepcionalidad en Colombia es interpretada por muchos como una cláusula legal de evasión del Constitucionalismo, expresamente regulado en los artículos 212 al 215 de la Constitución Política Colombiana y en la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción -Ley 137 de 1994- .

Palabras Clave: Estado de excepción, estado de emergencia social, económica y ecológica, sistema democrático, estado social de derecho, guerra.

Introducción

Los estados de excepción adquieren su nombre debido a que son medidas no ordinarias que se adoptan en situaciones especiales que no pueden ser atacadas con la legislación normal existente al momento en que dichas circunstancias externas y extremas tienen lugar, originadas en hechos externos, internos o naturales. La Constitución de 1991 los denominó como estados de excepción en contra de las experiencias vividas por la historia colombiana bajo el amparo de la constitución pasada, mediante la cual dichos mecanismos fueron utilizados de manera indiscriminada proliferando así el número de abusos y violaciones a los derechos humanos. Es por esto que en la Carta actual, se le impone al ejecutivo la obligación de cumplir con ciertos límites para hacer uso de dichos mecanismos, tales como la discrecionalidad para dictarlos, los términos de duración, el normal funcionamiento de las ramas del poder público, la prohibición de suspender los derechos y garantías

fundamentales, la prevalencia de los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos, el control político y el control automático de constitucionalidad que se encuentra en cabeza de la Corte Constitucional. (ITURRALDE, 2003); (PÉREZ, 1997); (OROZCO y GÓMEZ, 1999).

El estado de excepción a lo largo de la historia ha sido muy criticado en virtud de la falta de precisión en las razones que dan lugar a su declaratoria en la medida en que se le otorga facultades al gobierno para atender situaciones que a su juicio requirieran tratamiento excepcional, lo que implica el exceso de concentración del poder en manos del Ejecutivo desmejorando así los derechos y garantías constitucionales y afectando los pilares del Estado de Derecho. Es por esto que con la expedición de la Constitución de 1991 se buscó imponer requisitos y controles para impedir que dichas declaraciones volvieran a acaecer, en palabras de la Corte Constitucional mediante sentencia C-802 de 2002 se dijo que *"Los abusos a que se prestó el estado de sitio hacían 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".*

En Colombia se han declarado 20 Estados de Excepción –anteriormente *Estado de Sitio*- entre 1958 y 1984 lo que conlleva a deducir que el país ha permanecido 36 años en excepcionalidad (GARCIA, p. 317); 12 Estados de excepción han tenido lugar entre 1991 y 2013 lo que ha permeado la legislación Colombiana a lo largo de estos últimos años bajo la premisa de que el Presidente de la República ha asumido funciones legislativas de manera

temporal poniendo en riesgo varios de los elementos esenciales del Estado, tales como vigencia de tratados internacionales sobre derechos humanos, controles recíprocos entre las ramas del poder público, principio de representatividad en las ramas del poder público – particularmente en la rama legislativa - , principio democrático del Estado Social de Derecho, la protección de los derechos fundamentales y la separación de poderes, consecuencia de la transferencia de poderes legislativos hacia el ejecutivo, atribuyendo a este funciones para crear nuevas leyes, modificar las ya existentes y derogar las mismas. (Constitución Política, Arts. 1-10)

Es pues apropiado abordar el tema de los estados de excepción en Colombia realizando un estudio descriptivo a partir de su regulación, clases (conmoción interior, guerra externa y emergencia social económica y ecológica) así como su historia, su evolución, el uso prolongado de los mismos a lo largo de los años por los diferentes dirigentes del país; analizando los parámetros, límites y requisitos obligatorios que complementaron su declaratoria a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.

Si bien la figura del estado de Excepción, como se conoce en la actualidad, tuvo su nacimiento en 1791 luego de la revolución francesa para impedir acciones contra revolucionarias dentro del período conocido como "*el régimen del terror*" (el cual fue un período de represión del estado contra cualquier cosa frente a la cual sospechara que era contrarevolucionaria y tuvo lugar entre 1793 y 1794) cuando se expidió la ley que fijo las competencias para el "estado de paz" y el "estado de guerra" que a su vez sirvió para conjurar la

crisis del orden interno (ORTEGON, 2009, p. 256). En la gran mayoría de los países latinoamericanos el Estado de Excepción es producto de las dictaduras militares, sin embargo en Colombia éste ha permanecido vigente incluso dentro de regímenes democráticos.

La Constitución de 1886 en su artículo 121 se refiere al término *"Estado de Sitio"* y consagra dos supuestos para declararlo, el Estado de Conmoción Interior y el Estado de Guerra Externa. En ambos casos el Presidente de la República, previa audiencia del Consejo de Estado y con la firma de todos los ministros, podía declarar turbado el orden público y establecer la declaratoria para el territorio colombiano o parte de él. A través de dicha declaratoria el presidente quedaba investido de facultades legislativas para defender los derechos de la nación o reprimir el alzamiento. Este puede considerarse como el origen de los estados de excepción. En 1960 se limitaron las facultades excepcionales que eran propias del presidente al establecerse que éste debía convocar al Congreso de la República como requisito para la declaratoria del *Estado de Sitio* y al mismo tiempo le otorgó al Congreso de la República la facultad de enviar el decreto de *Estado de Sitio* a la Corte Suprema de Justicia por decisión de la mayoría de sus Congresistas, para que esta realizara su respectiva aprobación.

En la reforma de 1968, se impuso el control automático por parte de la Corte Suprema de Justicia.

Luego, en la Carta Política de 1991 se consagró la figura de estados de excepción y se le otorgó a la Corte Constitucional la función de realizar control automático sobre los decretos de excepcionalidad expedidos por el Gobierno Nacional en caso de guerra exterior o de conmoción interior, al igual que de aquellos expedidos en razón de hechos distintos a los ya mencionados cuando perturben o amenacen con perturbar grave e inminentemente el orden económico o social del país o constituyan grave calamidad pública. Dicho control constitucional es automático porque la Corte debe examinar los decretos de excepcionalidad una vez estos son declarados, sin necesidad de una demanda de inconstitucionalidad y es posterior, porque estos estados de excepción son controlados con posterioridad a la sanción del presidente de la República, es decir, luego de su expedición, previa autorización del Senado de la República mediante voto a favor por parte de la mayoría de sus miembros para que la Corte dentro de los dos días siguientes a la aprobación del mismo se pronuncie sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad

Se entiende entonces que la actividad jurisdiccional constitucional se realiza a través de la comparación entre dos normas que se encuentran en conflicto o en otras palabras, la terminación de un conflicto entre dos normas, una cualquiera próxima y general, y otra, superior, es decir, la Constitución, por eso es que este control es conocido como control constitucional y no control de tutela. Es pues importante mencionar que dicho control tiene como finalidad la prevalencia de la voluntad del constituyente y la protección de los derechos que se puedan ver vulnerados con su declaratoria. Por otro lado, no solo se trata de una comparación entre dos normas, tal actividad requiere de un alto grado de

interpretación por parte del órgano superior, es decir, la Corte Constitucional, la cual, para realizar el mencionado control aplica ciertos principios constitucionales en aras de interpretar la constitucionalidad del decreto. Estos principios no se encuentran taxativamente en la ley ni son uniformes, por el contrario son variables y relativos (Acto legislativo Nº1 Diciembre, 1968).

Para fundamentar la legalidad y legitimidad de la declaratoria de excepcionalidad, los principios más utilizados por la Corte Constitucional desde su nacimiento en 1991 son: Supremacía constitucional, ponderación, proporcionalidad, armonización, continuidad de la jurisprudencia, presunción de legitimidad de las leyes, racionalidad e igualdad, principio de prevalencia de los tratados internacionales y eficacia y validez de la norma a aplicar. A continuación, se realizara una breve reseña sobre cada uno de ellos

1. Principio de prevalencia de la Constitución o principio de constitucionalidad: Se encuentra fundamentado en el artículo 4 de la Constitucional Política, y tiene relación con la incompatibilidad entre las normas de cualquier jerarquía y las normas de la Constitución, en cuyo caso, se le dará prelación a la normatividad Constitucional.

2. Principio de ponderación: Encuentra aplicación en caso de colisión entre derechos fundamentales, entre principios, entre derechos y principios, entre derechos y garantías, sin norma expresa en la Constitución Política y de conformidad con los siguientes criterios.

- La Constitucional Política debe interpretarse como un todo armónico y coherente.

- La colisión entre derechos fundamentales se resuelve ponderando, la cual no debe ser superficial ni puede basarse en prelaciones abstractas de los bienes que se encuentran en conflicto.

- Ponderar es buscar el equilibrio de los bienes jurídicos protegidos a través de soluciones adecuadas, lo cual implica que no puede desaparecer una de las normas en conflicto.

- Ponderar consiste en analizar si la medida legislativa resulta proporcionada en sentido estricto, para lo cual se requiere establecer el balance existente entre los beneficios que su aplicación podría reportar y los costos o dificultades que ello ocasionaría, consiste pues, en evaluar la relación costo - beneficio que al respecto pudiera plantearse y, a partir de allí, deducir si se está quebrantando el principio de proporcionalidad. (República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-470 de 2011, M.P Nelson Pinilla Pinilla)

El principio de ponderación se debe interpretar en dos sentidos, en sentido amplio, el cual hace alusión al

> *"… modo de argumentación constitucional, por medio del cual el juez resuelve una colisión entre valores, objetivos, intereses y/o principios constitucionalmente protegidos. La ponderación se puede llevar a cabo de distintas maneras, es decir, puede consistir en un método más o menos estructurado, con criterios analíticos más o menos precisos para cada paso del método y, por supuesto, con parámetros analíticos que difieren en cuanto a su contenido y su intensidad". (CEPEDA, 2012, pág. 269-315).*

Y en sentido estricto, que consiste en

> *"…uno de los pasos en la aplicación del principio de proporcionalidad, generalmente el último paso, en el cual el juez lleva a cabo una evaluación del grado en el cual una norma o situación determinada afecta un derecho o principio constitucional, por una parte, y de la importancia de los valores, principios, intereses u objetivos constitucionales invocados para justificar la imposición de dicha carga, por otra". (CEPEDA, 2012, pág. 269-315).*

La Corte Constitucional hace uso del principio de ponderación de la siguiente forma: Primero, realiza un análisis del objetivo que justifica la disposición sujeta a control. Se examinan dos aspectos: identificación de la meta, o metas, que la disposición busca materializar y su valor constitucional. Segundo, realiza un análisis de los medios a través de los cuales la disposición busca lograr la meta, básicamente para determinar si tales medios están o no prohibidos, y tercero, realiza un análisis de la relación entre los medios empleados y la meta que se busca, para efectos de determinar si los medios son aptos para el logro del objetivo que persigue la norma bajo revisión.

La ponderación, en sentido estricto, sopesa el grado en el cual la disposición legal bajo revisión afecta un derecho fundamental, por un lado, y el peso relativo de los objetivos constitucionales que la norma bajo examen persigue – que usualmente se relacionan con otro derecho constitucional, un deber fundamental o un fin del Estado-, por otro. (CEPEDA, 2012, p. 269-315).

3. Principio de armonización: El cual sostiene que una norma no puede interpretarse de forma aislada y solitaria, sino que tiene que interpretarse de conformidad con la Constitución partiendo de que ésta debe ser interpretada como un todo o como una unidad. Tal armonización se refiere a las normas que regulan el interés que se deben ponderar.

Este principio es tal vez el más utilizado por la Corte Constitucional Colombiana cuando realiza el control automático de las declaratorias de estados de excepción.

4. Principio de Proporcionalidad: El cual alude a la prohibición de excesos, el supuesto de ponderación de bienes jurídicos constitucionales, el impedimento a restricciones injustificadas, un límite al ejercicio de los derechos, deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios y la adecuación de las restricciones a los derechos para lograr un fin determinado.

Sobre el principio de proporcionalidad, Eduardo Cifuentes Muñoz manifiesta que:

> *"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: no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales; no se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público; el ejercicio de las facultades será sólo el necesario para enfrentar eficazmente la anormalidad; Los decretos legislativos deben guardar una relación de estricta causalidad con la anormalidad y su resolución; las medidas deben ser proporcionales a la gravedad de los hechos; la duración de los estados está temporalmente definida; y por último, el Presidente y los Ministros, responderán por los abusos que cometan al hacer uso de las facultades excepcionales".*

Para dar aplicación al principio de proporcionalidad se debe cumplir con dos subprincipios, tales como *idoneidad*, con el cual

> *"…se busca constatar que la medida legislativa constituye un mecanismo idóneo para la consecución del fin que con ella se persigue. Se entenderá idónea la medida una vez se logre establecer el nexo de causalidad entre la medida adoptada por el legislador y la creación de un estado de cosas en que se incremente la realización del fin legislativo en relación con el estado de cosas existentes antes de la intervención* (CIFUENTES, 2002).

Por un lado, y por el otro el principio de necesidad

> *Mediante el cual se lleva a cabo una comparación entre la medida enjuiciada y otros medios alternativos atendiendo a dos parámetros, su idoneidad para promover el fin legislativo y su menor lesividad en relación con los derechos fundamentales afectados por la intervención legislativa. La medida legislativa se entenderá necesaria cuando no exista un medio alternativo que resulte más benigno desde la perspectiva de los derechos fundamentales objeto de la intervención. Así, mientras el juicio de idoneidad se orienta a establecer la eficacia de la medida enjuiciada, el de necesidad se configura como un examen de su eficiencia, es decir, de su capacidad, en comparación con otros medios, de alcanzar la finalidad propuesta con el menor sacrificio posible de otros principios en juego." (*Cfr: LOPERA, 2008, p. 274-287)[1].

Una vez se logra acreditar la idoneidad y la necesidad de la medida legislativa, la aplicación del principio de proporcionalidad termina con el juicio de proporcionalidad en sentido estricto que se deriva de este, el cual consiste en la ponderación entre el derecho fundamental afectado por la ley y su correspondiente sanción, y por el otro, los principios que ordenen la protección de aquellos bienes jurídicos que respaldan la intervención legislativa, se trata de establecer si el grado de afectación de los primeros se ve compensado por el grado de satisfacción de los segundos.

5. <u>Principio de prevalencia de los tratados internacionales:</u> Encuentra su fundamento en el artículo 93 de la Constitución Política haciendo referencia a

[1] Es necesario aclarar que la autora se refiere a estos principios en los casos de colisión de derechos fundamentales., sin embargo, el juicio de proporcionalidad, bien podría aplicarse al análisis de la constitucionalidad de los estados de excepción.

que tendrán prevalecía los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos, y por tal motivo, se prohíbe la limitación los mismos en los estados de excepción.

6. Principio de igualdad en constitucionalidad: A través del cual se le impone al juez la obligación de asumir un comportamiento interpretativo en los casos que se vea envuelta una violación al derecho de igualdad, dicho comportamiento se traduce en el deber de hacer un juicio de mayor o menor identidad en el caso concreto mediante el test de igualdad.

7. Principio de racionalidad: Expresa el ejercicio de la razón como regla y medida de los asuntos humanos.

Los estados de excepción, como institución revestida de protección constitucional, adquieren protagonismo, como ya se ha mencionado, una vez el orden social, económico, ecológico y público se ven turbados por circunstancias excepcionales de la mano de una normatividad especial que sustituye de forma parcial y temporal la normatividad ordinaria y que emana de la necesidad estatal de proteger los fines del Estado y su legitimación invocando la protección y guarda del orden social. Sin embargo, también se desprende la posibilidad de que a través de dichos mecanismos se esté amenazando directamente los pilares sobre los cuáles se sostiene toda la teoría del Estado de Derecho, toda vez que en ciertas oportunidades las medidas no ordinarias adoptadas pueden estar encaminadas a derogar el derecho ordinario para implementar un derecho excepcional que termina convirtiéndose en legislación permanente. (Cfr: MOLINA, 2003, p. 474).

8. Principio de notificación: El cual se convierte en una garantía de forma, donde se establece el deber de cada uno de los estados parte de pactos internacionales, de informar a los otros estados las medidas tomadas. De lo anterior se desprende que dichos estados se convierten en garantes de los derechos humanos.

9. Principio de amenaza excepcional: El cual implica que los hechos sobre los cuales se motiva la declaratoria del Estado de Excepción deben ser reales y recaer sobre una situación excepcional.

10. Principio de no discriminación: Al amparo de los derechos y libertades consagrados por los diferentes instrumentos jurídicos internacionales, la suspensión y/o restricción de garantías no se puede fundamentar en motivos de raza, sexo, credo, etc.

11. Principio de intangibilidad de derechos: Sobre el cual se cimenta que no todos los derechos pueden ser afectados por el Estado de Excepción, ya que hay derechos intangibles, inderogables, imprescriptibles y absolutos.

12. Principio de temporalidad: Sobre el cual se entiende que el decreto de excepción obedece a un periodo de tiempo determinado, el cual, una vez finalizado debe dar pasó a la normalidad estatal.

13. Principio de compatibilidad con otras obligaciones impuestas por el derecho internacional: Se convierte en la obligación del Estado para tomar en cuenta las demás obligaciones contraídas por el país a nivel internacional.

Existen, paralelamente, ciertas circunstancias que pueden dar paso a la existencia de una situación excepcional, dentro de las cuáles se han admitido: las crisis políticas graves, los casos de fuerza mayor, las circunstancias derivadas del subdesarrollo. De esto se desprende la necesidad adicional de reglamentación, que no sólo implica la implementación de principios, sino mayores controles a los estados de excepción.

Se sostiene que a través de la declaratoria de excepcionalidad se está atentando de forma reiterada y usual contra los derechos humanos y particularmente contra los derechos fundamentales, protegidos por la Constitución Política, toda vez que mientras esta declaratoria se encuentra vigente se suspenden ciertos controles ordinarios sobre la actuación del órgano legislativo a través de la utilización de facultades privilegiadas que facilitan que el Gobierno desvíe sus fines primarios, elevando exponencialmente la posibilidad de afectar con mayor potencia los mismos. Por otro lado, sobra decir que es el presidente por su propia decisión quien califica la conmoción interior, la guerra externa y las emergencias, pues ni la Constitución ni la Ley 137 de 1994 señala que debe ser entendido como excepcional dentro de los tres casos concretos.

Es primordial, antes que nada, entender los estados de excepción, desde el punto de vista teleológico, como "*institución para el mantenimiento del poder estatal, el cual consagra, como facultad para tal fin, la trasgresión de los derechos fundamentales de los habitantes del territorio colombiano*" (ALVAREZ

2003, pág. 21)**.** Dicha declaratoria adquiere el carácter de mecanismo alterno de poder para dar solución rápida y efectiva a la crisis que en su momento perturba el buen funcionamiento del estado. Dicho lo anterior, debo manifestar que en contraposición con la Constitución Política anterior, la Carta actual prevé requisitos y condiciones especiales para que dichos estados puedan ser conjurados por el gobierno en turno, tales como, la prevalencia de los derechos fundamentales y la primacía de la Carta Constitucional, aludiendo con esto a que ésta solo podrá ser suspendida en relación con la asunción de la potestad legislativa por parte del Presidente de la República para conjurar la crisis. La parte esencial de la Constitución, relativa a la protección de derechos humanos no puede suspenderse ni mucho menos derogarse cuando un Estado de Excepción se encuentre en curso.

Los Estados de Excepción en Colombia se encuentran previstos en los artículos 212 a 215 de la ya mencionada Constitución Política, la cual clasifica dichos estados de acuerdo con la situación que se esté presentando. Ellos son: Estado de guerra exterior, estado de conmoción interior y estado de emergencia social, económica, y ecológica. Cabe recordar que la declaratoria de cada uno de estos requiere de un criterio habilitante, el cual, debe estar contenido en el decreto acompañado de las firmas del presidente y todo su equipo de gobierno. Dicha declaratoria debe obedecer a situaciones u hechos sobrevinientes que perturben o amenacen con perturbar el orden público, además de evidenciar por qué dichos eventos no pueden ser solucionados a través de los mecanismos ordinarios de los que dispone el gobierno nacional.

Se dispone ahora a analizar cada uno de los Estados de Excepción mencionados en el aparte anterior:

- Estado de guerra exterior: Consagrado en el artículo 212 de la C.N, referido a una guerra exterior, ya sea iniciada por Colombia o por una agresión que suponga la necesidad de repeler dicho ataque. Su finalidad consiste en proteger la institucionalidad del Estado y el ordenamiento jurídico interno. Para su declaratoria se requiere el cumplimiento de ciertos requisitos, como la firma del Presidente y su equipo de gobierno, además de un control automático por parte de la Corte Constitucional; Adicionalmente, la ley estaturia de los estados de excepción -Ley 137 de 1994-, se pronuncia al respecto de la siguiente manera:

> *ARTÍCULO 22. Para alcanzar los fines señalados en el artículo 212 de la Constitución Política, el Presidente, con la firma de todos los Ministros, una vez haya obtenido autorización del Senado para la declaratoria de guerra, podrá declarar el Estado de Guerra Exterior. El decreto que declare el Estado de Guerra Exterior deberá expresar los motivos que justifican la declaración. En ningún caso se podrá declarar el Estado de Guerra Exterior para afrontar causas internas de grave perturbación.*

- Estado de Conmoción Interior: Consagrado en el artículo 213 de la C.N el hecho que motiva su declaratoria se traduce en la grave perturbación del orden publico interno que atente de manera grave y directa contra la estabilidad institucional, la seguridad estatal y convivencia ciudadana; además exige como requisito adicional, que dicha anomalía no pueda ser atacada mediante el uso de las atribuciones propias de la fuerza pública. Requiere la firma del Presidente y de todos sus ministros y el

control automático de la Corte Constitucional. De acuerdo al tenor literal del articulo 34 de la Ley 137 de 1994:

> *ARTÍCULO 34. Cuando se presente una grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana, que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, de conformidad con el artículo 213 de la Constitución, el Presidente de la República, con la firma de todos los Ministros podrá declarar el Estado de Conmoción Interior. El decreto declaratorio determinará el ámbito territorial de la Conmoción Interior y su duración, que no podrá exceder de 90 días.*

- Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica: Se encuentra regulado en el artículo 215 de la C.N. Hace alusión a dar respuesta a situaciones que requieren del restablecimiento del orden económico, social y ecológico a través de decretos legislativos. Requiere de la firma del Presidente y su equipo de Gobierno. Al igual que los anteriores también conlleva de un control automático por parte de la Corte Constitucional. Según el articulo 46 de la Ley Estaturia de los estados de excepción, Ley 137 de 1994, el cual estipula:

> *ARTÍCULO 46. DECLARATORIA DEL ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyen grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. En el decreto declarativo el Gobierno deberá establecer la duración del Estado de Emergencia, que no podrá exceder de treinta días y convocará al Congreso, si no se haya reunido para los 10 días siguientes al vencimiento del término de dicho Estado. De conformidad con la Constitución, en ningún caso, los Estados de Emergencia sumados podrán exceder de noventa días en el año calendario.*

CONTROL JURISDICCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991.

Cabe destacar que bajo el amparo de la Constitución Política de 1886, los estados de excepción una vez decretados no tenían control jurisdiccional ni límites temporales, es decir, que estos podían permanecer vigentes en el tiempo por largos periodos. Luego, con la reforma constitucional de 1960 se limitaron las facultades excepcionales que asistían al Presidente de la República para conjugar la declaratoria de excepcionalidad, así, se le impuso al Presidente la carga de convocar al Congreso de la República como requisito para declarar el *Estado de Sitio* y al mismo tiempo se le otorgó al Congreso la facultad de enviar a la Corte Suprema de Justicia, por decisión de la mayoría de las cámaras tanto de representes como del senado, cualquiera de los decretos expedidos por el Presidente de la República en virtud de las facultades otorgadas por la misma Constitución para que la Corte ejerciera el control de constitucionalidad respecto de los mismos de acuerdo con lo señalado en el articulo 1º del Acto Legislativo Nº 1 de 1960, en relación con la acción que le asistía a los ciudadanos para pedir la inconstitucionalidad de los decretos (ORTEGON, 2008, p. 259). Bajo este entendido, resulta claro, que el control jurisdiccional era facultativo del Congreso de la República. Con la entrada en vigencia de la Carta de 1991, se le otorga a la Corte Constitucional el control jurisdiccional automático para ejercerlo de pleno derecho sobre todos los decretos de excepcionalidad expedidos luego de 1991.

Entonces, se entiende por control jurisdiccional aquel que se encuentra en cabeza de la Corte Constitucional el cual es ejercido de manera automática, posterior y oficiosa y recae sobre los decretos que declaren el régimen excepcional, así como sobre aquellos que los reglamentan o desarrollan. Dicho control involucra el estudio de aspectos materiales y formales, conforme lo estipula el artículo 241, numeral 7 de la Constitución Política del 91, pues se parte de la base de que ellos tienen, al igual que los decretos con fuera de ley, un mismo rango que se asemeja a una ley. El control político es una función otorgada al Congreso de la República por mandato Constitucional para controlar los estados de excepción y dicho control es ejercido a través de una aprobación de la mayoría de sus miembros sobre la procedencia o improcedencia de la excepcionalidad. Esta es la característica que lo hace político. Los principios que aplica el Congreso de la República son los mismos que aplica la Corte Constitucional para poder declarar el decreto de excepcionalidad acorde a la Constitución. Resulta ser de vital importancia en virtud de la conservación del Estado Social de Derecho. Dicho control, se ha visto realmente afectado en la actualidad debido al gran impacto que ha venido generando la desconfianza en el régimen estatal por parte de los ciudadanos.

En virtud de lo expuesto, la Corte Constitucional al analizar y realizar el control jurisdiccional sobre los mencionados decretos aplica el principio de taxatividad, el principio democrático y principio de proporcionalidad.

EL CASO DMG. (DMG Grupo Holding S.A.)

En el año 2008, siendo Presidente Álvaro Uribe Vélez, exploto en Colombia la noticia de que David Murcia Guzmán, principal accionista de DMG Grupo Holding S.A, era acusado por las autoridades de realizar negocios ilícitos tales como lavado de dinero y esquemas piramidales, sancionados bajo el tipo penal consagrado en el artículo 316 del Código Penal Colombiano como *Captación Masiva y Habitual de Dineros,* provenientes del público. Razón por la cual, el Presidente Uribe, haciendo uso de las facultades otorgadas por la Constitución, declaró el Estado de Emergencia Social, mediante Decreto 4333 de 2008, de 17 de noviembre de 2008, por medio del cual se decretaba que

> *De acuerdo con lo previsto por el artículo 335 de la Constitución Política y las leyes colombianas vigentes, las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público son de interés público y están sujetas a la intervención del Estado; dicho esto, se entiende que las únicas entidades autorizadas para captar de manera masiva bienes del público son aquellas sometidas a control, inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia o de la Superintendencia de Economía Solidaria…, Que a pesar de lo anterior, han venido proliferando de manera descontrolada en todo el país, distintas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizados bajo sofisticados sistemas que han dificultado la intervención de las autoridades.*

De lo anterior, se desprende la necesidad de realizar un análisis amplio para determinar si tal declaratoria de excepcionalidad obedeció a circunstancias sobrevinientes y extraordinarios que ponían en riesgo el normal funcionamiento del Estado, así como también, determinar si la Corte Constitucional realizo el control jurídico adecuado sobre el mismo.

Bajo este entendido, se pasa a analizar la aplicación del principio de proporcionalidad por la Corte Constitucional a través de sentencia C-136 de 2008, Por medio de la cual se realiza el control de Constitucionalidad del Decreto 4333 de 2008, el cual *declara el Estado de Emergencia Social*

Tanto la jurisprudencia como la doctrina han convenido que con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 se buscó la implementación de una regulación cuyo fin último consistiese en imponer ciertos límites al uso excesivo de la declaratoria de Estado de Excepción que se había vuelto tan común a lo largo de la historia Colombiana. En efecto, la carta de 1991 impuso límites materiales y temporales al ejercicio de las facultades del ejecutivo al momento de invocar cada uno de los estados de excepción, reforzó los controles sobre las atribuciones extraordinarias en cabeza del Gobierno Nacional, fijo parámetros sin los cuales se haría imposible o ilegítima la utilización del mencionado mecanismo, y fijo un control constitucional automático cuyo fin fuese examinar la gravedad de los hechos que dieron lugar a dicha declaratoria al igual que definió los principios que se debían respetar al ejercer las facultades excepcionales.

Es importante recordar, que la Carta Política del 91 fijo reglas claras y precisas para cada uno de los estados de excepción contemplados en ella misma, tales como: guerra exterior, conmoción interior y emergencia económica, social o ecológica.

En materia del Estado de Emergencia Económica y Social, la Carta del 91 hace obligatorio la observancia de ciertos requisitos o límites a la utilización del mencionado Estado de Excepción, tales como:

1. Que los hechos que dan lugar a la declaratoria sean distintos a los previstos para la declaratoria al Estado de Conmoción Interior y de Guerra Externa; que tales hechos sean sobrevinientes y que estos tengan la gravedad de atentar de manera directa e inminente contra el orden económico, social y ecológico o que tales hechos constituyan calamidad pública, limitando de esta forma la discrecionalidad del Presidente de la Republica para manipular los supuestos facticos que dan lugar a la declaratoria del Estado de Excepción.

2. Se restringe las facultades del Gobierno Nacional para declarar el Estado de Excepción, ya que le impone la obligación que dichas medidas estén estrictamente encaminadas a conjurar las causas que dan lugar a dicha declaratoria, es decir, conjurar las causas de perturbación e impedir la extensión de sus efectos dañosos; es en este sentido, que se evidencia el impedimento del uso excesivo de las atribuciones excepcionales que conlleva la utilización de las medidas contempladas en la misma Carta Política, lo que se encuentra en directa relación con el principio de proporcionalidad, así como también la utilización de medidas que no sean necesarias para conjurar la crisis que se esté presentando.

3. Los decretos legislativos expedidos por el Presidente de la República, solo podrán ir encaminados a materias que tengan relación estricta, directa y especifica con la situación que determina la declaratoria del Estado de Excepción, limitando de esta manera, las facultades del Presidente de la República para expedir leyes de otras materias con el fin de que esta ingresa a la legislación permanente.

4. La actuación presidencial debe obedecer una serie de principios, tales como los de proporcionalidad, necesidad, intangibilidad de derechos humanos, temporalidad y legalidad.

5. El artículo 215 de la Constitución Política establece la prohibición expresa de desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante decretos legislativos en virtud del Estado de Excepción.

A su vez, la ley estatutaria 137 de 1994, en su artículo 2º establece que *"Su finalidad consiste en establecer los controles al ejercicio de las facultades excepcionales del Gobierno y, fijar las garantías para proteger los derechos humanos de conformidad con los tratados internacionales*." Dicha disposición también establece que los hechos que autorizan la utilización de dicho mecanismo deben obedecer a "*circunstancias extraordinarias que hagan imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes extraordinarios del Estado*"; con lo cual se limita la posibilidad de invocar hechos crónicos, reiterados u ordinarios como justificatorios de la declaratoria de un Estado de Excepción.

Dicho lo anterior, se pasa a examinar la naturaleza y reglas específicas del estado de Emergencia social, económica o ecológica.

El Estado de Emergencia Social, Económica o Ecológica, constituye una modalidad de los estados de excepción que se encuentra encaminado a conjurar "*aquellas alteraciones que desequilibran en forma grave e inminente uno o varios de tales órdenes, o que constituyen grave calamidad pública*" (República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-136 de 2008, M.P Humberto Sierra); es decir, que el Estado de Emergencia Económica tendrá plena utilidad cuando los hechos que dan lugar a la declaratoria guardan relación con la perturbación del orden económico, se recurrirá al Estado de Emergencia Social cuando la crisis se relaciona con el orden social, se declarara el Estado de Emergencia Ecológica cuando la situación crítica invocada por el gobierno tenga tal naturaleza y; se acudirá al Estado de Emergencia por Calamidad Pública cuando sobrevenga una catástrofe de este tipo.

También se podrán combinar dichas modalidades cuando los hechos invocados revistan la connotación de perturbar o amenazar de manera simultánea los distintos órdenes protegidos por el artículo 215 constitucional.

1. Presupuestos para su declaratoria:

1.1. El supuesto factico que da lugar a la declaratoria, debe consistir en hechos sobrevinientes que perturben o amenacen con perturbar el orden económico, social o ecológico o que constituyan grave calamidad pública.

1.2. El supuesto valorativo en cuanto la perturbación o la amenaza ha de ser grave e inminente o debe tratarse de una grave calamidad pública.

1.3. El juicio sobre la suficiencia de los medios en cuanto que la grave perturbación del orden que origina la declaratoria no puede ser conjurada a través de los medios y autoridades ordinarias que posee el Estado.

2. Requisitos formales para la declaratoria del estado de Emergencia Social, Económica o Ecológica.

2.1. Expedición de un decreto suscrito por el Presidente de la Republica y todos sus ministros.

2.2. Debe ser un decreto motivado.

2.3. Se debe expresar el ámbito territorial y temporal de aplicación del mismo.

2.4. Debe señalarse el término por el cual se ejercerán las facultades excepcionales señaladas en el artículo 215 constitucional.

3. Requisitos materiales.

3.1. Exposición del supuesto fáctico que da lugar a tal declaratoria, el cual debe consistir en hechos sobrevinientes que perturben o amenacen el orden económico, social o ecológico o que constituya grave calamidad pública.

3.2. Explicación de por qué tal perturbación es grave e inminente o los hechos constituyen grave calamidad pública.

3.3. Razones por las cuales tales hechos no pueden ser conjurados mediante el uso ordinario de las facultades de las autoridades estatales.

Una vez analizada la naturaleza, reglas y presupuestos para la declaratoria de Estado de Emergencia Social, Económica o Ecológica, así como los requisitos formales y materiales para tal fin, se pasa a analizar si la Corte Constitucional dio aplicación efectiva al principio de proporcionalidad en sentencia C-136 de 2008 al momento de realizar el control Constitucional del Decreto 4333 de 2008 por medio del cual se *declara el Estado de Emergencia Social.*

La Corte Constitucional en la mencionada sentencia se refirió a la aplicación efectiva del principio de proporcionalidad resaltando que:

> *Se considera que las medidas serán legítimas si (i) no es posible establecer otras menos gravosas, (ii) son aptas para contribuir en la solución del hecho que dio origen a la amenaza, (iii) la perturbación no puede conjurarse con procedimientos ordinarios y (iv) no exista otra medida de excepción que genere un impacto menor en términos de protección de derechos y garantías.*

Por tal razón, para la Corte Constitucional los hechos invocados para justificar la declaratoria de emergencia social tenían el carácter de *"sobrevinientes y extraordinarios"*, por lo cual no encontró errada ni arbitraria la apreciación que de la actividad de captación masiva y habitual de los recursos del público, afectaba de manera grave e inminente el orden social del país, por las dimensiones que el fenómeno había alcanzado y porque los recursos captados del público estaban en riesgo, todo lo cual urgía la pronta intervención del Estado; tampoco juzgó desatinada la evaluación del Gobierno en relación con la necesidad de intervenir y adoptar procedimientos ágiles, mecanismos abreviados y demás medidas tendientes a restituir los activos que fueren recuperados por las autoridades competentes a la población afectada por la mencionada actividad.

Resulta claro entonces, que el análisis sobre el principio de proporcionalidad realizado por la Corte Constitucional con respecto al decreto 4333 de 2008 que declara el Estado de Emergencia Social, fue correcto y pertinente ya que gracias a esté se logró evidenciar que las medidas tomadas por el Gobierno Nacional para enfrentar la crisis que se estaba presentando debido a la captación masiva de dinero proveniente del público a través de sistemas piramidales y que ponían en riesgo el orden social del país, fueron acertadas, pertinentes y directamente encaminadas a ponerle fin a tal situación, con el objeto de proteger el remanente y de restituir el dinero recuperado al público afectado, además de encontrar que los hechos invocados para motivar la declaratoria de excepcionalidad tenían el carácter de sobrevinientes y

extraordinarios por cuanto la captación masiva de dinero proveniente del público se encuentra regulada y debe ser ejercida con control Estatal.

De lo anterior se desprende, tal como lo dijo la Corte Constitucional, la aplicación correcta del *Principio de Proporcionalidad,* toda vez que las medidas decretadas en razón del estado de Emergencia Social se limitaron estrictamente a enfrentar idóneamente la amenaza cernida sobre el Estado Colombiano, además de que en este caso las medidas expedidas durante el Estado de Excepción guardaron proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscaron conjurar.

CONCLUSIONES.

- Las declaratorias de estados de excepción en Colombia pone en tela de juicio el Estado Social de Derecho en Colombia en cuanto estas, rompen con la separación de poderes y en algunos casos se llega incluso a limitar, de manera temporal, con los derechos fundamentales de los ciudadanos consagrados como pilares del Estado Social de Derecho. Así como también se pone por encima el orden público frente a las libertades estatales.

- El Presidente adquiere facultades legislativas en lo que tiene que ver con la conjugación de la crisis, pero se le imponen prohibiciones tales como, la prohibición de suspender los derechos humanos y libertades constitucionales; el respeto por las reglas del Derecho Internacional Humanitario – DIH -; que las medidas tomadas sean proporcionales a la gravedad de los hechos que se buscan conjugar; la prohibición de interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público, así como también la imposición de sanciones para Gobierno y sus ministros cuando no se den las circunstancias que dieron lugar a tal declaratoria y el abuso que hubieren cometido en ejercicio de sus funciones en virtud de esta excepcionalidad.

- Aún cuando la regla en Colombia, a lo largo de los años, ha sido asumir permanentemente la emergencia, con la entrada en vigencia de la

Constitución Política de 1991 se impusieron límites temporales en tales declaratorias, así para el Estado de Conmoción Interior se limito su termino de duración a 180 días, al igual que para el Estado de Guerra Exterior y de 90 días para el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

BIBLIOGRAFIA

1. Constitución Política de Colombia, 1991.
2. Álvarez, Luis Carlos, (2003) Trabajo De Grado, Limites De Los Derechos Fundamentales En Los Estados De Excepción. Medellín, Universidad de Antioquia.
3. Arias, Néstor Osvaldo, El Tratamiento Internacional De La Suspensión De Garantías. Instituto de Derechos Humanos “Guillermo Cano”
4. Flórez Díaz, Mónica, (1998) Trabajo De Grado. Democracia Y Estados De Excepción En Colombia. Medellín, Universidad de Antioquia.
5. García Villegas, Mauricio, Normalidad Y Anormalidad Constitucional En Colombia: 1957-1997.Principio De Proporcionalidad En Los Estados De Excepción**.** Ediciones Uniandes, Universidad de los Andes.
6. Iturralde, Manuel, (2003) Guerra Y Derecho En Colombia: El Decisionismo Político Y Los Estados De Excepción Como Respuesta A La Crisis De La Democracia. Revista de Estudios Sociales.
7. Molina, Carlos Mario, (2003), Control Constitucional Y Estados De Excepción: Principios De Interpretación Aplicados Por La Corte Constitucional Colombiana. Centro de investigaciones jurídicas, políticas y sociales “Orión Álvarez Atehortua”, Medellín, Universidad de Medellín.
8. Montoya Brand, Mario, (2008) Constitución Política De 1991, Conflicto Armado Y Control Constitucional. Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona.

9. Orjuela, Nicolás, (2011) Los Estados De Excepción En Colombia. Ed Bonaventuriana, Seccional Cali. Universidad de San Buenaventura.
10. Orozco Abad, Iván, (1999) Eficientísimo Y Garantismo.
11. Ortegón, Luis Gilberto, (2009) Estados De Excepción En Colombia. Bogotá, Revista Nueva Época, Universidad Libre.
12. Pérez, William Fredy, (1997) Constitución Política De Emergencia Y Sistema Penal. Medellín, Biblioteca Jurídica Dike.
13. República de Colombia, Congreso de la República, Ley 137 De 1994, Estatutaria De Los Estados De Excepción. "*Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia"*
14. República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-136 De 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
15. República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-179 De 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
16. República de Colombia, Gobierno de la República, Decreto 4333, 17 De Noviembre, 2008. *"Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social."*
17. Serrano, José Ramón, (1988), Legislación Especial O Excepcional. Barcelona, Promociones y publicaciones universitarias S.A