



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

VOL. 10 | N. 1 | JANEIRO/ABRIL 2023 | ISSN 2359-5639



La elusión del Derecho de Excepcionalidad a través de la legislación ordinaria en México y Colombia*

The avoidance of the Right of Exceptionality through statutory law in México and Colombia

MANUEL CABANAS VEIGA ^{I, **}

^I Universidad de Lleida (Lleida, España)
manuel.cabanas@udl.cat
<https://orcid.org/0000-0002-7087-4024>

MARY LUZ TOBÓN TOBÓN ^{II, ***}

^{II} Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca (Bogotá, Colombia)
mtobon@unicolmayor.edu.co
<https://orcid.org/0000-0002-1713-5820>

Recibido/Received: 18.07.2022 / 18 July 2022

Aprovado/Approved: 09.02.2023 / 9 February 2023

Resumen

En tiempos de crisis global causadas por el terrorismo, la migración, el cambio climático y la pandemia causada por el Covid-19, es necesario reflexionar sobre las normas y las medidas adoptadas por los distintos Estados para enfrentar la crisis. En reiteradas ocasiones, estas acciones ponen en jaque los pilares fundamentales de la democracia. La finalidad de este artículo es realizar un análisis comparativo del Derecho de excepcionalidad en Colombia y México. Esto permitirá no solo resaltar las diferencias en ambos modelos jurídicos en términos de

Abstract

In times of global crisis caused by terrorism, migration, climate change, and the pandemic caused by Covid-19, it is necessary to reflect on the norms and measures adopted by the different States to face the crisis, which, on repeated occasions, have jeopardized the fundamental pillars of democracy. In this sense, the purpose of this article is to carry out a comparative analysis of the Law of Exceptionality in Colombia and Mexico, highlighting not only the differences existing in both legal models about regulation, the system of controls and the suspension of rights according to the

Como citar esse artigo/How to cite this article: VEIGA, Manuel Cabanas; TOBÓN TOBÓN, Mary Luz. La elusión del Derecho de Excepcionalidad a través de la legislación ordinaria en México y Colombia. *Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba*, vol. 10, n. 1, e239, jan./abr. 2023. DOI: 10.5380/rinc.v10i1.86802

* Este contrato es parte de la ayuda de referencia RYC2021-032087-I, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea "NextGenerationEU"/PRTR». Además, este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación que lleva por título "El Estatus jurídico-político de la oposición política en las democracias representativas" (PID2020-117154GA-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (convocatoria de Proyectos I+D +I de 2020).

** Profesor Investigador Ramón y Cajal de la Facultad de Derecho, Economía y Turismo de la Universidad de Lleida (Lleida, España). Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de A Coruña (A Coruña, España). Este contrato es parte de la ayuda de referencia RYC2021-032087-I, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea.

*** Docente investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca (Bogotá, Colombia). Doctora en Derecho Constitucional de la Universidad Complutense (Madrid, España). Artículo vinculado al Grupo de Investigaciones Análisis Jurídico, adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca (Colombia, Bogotá).

regulación, sistema de controles y suspensión de derechos según el orden constitucional vigente, sino también destacar cómo el Poder Ejecutivo utiliza el Derecho de excepcionalidad ordinario para eludir el sistema de límites, controles y garantías establecido en el Derecho de excepción, lo que conlleva el quebrantamiento del orden democrático y del Estado social de derecho. Este análisis arroja luces sobre la necesidad de repensar las prácticas gubernamentales y garantizar que las acciones de emergencia se ajusten a los principios democráticos y al Estado de derecho, protegiendo así los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Palabras Clave: estado de excepción; estado de alarma; suspensión de garantías; Colombia; México.

constitutional order in force but also highlighting how the Executive Branch avoids the use of these mechanisms by using the statutory law of Exceptionality to circumvent the system of limits, controls, and guarantees established in the Law of exception, as has occurred during the pandemic, where both countries restricted citizens' rights and freedoms using ordinary norms, which shows an excessive abuse of the ordinary Law of exceptionality by the governments of these countries, with the consequent breach of the democratic order and the social rule of law.

Key words: state of exception, state of alarm; suspension of guarantees; Spain; Colombia.

SUMARIO

1. Introducción; 2. El derecho de excepcionalidad; 3. Los derechos fundamentales como garantías del derecho de excepcionalidad; 4. El control al poder de excepcionalidad mexicano y colombiano; 5. Conclusiones; 6. Referencias

1. INTRODUCCIÓN

La crisis sanitaria que atravesamos no sólo vino a demostrar la vulnerabilidad del Ser Humano frente a los virus, sino también las limitaciones del Derecho para regular las situaciones que una pandemia puede ocasionar, sin poner en riesgo el Estado de derecho. Y lo más curioso de esta situación es que, a pesar de que México y Colombia poseen un modelo muy dispar de Derecho de excepcionalidad, los Gobiernos de ambos Estados optaron por eludir sus procedimientos y prefirieron aplicar la legislación ordinaria. Así, Colombia, al igual que muchos otros países latinoamericanos, pero también europeos, enfrentó la pandemia a través del Derecho ordinario, y no mediante el Derecho de excepcionalidad, a diferencia de México, al menos aparentemente.

De este modo, la finalidad de este trabajo es analizar, de forma comparativa, ambos modelos de gestión de emergencias constitucionales, durante las épocas de anormalidad, señalando las diferencias que existen en estos dos países en cuanto a la regulación constitucional de los estados de excepcionalidad, el sistema de controles, las facultades que se le otorgan al Gobierno y la restricción de derechos o la suspensión de garantías y los controles que se les impone, con la finalidad de poner de manifiesto que ambos confluyen en una misma consecuencia: no definir claramente cuáles son sus límites y sus controles, permitiendo al Poder Ejecutivo eludir el control constitucional y político de estos mecanismos o de sus garantías, lo que da lugar a que la emergencia se gestione mediante la legislación ordinaria, con el consecuente peligro que ello implica para los derechos y las libertades ciudadanas.

La metodología empleada consiste en contraponer el Derecho de excepcionalidad de ambos ordenamientos, utilizando un sistema de análisis comparativo, que nos permita exponer la discusión doctrinal y jurisprudencial que se da en torno a los mismos, con la finalidad de conocer el alcance y la problemática de cada uno de ellos, especialmente en lo atinente a su uso de manera ya no subsidiaria, sino excluyente, en favor del Derecho ordinario. En tal sentido, analizar un mismo problema en ordenamientos jurídicos con sistemas políticos y territoriales tan dispares, tiene un sentido fundamental para garantizar la vigencia del Estado social y democrático de Derecho, aun en situaciones de crisis o de anormalidad política y social, pues éste pretende, en palabras de Agamben, “salvaguardar los derechos humanos y las libertades fundamentales frente a eventuales al uso desproporcionado de los poderes excepcionales por parte de los detentadores del poder político”¹. Por eso, la doctrina internacional², y de manera particular la doctrina mexicana³ y la colombiana⁴, han manifestado la necesidad de establecer un sistema de controles, límites y garantías para evitar el abuso de

¹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Excepción. Homo Sacer, II, I**. Traducción de Flavia Costa e Ivana Costa. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, p. 25, 2005.

² GASPARETTO, Antonio. **Medidas na emergência da administração pública**. Mato Grosso: Pantanal Editora, 2020; ROSATTI, Horacio. Un círculo vicioso: impacto de las emergencias continuadas en el diseño institucional de Argentina. *Emergencia y división de poderes*, **Revista Latinoamericana de Derecho**, no 1, p. 449-471, 2004; FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. The law of the exception: A typology of emergency powers. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 2, no 2, p. 210-239, 2004; RÍOS, Lautaro. Defensa judicial de los derechos humanos en los estados de excepción. **Revista Estudios constitucionales**, vol. 7, no 1, p. 277-296, 2009.

³ BARCELÓ ROJAS, Daniel. La garantía política de la Constitución mexicana en estados de emergencia, En BARCELÓ ROJAS, Daniel; DÍAZ RICCI Sergio; GARCÍA ROCA, Francisco Javier; (Coords.). **Covid-19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena**. México: Marcial Pons, p. 105-117, 2020; CONCHA CANTÚ, Hugo Alejandro. Gobernabilidad federal y crisis sanitaria. En González Martín, Nuría; SERNA DE LA GARZA, José María (Coords.). **Emergencia sanitaria por COVID-19: Federalismo**. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, p. 57-66; ORTIZ LÓPEZ, Denise. Solidaridad y responsabilidad fiscal: una oportunidad en medio de la emergencia sanitaria. En González Martín, Nuría; SERNA DE LA GARZA, José María (Coords.). **Emergencia sanitaria por COVID-19: Federalismo**. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, p. 49-65.

⁴ BARRETO ROZO, Antonio. **Normalidad y excepcionalidad: la indiscifrible regularidad contemporánea de la excepción**. Palermo: Universidad de Palermo, 2007; CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. **Estado de sitio y emergencia económica**. Bogotá: Contraloría General de la República, 1985; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio; UPRIMNY, Rodrigo. El control judicial de los estados de excepción. En: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio; CEBALLOS BEDOYA, María Adelaida (Coords.). *Democracia, justicia y sociedad: Diez años de investigación en Dejusticia*. Bogotá: Dejusticia-Centro de estudios de derecho, justicia y sociedad, 2016. p. 422-434; ITURRALDE, Manuel. 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**, Bogotá, no. 15, p. 29-46, 2003; JÁCOME, Jorge. **Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur: Argentina, Chile y Colombia (1930-1990)**. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2015; TOBÓN, Mary Luz y MENDIETA, David. Los límites establecidos al estado de conmoción interior en Colombia: un ejemplo a seguir en el contexto latinoamericano. **Revista Estudios Constitucionales**, Talca, vol. 19, no. 1, p. 34-65, 2021; TOBÓN, Mary Luz, MENDIETA, David y GASPARETTO, Antonio. Los modelos constitucionales de los estados de excepción en época de crisis global. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, vol. 3, no. 65, p. 1-35, 2021.

los poderes excepcionales durante una situación de crisis a nivel global, sin precedente alguno, como lo es la pandemia causada por el COVID-19.

Por lo anterior, para desarrollar nuestro propósito, la estructura del artículo estará dividida en tres partes: en la primera se abordará el Derecho de excepcionalidad en Colombia y en México; en la segunda se analizará el control de los poderes excepcionales en ambos países; y en la tercera se estudiará como los derechos fundamentales resultan afectados por los diferentes mecanismos de gestión de emergencias. Todo ello atendiendo a los cambios jurisprudenciales y doctrinales que ambos ordenamientos han experimentado. Por último, se presentarán algunas conclusiones y se propondrán algunas reformas que pueden servir para mejorar ambos sistemas jurídicos y así poder dar mejor respuesta a futuras emergencias.

En primer lugar, el Derecho de Emergencia es aquella parte del ordenamiento, tanto constitucional como orgánica u ordinaria, que regula la gestión de las diferentes crisis que pueden alterar la vida de los individuos de una sociedad. Se divide entre el Derecho ordinario de excepcionalidad y el Derecho de excepcionalidad. En cuanto al Derecho ordinario de excepcionalidad, que se encuentra dentro del Derecho ordinario común, llamamos así a aquellas leyes ordinarias que dan al Ejecutivo mayores poderes en situaciones excepcionales que no se permitirían en otras circunstancias, ya que pueden restringir derechos con una mayor intensidad que en situaciones normales. Regulan escenarios de excepcionalidad y urgencia bajo el principio de necesidad, siendo posible introducir restricciones de derechos fundamentales a través de actos gubernativos que en otras circunstancias serían contrarias a Derecho. De este modo, desplazan temporalmente el Derecho ordinario en situaciones de crisis, ya que no se aplican por su jerarquía, sino por su especialidad, por lo que se usará el ordinario de forma supletoria. Además, este Derecho ordinario de excepcionalidad debe respetar todos los límites de los derechos, así como sus garantías. Y a diferencia del Derecho de excepcionalidad, no altera la división de poderes horizontal ni verticalmente.

El Derecho de excepcionalidad, por su parte, consiste en toda aquella normativa constitucional que regula el otorgamiento de las facultades extraordinarias⁵ al Ejecutivo y que decreta la suspensión o restricción temporal de ciertos derechos y garantías, con el objeto de enfrentar peligrosas situaciones emergentes para la supervivencia del Estado o la de sus ciudadanos, las cuales no pueden paliarse a través de los cauces ordinarios del Derecho. Se usa el término Derecho de excepcionalidad o estados de excepcionalidad en lugar de Derecho o estados de excepción, porque esta última definición

⁵ Las facultades extraordinarias consisten en la transmisión parcial de la función legislativa que hace el Congreso en favor del Ejecutivo, lo que quebranta excepcionalmente el principio de división de poderes. MARTÍNEZ BÁEZ, Antonio; TENA RAMÍREZ, Felipe. **Suspensión de garantías y legislación de emergencia**: Concepto general del estado de sitio. Las facultades extraordinarias en el derecho mexicano. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 28.

hace referencia en la nomenclatura española, a una de las diferentes formas que puede adoptar una situación de anormalidad constitucional, como es el estado de excepción, cuando en realidad abarca todas sus modalidades. Además, esta regulación no supone una excepción a la Constitución, lo que parece que se deriva de dicho concepto, sino que la misma se sigue aplicando, a pesar de que entran a funcionar mecanismos pensados para situaciones excepcionales, por lo que el Derecho que lo regula también debe ser excepcional⁶. Así mismo, se propone usar esta denominación en lugar de utilizar “Derecho excepcional” porque esto último supondría una regulación muy extensa y precisa sobre una materia concreta, cuando en realidad nos estamos refiriendo a un Derecho creado para situaciones de anormalidad. Y aunque estos mecanismos acercan un modelo democrático a una dictadura, la diferencia entre ambos es la existencia instrumentos de control efectivos en el primero y su ausencia en el segundo.

En cuanto al objeto de estudio que nos concierne, en ambos países la iniciativa de declaración de todos los estados de excepcionalidad corresponde exclusivamente al Gobierno. El Poder Ejecutivo debe encajar la realidad dentro de los supuestos recogidos por la norma excepcional que habilita para una declaración en tal sentido⁷, lo que hace depender la decisión de su declaración de una apreciación subjetiva. No se trata de que se den unos determinados supuestos, sino de que el Gobierno quiera apreciar su concurrencia. Por lo tanto, dicha valoración no puede depender del criterio judicial, pues ello iría en contra de la separación de poderes.

Por otro lado, mientras que el Derecho de excepcionalidad colombiano se encuentra sistematizado y regulado en el capítulo VI de la Constitución Política, arts. 212-215, en México se encuentra disperso en dos artículos constitucionales: el art. 73, fracción XVI y el art. 29. En relación con este último, también se encuentra parcialmente desconstitucionalizado al dejar una gran cantidad de cuestiones sin concretar. Así, este precepto regula el procedimiento de declaración de la suspensión de garantías, los supuestos de declaración, los derechos intangibles y el papel de la justicia constitucional. Y el art. 73, fracción XVI establece lo que llamaremos la Acción Extraordinaria en Materia de Salubridad (en adelante AEMS)⁸. Otra diferencia importante de ambos ordenamientos jurídicos es que mientras que en Colombia los estados de excepción son declarados mediante los decretos legislativos, que no son leyes, pero sí tienen la fuerza material de la ley, porque formalmente no son dictadas por el Congreso, en México la declaración de estos estados se lleva a cabo o bien a través Decretos, cuando se trata de una AEMS, o a través de una Ley de Suspensión de Garantías según el art. 29 constitucional. En cualquier caso, se trata del mismo instrumento, aunque con diferente denominación.

⁶ RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier. Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, no. 75, p. 233-258, 1992.

⁷ ABA CATOIRA, Ana. *El estado de alarma en España*. Madrid, 2011, p. 319.

⁸ Siguiendo la denominación usada por el Título X de la Ley General de Salud mexicana.

Y en ambos casos, debe estar motivado y establecer su ámbito espacial, temporal y material de aplicación.

2. EL DERECHO DE EXCEPCIONALIDAD

En cuanto a los mecanismos concretos que establecen ambos países, en Colombia nos encontramos tres clases del estado de excepción, que responden a distintos supuestos fácticos, según el tipo de crisis al que se pretenda dar respuesta, ellos son: el estado de guerra exterior (art. 212), el de conmoción interior (art. 213), y el estado de emergencia social, ecológica y de calamidad pública (art. 215), desarrollados por la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción (LEEE)⁹. La suspensión de garantías del art. 29 de la Constitución mexicana sirve para enfrentar los mismos supuestos que el estado de conmoción interior y el estado de guerra colombianos. Sin embargo, mientras que en Colombia se dan cuatro tipos modalidades del estado de emergencia: *económica, social, ecológica o por calamidad pública*¹⁰, en México sólo se encuentra constitucionalizada la AEMS, pues para los demás tipos de crisis no existe regulado otro tipo de estados de excepcionalidad, en la medida en la que no permiten ni la concentración de poderes, ni la afectación especial de derechos. Son leyes que sólo regulan el papel del Ejército en las crisis humanitarias y las acciones de protección civil, reguladas en la fracción XXIX-I de ese mismo precepto. Sin embargo, sólo nos centraremos en la primera por ser, como dijimos anteriormente, el único estado de excepcionalidad que existe en el ordenamiento jurídico mexicano.

El estado de emergencia en Colombia, según el art. 215 de su Constitución, se puede adoptar cuando sobrevengan hechos que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país o que constituya grave calamidad pública, Su declaración no se requiere la autorización del Congreso. El único estado de excepción que requiere la autorización del Senado para decretarlo es el estado de guerra exterior, de conformidad con el artículo 212 de la Constitución colombiana. No se requiere mayoría absoluta de los Congresistas, sino que basta la aprobación del Senado con una mayoría relativa, lo cual pone en evidente peligro los pilares fundamentales del Estado social y democrático de derecho. Sin embargo, el Presidente de Colombia posee la facultad de declarar el estado de guerra, aunque el Senado no lo hubiese autorizado, si él considera que es necesario repeler la agresión. En cambio, en México, el único estado de excepcionalidad que no necesita del

⁹ La Ley estatutaria en Colombia regula los derechos fundamentales y los mecanismos de protección a los derechos fundamentales, y en México es equivalente a las leyes ordinarias, en cuanto las orgánicas se reservan para la estructura de los organismos del Estado.

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencias: C-004 de 1992, C-447 de 1992, C-179 de 1994, C-122 de 1997, C-122 de 1999, C-216 de 1999, C-135 de 2009, C-156 de 2011, C-216 de 2011, C-145 de 2020, C-307 de 2020.

Congreso para ser aprobado es la AEMS, pues la suspensión de garantías consagrada en el art. 29 constitucional, al igual que sucede en Colombia con el estado de guerra, exige mayoría simple del Congreso para su aprobación, ya que la Constitución no establece una mayoría concreta. Pero, a diferencia de Colombia, la participación del Congreso es obligatoria para suspender garantías.

Por otro lado, mientras que en Colombia el Decreto legislativo emitido por el Presidente para realizar la declaración del estado de excepción debe tener la firma de todos los Ministros, de tal modo que si falta la firma de algún Ministro, el decreto podría ser declarado nulo por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en México se prescinde de la firma de los ministros desde la reforma constitucional del 2014. En ambos países “al ser un acto eminentemente político, el Decreto deberá ser motivado, es decir, expresar los hechos que han causado o amenazan causar el desorden económico, social y ecológico del país”¹¹, lo que asegura el respaldo político de los partidos que tienen representación en su Gobierno. Por ello, el decreto de declaración debe contener los hechos que dan lugar a la emergencia y justifican la actuación excepcional del Estado, lo cual le permite a la Justicia Constitucional (término con el que englobaremos tanto a la Corte Constitucional colombiana como a la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana), examinar si concurren realmente dichas razones para emitir tales decretos, junto con las facultades legislativas que cada Constitución le otorgue al Gobierno, las cuales deben estar destinadas exclusivamente a combatir la crisis, al igual que las medidas adoptadas en los decretos, según el art. 47.1 de la Ley colombiana 137 de 1994 y el párrafo tercero del art. 29 de la Constitución mexicana¹². La motivación del decreto le permite a la Justicia Constitucional examinar si concurren los presupuestos fácticos y jurídicos que le permiten al Gobierno proclamar el estado de excepcionalidad y adoptar las medidas para gestionar la crisis¹³. Sin embargo, si el Gobierno gestiona la emergencia con normas ordinarias, el control de estas normas no lo realizará la Justicia Constitucional, sino que deberán ser demandadas por los ciudadanos ante los Tribunales ordinarios¹⁴. Pero, durante la AEMS, la Suprema Corte mexicana no tiene la com-

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-135 de 2009.

¹² CONSTITUCIÓN MEXICANA: art. 29: “La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.”

¹³ “Ello significa que las facultades excepcionales del Poder Ejecutivo son de carácter restrictivo, toda vez que se limitan a aquellas estrictamente indispensables para poder impedir un uso excesivo de las atribuciones extraordinarias e impedir la continuación de sus efectos”, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-135 de 2009.

¹⁴ ORTIZ-GUTIERREZ, Julio César. Los poderes excepcionales ante una desafiante pandemia. Experiencias legislativas en estados de excepción. En: GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria; VALADÉS, Diego (Coord.). **Emergencia sanitaria por COVID-19: Derecho constitucional comparado**: Opiniones Técnicas sobre temas de relevancia nacional. Serie 20. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2020. p. 86-89.

petencia de realizar el control constitucional de estas normas, lo que puede suponer gran peligro la democracia, en la medida en que las facultades excepcionales no están sujetas a control alguno.

En ambos países, las Leyes de suspensión de garantías, los Decretos Legislativos y los Decretos dictados por el Gobierno no pueden derogar las leyes vigentes, pero sí suspender la eficacia de las que sean incompatibles con la declaratoria de emergencia. En cualquier caso, durante la duración de estos estados, no se interrumpe el normal funcionamiento de los poderes públicos¹⁵, por lo que la Justicia seguirá ejerciendo sus atribuciones y el Congreso continuará funcionando normalmente, realizando con mayor vigor el control político del Gobierno¹⁶. No obstante, el Parlamento ve reducido su papel en la toma de decisiones, aunque, para evitar que se den situaciones de dictadura soberana llevadas a cabo a través de este procedimiento, en México, de acuerdo con el párrafo segundo del art. 29 de su Constitución, sigue ejerciendo un papel fundamental a través del control del Gobierno. Sin embargo, tanto estos decretos como las normas que los desarrollan pierden su vigencia al momento de cesar la crisis o la emergencia, pero en Colombia, su Constitución permite que las normas relacionadas con impuestos emanadas durante la declaratoria del estado de emergencia, económica, social y ecológica, puedan ser incorporadas al ordenamiento jurídico, si el Congreso, durante el año siguiente, les otorga carácter permanente¹⁷.

El decreto legislativo que declara el estado de emergencia en Colombia deberá señalar el término durante el cual el Gobierno va a hacer uso de las facultades que le confiere el artículo 215 constitucional, en todo caso, la emergencia será declarada por períodos de 30 días en cada caso, que sumados no podrán exceder de 90 días al año calendario, sin que pueda haber prórroga, por lo que transcurrido este tiempo, habrá que esperar a que comience el nuevo año para volver a decretar una nueva emergencia. “Esos 90 días del estado de emergencia, no son necesariamente continuos, porque el Gobierno lo puede declarar en un año varias veces, con la sola condición de que sumados los diversos períodos no excedan de dicho término”¹⁸.

En tal sentido, es claro de que en Colombia “el estado de emergencia no se podrá prorrogar, a diferencia de los otros dos estados, y que las declaratorias pueden ser continuas o discontinuas, [...] conjuntas o variadas”¹⁹. Esta limitación temporal busca

¹⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, art. 214-2 y CONSTITUCIÓN MEXICANA, art. 29, párrafo segundo.

¹⁶ En Colombia, conforme a los artículos 114, 212-215 de la Constitución Política y en México según el último párrafo del art. 29 de la Constitución mexicana.

¹⁷ Ello conforme al párrafo cuarto del art. 29 de la Constitución mexicana y artículo 215 de la Constitución de Colombia.

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencias C-216 de 1999 y C-135 de 2009.

¹⁹ TOBÓN TOBÓN, Mary Luz; MENDIETA, David y GASPARETTO, Antonio. Los modelos constitucionales de los estados de excepción en época de crisis global. *Revista Jurídica Unicuritiba*, Curitiba, vol. 3, no. 65, p. 1-35, 2021.

que no se desperdicien las facultades legislativas sin necesidad, ya que las situaciones de emergencia pueden mantenerse, agravarse o repetirse. En México, la AEMS no contempla una duración determinada ni una prórroga, por lo que se entiende que ésta cesa cuando finaliza la crisis y en la suspensión de garantías se entiende que debe dársele una duración determinada, ya que es posible prorrogar dicha emergencia, de acuerdo con el art. 29 constitucional.

En relación con la suspensión de garantías y otorgamiento de facultades extraordinarias²⁰ del art. 29 constitucional, se prevé para casos de invasión, perturbación grave de la paz pública y cualquier otro motivo que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto. Sin embargo, este último supuesto de “grave peligro para la sociedad” buscaba convertirse en un “cajón de sastre” para usarse en caso de epidemias o catástrofes, por lo que todavía se puede emplear para la suspensión de garantías en caso de crisis sanitarias. El Ejecutivo es quien declara la suspensión de garantías, con la correspondiente autorización previa del Congreso²¹, por lo que el Decreto o la Ley de suspensión de garantías debe entenderse como obra del Legislativo. Además, el Congreso mexicano puede modificar dicha ley, si así lo considera pertinente, y también puede revocar el poder extraordinario del Presidente en cualquier momento.

Otro asunto de particular interés, es el deber de notificación y publicación, que debe darse durante la suspensión de derechos en México y la declaratoria del estado de excepción en Colombia, pues el Parlamento en México y el Gobierno en Colombia, deberán informar de la declaratoria a los demás estados miembros de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) de haber hecho uso de los mismos, de acuerdo con el art. 27. 3 de la misma, lo cual no sucede con la AEMS, ya que en ella ni se requiere autorización del Congreso, ni se suspenden derechos, sino que solamente se limitan²².

En cuanto al estado de conmoción interior en Colombia, que también es conocido como estado de excepción en Francia, España o Italia, se declara cuando la crisis o la situación de anormalidad se relaciona con alteraciones al orden público, que atentan

²⁰ Cuando un país no prevé expresamente los estados de excepcionalidad, como los países anglosajones, que carecen de mecanismos claros para suspender garantías, suele acudir al *indemnity bill* o *suspension of habeas corpus act*, que siempre es peligroso por los excesos a los en los que se le permite incurrir al poder, ya que exonera al gobernante de responsabilidad penal por el uso o el abuso de facultades extraordinarias. De este modo, Inglaterra regula los estados de excepcionalidad en leyes. PELAYO MOLERO, Carlos María. La suspensión de garantías en la Constitución de 1917 ayer y hoy: Lecciones del pasado y del presente para el futuro inmediato. En: GUERRERO GALVÁN, Luis René; PELAYO MOLERO, Carlos María (Coord.). **Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Tomo 2. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2016. p. 340.

²¹ Y si no estuvieran reunidas, se encargará la Comisión Permanente en México (art. 29 de la Constitución mexicana).

²² ROCA FERNÁNDEZ, María José. La suspensión del Convenio Europeo de Derechos Humanos desde el Derecho español: procedimiento y control. *REDE. Revista española de derecho europeo*, no 72, p. 63, 2019.

contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, la convivencia ciudadana²³ o el funcionamiento anormal de las instituciones democráticas. Eso sí, los hechos deben tener origen en conductas humanas socialmente conscientes, pues si tiene origen en catástrofes naturales o tecnológicas o crisis sanitarias, deberá declararse el estado de emergencia o la AEMS, según el país. Además, en Colombia, el artículo 213 constitucional impone expresamente un elemento central para la declaratoria del estado de conmoción interior y es que “la grave perturbación del orden público no pueda ser conjurada mediante el uso de atribuciones ordinarias de las autoridades de policía”²⁴. En consecuencia, al ser conceptos indeterminados, la discrecionalidad del Ejecutivo para declararlo es muy amplia.

También es importante señalar que, actualmente en Colombia, a diferencia de la Constitución anterior de 1886, en la que el estado de sitio podía ser declarado de forma indefinida, el nuevo artículo 213 consagró un límite temporal consistente en que la declaratoria del estado de conmoción interior se hará por un término inicial de “90 días prorrogables por dos períodos iguales, siempre y cuando medie concepto previo y favorable del Senado”²⁵. De este modo, a diferencia del estado de emergencia que no admite la prórroga, el estado de conmoción interior en Colombia podrá ser prorrogado por otros 180 días, es decir, que la conmoción interior puede abarcar tres períodos de 90 días, para un total de 270 días en un año. El Gobierno podrá autorizar la primera prórroga, pero para la segunda prórroga el mandato constitucional exige la autorización previa y favorable por parte del Senado de la República.

Con respecto al el estado de guerra exterior colombiano, se encuentra regulado en el artículo 212 de su Constitución y en el capítulo II de la LEEE. Este estado excepcional jamás podrá ser usado “para para afrontar causas internas de grave perturbación”, pues según el artículo 213 constitucional, mediante tal declaratoria se busca dar respuesta a una agresión producida por otro Estado, para “defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad”. Además, tal como lo establece el inciso 3 del artículo 22 de la Ley 137 de 1994, sólo puede usarse para insurrecciones o actos de fuerza que no puedan resolverse por otros medios, por lo que no es preciso declararlo cuando el desorden o el caos en el orden público puedan solucionarlo los Cuerpos y las Fuerzas de Seguridad del Estado. Por lo tanto, durante esta declaratoria es posible usar el Ejército y las Fuerzas Armadas, cuando así lo requieran las circunstancias. Pero uuna vez ha cesado la situación bélica, el Gobierno deberá declarar restablecido el orden público y levantar las medidas excepcionales.

²³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, art. 213.

²⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, artículo 213.1.

²⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, artículo 213.1.

No existe un límite temporal expreso con respecto al ejercicio de las funciones que tiene el Presidente colombiano, ante este tipo de estados, dado que las facultades rigen hasta tanto se declare restablecida la normalidad, aunque la suspensión de garantías mexicana posee un tiempo definido, que debe concretarse en el Decreto. Finalmente, valga resaltar que, a pesar del conflicto interno y de las guerras civiles que se han dado en Colombia, desde su formación como Estado-Nación, hasta la fecha no se ha declarado el estado de guerra exterior²⁶, y la última declaratoria del estado de conmoción interior se realizó en el año 2002 durante el Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez. Lo cual supone un giro copernicano, pues gracias al control constitucional de la Corte Constitucional colombiana, el uso de los estados de excepción para enfrentar problemas estructurales ha caído en desuso.

Durante la pandemia tanto en México como en Colombia, el Gobierno optó por usar el Derecho ordinario de excepcionalidad para gestionar la crisis sanitaria, ya que esta cuenta con menos controles, como veremos posteriormente. La incertidumbre científica y la extrema debilidad de los gobernantes competentes para hacer frente a la realidad catastrófica causada por la pandemia llevó a las autoridades nacionales colombianas a entender que la declaratoria era de emergencia económica y social, en lugar de contraerse a la definición de calamidad pública, pues con ello se buscaba controlar también las consecuencias económicas, sociales y ecológicas y a proteger a los más desfavorecidos, lo que permitía el estado de emergencia económica²⁷.

El Gobierno colombiano realizó dos declaratorias de emergencia, y a final de la crisis no la declaró de nuevo, pero mantuvo el confinamiento usando normas ordinarias, que no estaban fundamentadas en el estado de excepción, sino una resolución emitida por la Ministra de Salud²⁸, mediante la cual el Gobierno declaró la emergencia sanitaria, y adoptó medidas restrictivas a los derechos y a las libertades ciudadanas, como fueron el aislamiento obligatorio, y la cuarentena. De este modo, el Gobierno colombiano, de manera paralela a la declaratoria del estado de emergencia, ha gestionado la pandemia con normas ordinarias, usando sus funciones de jefe Superior del orden público en el régimen unitario y centralizado colombiano²⁹.

²⁶ TOBÓN TOBÓN, Mary Luz. **Los estados de excepción: imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales**. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2019. p. 120.

²⁷ ORTIZ-GUTIERREZ, Julio César. Los poderes excepcionales ante una desafiante pandemia. Experiencias legislativas en estados de excepción. En: GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria; VALADÉS, Diego (Coord.). **Emergencia sanitaria por COVID-19: Derecho constitucional comparado: Opiniones Técnicas sobre temas de relevancia nacional**. Serie 20. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2020. p. 86.

²⁸ Ver Resolución 385 de 2020 del 12 de marzo de 2020.

²⁹ ORTIZ-GUTIERREZ, Julio César. Los poderes excepcionales ante una desafiante pandemia. Experiencias legislativas en estados de excepción. En: GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria; VALADÉS, Diego (Coord.). **Emergencia sanitaria por COVID-19: Derecho constitucional comparado: Opiniones Técnicas sobre temas de relevancia nacional**. Serie 20. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2020. p. 86-88.

De este modo, el Presidente Duque estrenó una nueva modalidad de la figura constitucional del estado de emergencia económica, social y ecológica, ya que a la luz de la Constitución Política de 1991, en Colombia jamás se han otorgado a las autoridades nacionales y territoriales un espectro tan amplio de facultades, y competencias en distintas materias³⁰, para limitar los derechos y las limitaciones a los derechos y libertades ciudadanas, mediante normas ordinarias.

En México, sin embargo, el Ejecutivo declaró la AEMS, pero no adoptó medidas restrictivas de derechos, sino que optó por establecer, en su lugar, recomendaciones³¹ desde la Secretaría de Salud y el Consejo General de Salubridad, que es un comité científico que adquiere protagonismo político durante las crisis sanitarias, dejando un amplio margen a sus entidades federativas para concretar sus medidas. Ello ha permitido a los Gobiernos estatales llevar a cabo restricciones relevantes de derechos como si concurriesen circunstancias de normalidad, lo que puede traer graves perjuicios, a la larga, sobre la conciencia colectiva de vulneración de derechos. De este modo, podemos concluir que, tanto en México, como en Colombia, el Poder Ejecutivo nacional y las autoridades públicas territoriales y locales, en el Derecho ordinario de excepcionalidad, encontraron una herramienta muy útil para flexibilizar los controles constitucionales y políticos que deberían tener las normas y las medidas que restringen y limitan derechos, haciendo insulsa la responsabilidad de la gestión de la crisis sanitaria por parte de estas autoridades.

3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO GARANTÍAS DEL DERECHO DE EXCEPCIONALIDAD

En cuanto a la afectación de derechos fundamentales durante la aplicación de los mecanismos de excepcionalidad de ambos países, es preciso poner de manifiesto que mientras que en Colombia no se pueden suspender los derechos durante los estados de excepción, conforme a la prohibición expresa del art. 214.³² de su Constitución y el art. 5 de la LEEE, en México, también se prohíbe la suspensión durante la AEMS, admitiendo que en algunas ocasiones se puedan suspender ciertos derechos, a través

³⁰ ORTIZ-GUTIERREZ, Julio César. Los poderes excepcionales ante una desafiante pandemia. Experiencias legislativas en estados de excepción. En: GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria; VALADÉS, Diego (Coord.). **Emergencia sanitaria por COVID-19: Derecho constitucional comparado: Opiniones Técnicas sobre temas de relevancia nacional.** Serie 20. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2020. p. 89.

³¹ Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) de 24 de marzo de 2021.

³² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Artículo 214: Los estados de excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: “[...] 2) No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario [...]”.

del procedimiento de suspensión de garantías del art. 29. Sin embargo, hay que resaltar que no todos los derechos pueden ser suspendidos, pues conforme a este precepto, hay determinados derechos que no pueden ver restringidos ni suspendidos, y a estos derechos se les ha denominado derechos intangibles. En consecuencia, en México el inciso 2 del artículo 29 de la Constitución mexicana de manera taxativa establece el listado de derechos intangibles³³. Cabe precisar que, en el modelo mexicano en la AEMS, no se pueden suspender los derechos, solo se pueden limitar o restringir, porque el art. 73 fracción XVI de la Constitución mexicana no lo permite.

Valga resaltar que la diferencia entre los conceptos de suspensión, restricción y limitación no reside en una apreciación subjetiva acerca de la esencia del derecho, diferenciándolos por su grado de afectación, como así lo entiende la reiterada jurisprudencia internacional³⁴ sino una de esencia o de naturaleza, ya que mientras que la suspensión necesita una declaración expresa que supone la cesación temporal de la eficacia de la garantía que protege a un derecho, en la restricción dicha garantía permanece vigente, quedando las limitaciones del derecho sometidas al control de constitucionalidad, a diferencia de la suspensión, donde no existe ningún tipo de control constitucional. Así, para llevar a cabo una restricción, es necesaria una base legal que habilite a ello, lo cual se cumple con la LEEE colombiana, pero en México la aprobación del Reglamento del Derecho de excepcionalidad se encuentra pendiente³⁵. Y es que no entender las limitaciones a los derechos de la suspensión de estos, es no entender los estados de excepcionalidad en general³⁶.

Por lo anterior, debe quedar claro que en las tres modalidades del estado de excepción colombianos y en la AEMS no se pueden suspender los derechos, sino que sólo se pueden restringir, pero cabe aclarar que los derechos intangibles ni siquiera admiten restricciones en ninguno de los dos países. Cuando hablamos de suspensión, nos referimos a que sus garantías desaparecen totalmente, mientras que cuando hablamos de restricción, éstas se mantienen parcialmente, por lo que todavía se pueden hacer valer

³³ CONSTITUCIÓN DE MÉXICO: Artículo 29: “[...] En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos...”

³⁴ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Guzzardi c. Italia de 6 noviembre, 1980, Serie A núm. 39, p. 31, ap. 86 y Sentencia Amuur c. Francia, de 25 de junio de 1996.

³⁵ A pesar de que la Constitución mexicana, en el art. 4 transitorio de la reforma del 2011, obliga a elaborar un Reglamento de desarrollo.

³⁶ GARCÍA ROCA, Javier. El control parlamentario y otros contrapesos del gobierno en el estado de alarma: la experiencia del coronavirus. En: BARCELÓ ROJAS, Daniel, DIAZ RICCI, Sergio, GARCÍA ROCA, Javier, y GUI-MARÃES TEIXEIRA, María Elizabeth (edits.). **Covid-19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena.** Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2020. p. 19.

frente al Estado en la parte no afectada. De hecho, según la Opinión consultiva OC-8/87 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las garantías no se suspenden, sino sólo su ejercicio, debiendo esa suspensión ser temporal y limitada. Y para Ferrer y Herrera “lo que se suspenden en este estado son las garantías, entendidas como la facultad de reclamar al Estado el respeto de tales derechos”³⁷. Pero en ningún caso esto supone la suspensión del Estado de derecho, ni la autorización al Gobierno para apartarse del principio de legalidad. La suspensión de un derecho tampoco supone su pura suspensión temporal, sino la sustitución de su regulación ordinaria por la extraordinaria, que es una regulación restrictiva de derechos, pero que, en todo caso, es un régimen de legalidad³⁸.

En México el Congreso es quien debe facultar al Gobierno para llevar a cabo la suspensión de garantías del art. 29 constitucional, la cual debe ser coherente con la gestión de cada crisis³⁹. Por lo tanto, el acto que afecte derechos cuya suspensión no fue autorizada por el Congreso será nulo, pudiendo los particulares lesionados por el mismo reclamar la responsabilidad de las autoridades públicas ante la autoridad judicial correspondiente⁴⁰. De este modo, la declaración de la suspensión de garantías no produce *per se* la suspensión de ningún derecho, sino sólo en la medida en que la autorización del Congreso lo permita, lo cual no cabe, como vimos, en Colombia por la prohibición expresa del artículo 214.2. Valga resaltar que ni en Colombia ni en México es posible la suspensión del derecho a la vida, al ser éste un derecho intangible que debe de protegerse tanto en tiempos de paz como de guerra, prohibiéndose la pena de muerte, tal como lo establece expresamente la Constitución colombiana en su artículo 11 y la mexicana en el art. 29.

En cuanto a la restricción concreta de derechos, es curioso observar cómo las medidas que se pueden adoptar durante el estado de conmoción interior colombiano producen una afectación muy alta de los derechos que se acerca mucho a la suspensión de los mismos a pesar de estar expresamente prohibida. Así, durante el estado de

³⁷ FERRER MC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso. La suspensión de garantías. Una perspectiva de Derecho comparado y desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En: GUERRERO GALVÁN, Luis René; PELAYO MOLERO, Carlos María (Coord.). **Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Tomo 2. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2017, p. 110-112.

³⁸ CRUZ VILLALÓN, Pedro. El nuevo Derecho de excepción: Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio. **Revista española de Derecho Constitucional**, Madrid, no. 2, p. 127, 1981.

³⁹ FERRER MC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso. La suspensión de garantías. Una perspectiva de Derecho comparado y desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En: GUERRERO GALVÁN, Luis René; PELAYO MOLERO, Carlos María (Coord.). **Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Tomo 2. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2017. p. 110.

⁴⁰ DE LA CUEVA, Mario y AGUILAR, José Maya. **La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad, La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006. p. 20-21.

conmoción es posible, de acuerdo con los apartados a, b y h del art. 38 de la Ley 137 de 1994, restringir temporalmente la libertad de movimiento (sometida a ciertos requisitos o lapsos temporales) y el derecho a la propiedad privada, llevando a cabo requisas transitorias, reajuste de los precios del mercado e intervención de sectores productivos claves con derecho a la indemnización.

También se permite la intervención de las comunicaciones; y si se obliga a unas personas a fijar su residencia en un determinado lugar, debe hacerse, sin afectar a su núcleo esencial. Y aunque también puede restringirse el derecho de reunión y manifestación, quedando sometido su ejercicio a autorización previa⁴¹, quedan excluidas de esta previsión las reuniones orgánicas de partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales, que no pueden ser prohibidas, ni disueltas ni sometidas a autorización previa⁴². Además, está la prohibición de restringir el derecho de huelga en los servicios públicos no esenciales, pudiendo restringir incluso los de conflicto colectivo. En relación con los extranjeros, es posible, subordinar su permanencia en el país a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles, de conformidad con el artículo 100 de la Constitución colombiana. También se puede restringir la libertad de información, de expresión y secuestrar las publicaciones, sin que pueda haber censura previa⁴³.

Por último, a nivel punitivo, durante el estado de conmoción interior se pueden adoptar las siguientes medidas: ordenar la aprehensión preventiva de personas, tipificar penalmente conductas, aumentar y reducir penas, así como modificar las disposiciones de procedimiento penal y de policía y autorizar el cambio de radicación de procesos. Sin embargo, en materia de juzgamientos, se deberán respetar los tratados internacionales sobre derechos humanos que han sido ratificados por Colombia, y que se integran al bloque de constitucionalidad colombiano mediante el art. 93 de la Constitución Política.

De otro lado, cabe destacar que la Constitución colombiana, en su artículo 213.5, prohíbe expresamente que los civiles sean juzgados por la justicia penal militar. Además, también prevé, en varias normas, facultades excepcionales que puede ejercer el Gobierno en virtud de la declaratoria de este estado, pero siempre dentro del marco normativo del Estado de Derecho. Por ello se habla de que contempla un doble régimen de legalidad: el de la legalidad en tiempo de paz, y el de la legalidad marcial, o también llamado, para el caso particular, legalidad de excepcionalidad, o sea, la legalidad prevista tanto para los casos de guerra exterior como de conmoción interior. En México, a diferencia del régimen colombiano, donde la suspensión de garantías está

⁴¹ COLOMBIA, Ley 137 de 1994, art. 38 lit. d.

⁴² COLOMBIA, Ley 137 de 1994, art. 4 parágrafo 1.

⁴³ COLOMBIA, Ley 137 de 1994, art. 38 lit. c.

sometido a un sistema de límites y controles más fuerte, tanto el Reglamento mexicano de desarrollo del art. 29 constitucional, como los decretos que derivasen del mismo, y la Ley de suspensión de garantías, permiten adoptar todas las medidas que se pueden adaptar en Colombia durante los estados de conmoción interior y el estado de guerra exterior, siempre y cuando no suspendan ni restrinjan los derechos intangibles, y las normas y las medidas adoptadas guarden relación con el principio de proporcionalidad y los demás principios que rigen durante los estados de excepción, tales como; necesidad, proporcionalidad, amenaza excepción, necesidad, temporalidad, y no discriminación, entre otros⁴⁴.

Con respecto al estado de emergencia económica, social, ecológica colombiano es necesario precisar que, dentro del año siguiente a su declaratoria, el Congreso podrá derogar, modificar o adicionar los decretos de emergencia, incluso en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. Pero en relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo⁴⁵. Así mismo, “el Gobierno podrá establecer nuevos tributos o modificar los existentes. Pero estas normas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente”⁴⁶. México también cuenta con la posibilidad de que el Congreso pueda privar al Gobierno de las facultades extraordinarias que le conceden los estados de excepcionalidad, una vez han sido concedidas, y también tiene la prerrogativa de crear un régimen fiscal de emergencia.

Finalmente, una garantía importante para los trabajadores colombianos y mexicanos es que los derechos sociales de los trabajadores no pueden ser afectados con las normas excepcionales. Así, en Colombia, el artículo 215 constitucional dispone que “durante los estados de emergencia el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos legislativos”⁴⁷. En cambio, la AEMS permite restringir cualquier derecho, salvo los recogidos en el art. 29 de la Constitución mexicana, incluso de forma accesoria, ya que ni ésta, ni la Ley General de Salud establecen taxativamente las medidas que se pueden adoptar a través de la misma. Así, en México, el art. 183 de la Ley General de Salud, conforme el art. 73, fracción XVI, de la Constitución mexicana, que regula la AEMS, habilita al Presidente a restringir

⁴⁴ Para ampliar el tema podrá consultar el texto: TOBÓN TOBÓN, Mary Luz. Principios internacionales que rigen durante los estados de excepción en el sistema interamericano: el caso colombiano durante la pandemia. *Revista Estudios constitucionales*, vol. 20, no 2, p. 132-163, 2022.

⁴⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, art. 215.6.

⁴⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, art. 215.3.

⁴⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, art. 215.9. Al interpretar este artículo la Corte Constitucional manifestó que: “En nuestra Carta Política no se permite desmejorar, mediante los decretos legislativos dictados con fundamento en el estado de emergencia económica, social y ecológica, los derechos sociales de los trabajadores” CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-179 de 1994.

derechos fundamentales de los gobernados, sin establecer ninguna limitación, por lo que en principio este mecanismo no encuentra barreras constitucionales para evitar su uso abusivo por parte de los gobernantes⁴⁸, lo cual es consecuencia de no adaptar esta disposición⁴⁹ a la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH). No obstante, como se dijo antes, a través de este procedimiento, el Presidente sólo puede restringir derechos, excepto los derechos intangibles consagrados en el inciso 2 del art. 29 de la Constitución mexicana, pero de ninguna manera podrá suspenderlos, tal como sucede en cualquier estado de excepcionalidad colombiano.

No obstante, el mayor riesgo que se encuentra en la AEMS es que los decretos de declaración y de ejecución que surgen con base en este procedimiento no están sometidos a un control por parte del Congreso ni de la Suprema Corte de la Nación, por lo que el Ejecutivo podrá abusar de este mecanismo, restringiendo los derechos y las garantías ciudadanas, vulnerando gravemente el contenido esencial del derecho, sin que existan medios para impedirlo, lo que explica que no exista jurisprudencia sobre este procedimiento. El peligro más grave de una aplicación desmedida de este mecanismo es que, al no existir la garantía de que las medidas adoptadas se encuadren dentro del principio de la proporcionalidad y la necesidad, una vez proclamadas las restricciones, fácticamente podrían producir los mismos efectos que una suspensión. De hecho, frente al uso abusivo de las restricciones a los derechos, sólo cabe el recurso de amparo, que en 1942, sirvió para avalar las suspensiones del Gobierno, haciendo caso omiso de los derechos ciudadanos⁵⁰. En resumidas cuentas, se puede afirmar que formalmente en una AEMS el Ejecutivo no puede suspender derechos ni restringir los derechos intangibles que están en el art. 29 constitucional, pero si lo hiciese, no hay medios, ni controles eficaces constitucionales para impedirlo.

Para finalizar, se concluye que, durante la pandemia, el Poder Ejecutivo de ambos países encontraron en el Derecho ordinario de excepcionalidad, el mecanismo adecuado para restringir los derechos, usando actos, normas y medidas ordinarias, que en la mayoría de las ocasiones se alejaron de cumplir el principio de necesidad⁵¹, excepcionalidad y proporcionalidad. En ese sentido, si existiese una situación de crisis se debe

⁴⁸ GARCÍA LÓPEZ, Elisa. Restricciones a los derechos fundamentales en México en tiempos de emergencias sanitarias. En BARCELÓ ROJAS, Daniel; DÍAZ RICCI Sergio; GARCÍA ROCA, Francisco Javier; (Coords.). **Covid-19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena**. México: Marcial Pons, 2020. p. 247-248.

⁴⁹ BARCELÓ ROJAS, Daniel. La garantía política de la Constitución mexicana en estados de emergencia, En BARCELÓ ROJAS, Daniel; DÍAZ RICCI Sergio; GARCÍA ROCA, Francisco Javier; (Coords.). **Covid-19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena**. México: Marcial Pons, 2020. p. 107-108.

⁵⁰ DE LA CUEVA, Mario y AGUILAR, José Maya. **La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad, La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006. p. 53.

⁵¹ COTINO HUESO, Lorenzo. Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria. **El cronista del Estado social y democrático de Derecho**, Madrid, no. 86, p. 89, 2020.

usar el Derecho de excepcional, el cual tanto en Colombia como en México está sometido a un sistema de límites y controles que en todo caso buscará aun en situaciones de crisis y de anormalidad, mantener los pilares del Estado social y democrático de derecho. Usar el Derecho ordinario de excepcionalidad de manera paralela al Derecho de excepcionalidad, como ha ocurrido en Colombia, es un grave peligro para las garantías y los derechos ciudadanos, pues como ya se mencionó, el Derecho de excepcionalidad ordinario carece de control constitucional y político. Y, en ese sentido, los derechos quedarían a merced del capricho de los gobernantes, con el consecuente quebrantamiento del principio democrático y el *check of balances* entre los poderes.

En México, las medidas se adoptaron por la Federación a través de recomendaciones, evitando el carácter coactivo de las mismas sobre los ciudadanos de a pie, aunque no sobre los locales. Con ello se dejaba a las entidades federativas la concreción de las medidas, a través del Derecho ordinario de excepcionalidad, lo que daba a entender que podían adoptarse medidas fuertemente restrictivas de derechos sin necesidad de la puesta en marcha de ningún mecanismo especial. En el caso colombiano, las medidas más restrictivas a los derechos, que ordenaron el aislamiento preventivo, los toques de queda, y la limitación a la libertad de locomoción fueron adoptadas con base a la declaratoria de emergencia sanitaria realizada por la Ministra de salud, por lo que se estaría hablando del uso del Derecho ordinario de excepcionalidad.

En resumen, a pesar de las diferencias, vemos que, tanto en Colombia como en México, se establecen medidas similares para enfrentar la emergencia causada por la pandemia, y lo más grave en ambos países, es que el Poder Ejecutivo se vio liberado del sistema de límites, controles y garantías que impone el Derecho de excepcionalidad a los gobernantes, cuando se van a suspender, restringir o limitar derechos y libertades fundamentales, en favor del uso del Derecho ordinario de excepcionalidad.

4. EL CONTROL AL PODER DE EXCEPCIONALIDAD EN MEXICO Y EN COLOMBIA

El control político fue otorgado en México al Congreso y en Colombia al Senado, el control judicial de los estados de excepcionalidad es llevado a cabo por la Justicia Constitucional en ambos casos. Sus respectivas constituciones le otorgan a esta última la posibilidad de conocer de oficio de los decretos de declaración de los estados de excepcionalidad, y las medidas que son dictadas con ocasión de tal declaratoria, aunque la AEMS está excluida de este control. En el caso concreto de Colombia, el control constitucional es automático, previo e integral. Por ello, el artículo 214.6 establece que “el Gobierno deberá enviar a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades excepcionales. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio

y en forma inmediata su conocimiento". De este modo, la Corte Constitucional conocerá de todos los decretos legislativos: el declaratorio del estado de excepción y los de desarrollo que adoptan las medidas concretas para enfrentar la crisis, incluso si fuere necesario, medidas que restringen derechos y buscan recuperar el equilibrio del orden que se ha visto quebrantado por la crisis, evitando abusos desbordantes de los poderes excepcionales durante estos estados.

La Corte Constitucional Colombia mediante Sentencia C-802 de 2002⁵², estableció el juicio de constitucionalidad que debe llevarse a cabo para poder realizar efectivamente el control constitucional de los decretos legislativos durante los estados de conmoción interior, siendo un ejemplo a seguir en el contexto latinoamericano, donde el abuso de los poderes excepcionales es exorbitante, tal como lo ha demostrado la pandemia⁵³. De otro lado, el Consejo de Estado conocerá del control inmediato de legalidad de "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"⁵⁴, bien sea que hayan sido dictadas por el Gobierno nacional, de las cuales conocerá el Consejo de Estado, o por las autoridades de las entidades territoriales, de las cuales conocerá la Jurisdicción Contencioso Administrativa. De este modo, la Corte Constitucional debe evitar abusos desbordantes de poderes durante estos estados, realizando un control judicial más riguroso que ahora es más automático y forzoso, tanto sobre los decretos de declaración como los de prórroga. No obstante, los decretos y las normas que el Gobierno pudiera emitir en usando el Derecho de excepcionalidad ordinario, serán conocidos por los Tribunales ordinarios⁵⁵.

En cuanto el control judicial mexicano, la suspensión de garantías obliga a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a pronunciarse de oficio sobre los decretos de ejecución, aunque no sobre los de declaración, lo cual funciona como un importante mecanismo de control. De hecho, el art. 29 constitucional establece que "los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez". Este Tribunal debe velar porque la suspensión de garantías respete tanto el contenido de la Constitución como la ley mexicana de los estados de emergencia (que aún está en trámite) y la

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-802 del 2 de octubre de 2002.

⁵³ TOBÓN TOBÓN, Mary Luz; MENDIETA, David. Los límites establecidos al estado de conmoción interior en Colombia: un ejemplo a seguir en el contexto latinoamericano. **Revista Estudios Constitucionales**, Talca, vol. 19, no 1, p. 37, 2021.

⁵⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 1437 de 2011, art 136.

⁵⁵ ORTIZ-GUTIERREZ, Julio César. Los poderes excepcionales ante una desafiante pandemia. Experiencias legislativas en estados de excepción. En: GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria; VALADÉS, Diego (Coord.). **Emergencia sanitaria por COVID-19: Derecho constitucional comparado**: Opiniones Técnicas sobre temas de relevancia nacional. Serie 20. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2020. p. 84-90.

CADH. Por tanto, en México, sólo será inconstitucional la declaración que no cuente con la suficiente justificación y proporcionalidad para suspender los derechos afectados, condicionando su contenido esencial de forma irrazonable⁵⁶, y cuando no se respeten los supuestos fácticos exigidos para la declaración del estado de excepcionalidad.

No obstante, el problema de la intervención realizada por la Justicia Constitucional es que la coloca en la tesitura de optar, o bien por aceptar un posible acto erróneo del Gobierno, lo que la convertirá en una colaboradora necesaria del Ejecutivo, o rechazarlo y poner obstáculos a la gestión de una emergencia⁵⁷. Pero esta crítica también podría esgrimirse contra la actuación del Congreso o del Senado. Y en caso de que algún particular se considere agraviado por la normativa de excepción y entienda que la Justicia Constitucional o los órganos jurisdiccionales estatales, en el caso de México, no ampararon sus derechos, subsidiariamente, podrían pedirle a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que realice un control del cumplimiento de la CADH⁵⁸. García López sostiene que “incluso debe permitirse acudir a los tribunales Internacionales sin necesidad de agotar estos procedimientos internos cuando se produzcan injustificadas restricciones de derechos durante su vigencia”⁵⁹.

No obstante, los decretos emitidos durante la AEMS carecen de este control oficioso por parte de la Suprema Corte, la cual no podría conocer de su constitucionalidad, al igual que los tribunales ordinarios, ya que se trata de actos del Gobierno y no de leyes, por lo que su normativa sólo podría someterse a un control de legalidad o al recurso de amparo. De este modo, es la propia Constitución la que establece un control constitucional sobre los Decretos Legislativos en Colombia y la Ley de suspensión de garantías en México. Resaltando que los Decretos que son producto de la AEMS eluden el control constitucional de la Suprema Corte.

En Colombia, existe un control de constitucionalidad de los decretos legislativos concentrado y centralizado en la Corte Constitucional, a diferencia de México donde dicho control puede corresponder a los Tribunales territoriales cuando la declaración la

⁵⁶ COTINO HUESO, Lorenzo. Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria. **El cronista del Estado social y democrático de derecho**, Madrid, no. 86, p. 92, 2020.

⁵⁷ DE LA CUEVA, Mario y AGUILAR, José Maya. **La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad, La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006. p. 53.

⁵⁸ FERRER MC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso. La suspensión de garantías. Una perspectiva de Derecho comparado y desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En: GUERRERO GALVÁN, Luis René; PELAYO MOLERO, Carlos María (Coord.). **Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Tomo 2. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2017. p. 123.

⁵⁹ GARCÍA LÓPEZ, Elisa. Restricciones a los derechos fundamentales en México en tiempos de emergencias sanitarias. En BARCELÓ ROJAS, Daniel; DÍAZ RICCI Sergio; GARCÍA ROCA, Francisco Javier; (Coords.). **Covid-19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena**. México: Marcial Pons, 2020. p. 239, 245.

realice el Gobernador⁶⁰. Pero en ambos países, la Justicia Constitucional deberá realizar un control integral de los decretos, pues no sólo deberá realizar el control formal los decretos, verificando la existencia de la firma del Presidente y de los Ministros y la restricción temporal de derechos, sino también material, lo cual conlleva a examinar que los decretos y las medidas adoptadas no supongan una violación de las normas constitucionales, y que las materias reguladas en el decreto guarden relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaración del estado de excepcionalidad. En ambos países, como ya se dijo, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se encarga del conocimiento de los actos y disposiciones que recogen las medidas de gestión de la emergencia. Y también, en ambos casos, las personas afectadas con los actos lesivos de derechos fundamentales podrán imponer el amparo constitucional, previo agotamiento de la vía ordinaria, tal como ocurre en México, o la acción de tutela, como ocurre en Colombia.

En cuanto al control político, es muy diferente en ambos países. En Colombia, para declarar el estado de emergencia económica, social o ecológica y el estado de conmoción interior no se requiere la autorización del Congreso. Sólo debe reunirse a los 10 días siguientes a la expedición de los Decretos legislativos para examinar el informe del Gobierno en el que se motivan las causas que determinaron el estado de excepción y las medidas adoptadas. Pero se requiere la del Senado para decretar el estado de guerra exterior, de conformidad con el artículo 212 de su Constitución, pero si el Presidente de la República colombiana considera que es necesario repeler la agresión, puede declarar el estado de guerra, aunque el Senado no lo hubiese autorizado. En México, en cambio, el Congreso, formado por la cámara de diputados y la de senadores, debe intervenir para aprobar, por mayoría simple, la suspensión de garantías, pero no en la AEMS, donde no participa.

En México, el Congreso funciona como un control interorgánico; pues en un sistema de estas características es preciso poner coto al predominio presidencial, especialmente en situaciones extraordinarias de concentración de poderes, sobre todo si el Presidente y la mayoría parlamentaria pertenecen al mismo partido o coalición. Por ello, en condiciones de normalidad constitucional, el presidencialismo mexicano se caracteriza porque su Jefe de Gobierno goza de amplias facultades, no pudiendo ser removido de su cargo por el Congreso, salvo traición, sino sólo por los ciudadanos, en las elecciones. Sin embargo, en condiciones de excepcionalidad, esta situación se invierte relativamente, ya que el Congreso mexicano puede privar a su Gobierno de las facultades extraordinarias concedidas y, conforme el art. 29 constitucional, dar por concluido el estado de emergencia cuando lo considere preciso, a lo cual no puede

⁶⁰ BARCELÓ ROJAS, Daniel. La garantía política de la Constitución mexicana en estados de emergencia. En BARCELÓ ROJAS, Daniel; DÍAZ RICCI Sergio; GARCÍA ROCA, Francisco Javier; (Coords.). **Covid-19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena**. México: Marcial Pons, 2020. p. 108.

oponerse el Ejecutivo, quien tendrá que rendir cuentas ante la Cámara. No obstante, ello no sucede durante la AEMS, pues en ella el Presidente carece de controles frente a un poder que no le puede ser arrebatado ni fiscalizado por el Congreso. Por ello, las sesiones del parlamento no deben de finalizar durante una crisis, pues son el control más efectivo contra la actuación del Gobierno, aunque no pueda influir jurídicamente en sus decisiones, debiendo dotarse la Cámara de los mecanismos necesarios para seguir ejerciendo sus facultades, aún a pesar de cualquier circunstancia, por su importante labor fiscalizadora frente a la opinión pública. Pero el Congreso colombiano no sesionó al inicio de la pandemia debido al confinamiento, aunque finalmente el Gobierno lo autorizó, por decreto legislativo, a reunirse de manera virtual⁶¹. No obstante, el control político por parte del Congreso durante las dos declaratorias de emergencia realizadas en Colombia fue ineficaz.

De este modo, una diferencia esencial en el funcionamiento de mecanismos de excepcionalidad en ambos países radica, precisamente, en el protagonismo del Congreso en su aprobación, ya que la dinámica partidista adquiere una relevancia diferente en ambos Estados en su forma de Gobierno. Así, en México, si un mismo partido o coalición contase con la mayoría suficiente aprobar una suspensión de garantías, también la tendría para mantener su poder (es suficiente con que existan más votos a favor que en contra, ya que el procedimiento del art. 29 se aprueba por mayoría simple), impidiendo a la oposición arrebatarse tales facultades. En cambio, en el caso colombiano, la escasa participación del Congreso en el control de los estados de excepcionalidad da lugar a que el funcionamiento de los partidos políticos sea irrelevante en la aprobación de los mecanismos de excepcionalidad, pero no en su mantenimiento, ya que una coalición de partidos podría arrebatarse dicho poder.

Sin embargo, durante la pandemia, debido al abuso del Derecho ordinario de excepcionalidad en ambos países, dichos controles fueron eludidos. En México, de este modo, el Gobierno delegó en los estados, de forma tácita, la gestión de la crisis sanitaria, y cada uno de sus gobiernos prefirió enfrentar la crisis, a través de Derecho ordinario de excepcionalidad, donde el control parlamentario es menor, al tramitarse de forma urgente, y el control judicial pasa a instancias inferiores, a pesar de tratarse de decisiones políticas de gran relevancia.

En el caso colombiano, como ya se dijo, de manera paralela a la declaratoria del estado de excepción de emergencia económica, social o ecológica, el Gobierno nacional y las demás autoridades públicas de las entidades territoriales enfrentaron la pandemia mediante normas ordinarias, las cuales a pesar de que suspendieron y restringieron derechos fundamentales, eludieron el control constitucional automático

⁶¹ Es bastante cuestionable, desde el punto de vista de los principios de la autonomía parlamentaria y la separación de poderes, que el Gobierno autorice al Congreso a reunirse mediante decreto legislativo, pues esta es una competencia del Congreso regulada por el ordenamiento jurídico colombiano.

e integral al cual están sometidas las normas y las medidas que surgen con base en la declaratoria del estado de excepción, dejando el control

de estas normas y medidas ordinarias en manos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, concretamente en el Consejo de Estado, máximo tribunal de esta Jurisdicción, si se trata de una norma o medida adoptada por el Gobierno nacional, o a los Tribunales, si la norma o la medida fue emitida por las autoridades públicas territoriales⁶². Al respecto, cabe precisar, que a diferencia del control automático e integral que realiza la Corte Constitucional cuando se trata de normas y medidas que surgen con ocasión al Derecho de excepcionalidad, en este caso, para que la Jurisdicción Contencioso Administrativa ejerza un control jurídico sobre la legalidad de estas normas, se requiere que los ciudadanos realicen la respectiva acción de nulidad por inconstitucionalidad, lo cual significa que no es un control que opere de manera oficiosa, y en consecuencia, existe el grave peligro, de que éstas normas y medidas surgidas con base en el Derecho ordinario de excepcionalidad, puedan ser incorporadas al ordenamiento jurídico constitucional permanente, sin que exista control alguno.

Por tanto, se pone de manifiesto que a pesar de que tanto el legislador colombiano como el mexicano ha dotado a sus mecanismos de excepcionalidad de ciertos instrumentos de control y fiscalización, no ha podido prever que estos podrían eludirse, incluso con una mayor amplitud, por el Gobierno, a través de la utilización del Derecho ordinario de excepcionalidad, lo que pone de manifiesto que no es tan necesario mejorar los controles existentes como definir correctamente la realidad concreta que el Derecho ordinario de excepcionalidad no puede traspasar. Pues de ello depende el respeto de los derechos y libertades fundamentales de las ciudadanas y ciudadanos de ambos lados del Atlántico.

5. CONCLUSIONES

Tanto México como Colombia contienen un elenco completo de estados de excepcionalidad que permiten hacer frente a las diferentes situaciones de crisis que amenazan a un Estado. A lo largo de este escrito se puede evidenciar que, México cuenta con una regulación imprecisa tanto de la AEMS como de la suspensión de garantías⁶³. De ahí la relevancia del papel del Parlamento y de los Tribunales como los únicos

⁶² COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos; SANABRÍA PULIDO, Pablo. Esquema híbrido de relaciones intergubernamentales para responder a la pandemia en Colombia. En: NADER, Esteban; FUCHS, Marie-Christine (Edits.). **COVID-19 y Estados en acción. Un estudio constitucional comparado entre países federales y no federales**, Bogotá: Tirant lo Blanch, 2021, p. 235-237.

⁶³ PELAYO MOLER, Carlos María. La difícil puesta en marcha de una suspensión de garantías para hacer frente al virus SARS-CoV-2 en México: el manejo de situaciones de excepcionalidad desde un marco jurídico completo y fragmentado. En GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (Coord.). **Emergencia sanitaria por Covid-19: Reflexiones desde el derecho**. Opiniones Técnicas sobre temas de relevancia nacional, Serie: 22. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2020, p. 341.

órganos capaces de fiscalizar el poder del Ejecutivo en medio de una crisis sanitaria. Así mismo, se pudo comprobar que existe un control político y judicial de la suspensión de garantías muy desarrollado en México, aunque precario para la gestión de crisis sanitaria, ya que todavía no se encuentra muy regulado. Y en cuanto a los controles intraorgánicos el sistema mexicano cuenta con escasos mecanismos en la suspensión de garantías, pero el peligro más grave se da en la AEMS, en la cual el Gobierno no cuenta con controles políticos ni judiciales, salvo en el recurso de amparo, aunque en la pandemia del 2020 no llevó a cabo dicho abuso. Por otro lado, en Colombia, el control parlamentario de los mecanismos de excepcionalidad es nulo o ineficaz, aunque exista el deber constitucional para los congresistas de realizarlo. No obstante, cabe resaltar el papel protagónico de la Corte Constitucional colombiana al realizar de manera efectiva el control a las medidas excepcionales, aunque muchas normas producidas con base en el Derecho ordinario de la excepcionalidad no fue posible controlarlas, porque carecen de este tipo de control, al estar sometidas a un control ordinario, que requiere demanda ciudadana y no un control oficioso e integral, como ocurre con las normas y las medidas que surgen con ocasión de los estados de excepción. No obstante, el control político ha sido ineficaz durante la pandemia. En ese sentido, México cuenta con un mejor control político, pues el Congreso colombiano solo interviene a través de su Senado, para autorizar el estado de guerra exterior y para autorizar la segunda prórroga del estado de conmoción interior, pero en México el Gobierno necesita contar con la autorización del Congreso para suspender garantías.

En efecto, a diferencia de Colombia, México no cuenta con una regulación clara de los estados de excepcionalidad ni del Derecho de excepcionalidad ordinario, porque aún ni siquiera se ha publicado la Ley reglamentaria de los estados excepcionales, en la cual se deberían definir claramente las medidas que se pueden adoptar en los diferentes estados de excepción. También se debe incorporar la declaración del estado de emergencia económico, social, ecológica, o por calamidad pública, tal como existe en Colombia, previa autorización parlamentaria, para enfrentar crisis, como la pandemia, sin hacer uso del Derecho ordinario de excepción, porque éste al carecer de controles, es un peligro grave para la democracia. En ese sentido, es necesario, regular el control por parte de la Justicia Constitucional y del Congreso sobre la AEMS, creando un procedimiento sumario y de urgencia para tramitar dichas resoluciones y permitir al Congreso celebrar sesiones virtuales durante la duración de las emergencias. Y con relación a los derechos, se podría concretar aquellos que se pueden restringir, para evitar que se afecten los derechos intangibles, y prohibir la suspensión de los mismos durante los estados de excepcionalidad, tal como ocurre en Colombia.

Ahora bien, debido a la impopularidad y al desgaste electoral que supone mantener la vigencia de estos mecanismos, los Gobiernos optan por hacer uso de la legislación ordinaria de excepcionalidad, ya que, a través de su aplicación, pueden adoptar

medidas de una forma rápida, no sometida a las farragosas formalidades del Derecho de excepcionalidad, pero tampoco a sus controles y garantías. Así, las acciones gubernamentales no quedarán sujetas ni al criterio de la Justicia Constitucional ni al del Congreso. De este modo, el Ejecutivo se verá sometido, en su gestión de la emergencia, a una fiscalización muy inferior a la que se daría si se aplicase el Derecho de excepcionalidad, razón suficiente que justifica la necesidad de reformar el derecho de excepcionalidad en ambos países, ampliando el barómetro de control a las medidas que surgen con ocasión del Derecho ordinario de excepcionalidad en ambos países.

Para finalizar, se resalta la necesidad que tienen ambos Estados de limitar el Derecho de excepcionalidad del Derecho ordinario de excepcionalidad. Para ello es preciso que el legislador lleve a cabo una importante labor normativa, creando leyes que regulen todos los aspectos necesarios de cada una de las emergencias a las que se pueda enfrentar un Estado, recogiendo la máxima gestión que el Gobierno puede realizar a través de estos instrumentos, siendo coherente con las circunstancias de cada situación. En Colombia, es preciso reformar la LEEE, en el sentido de incluir la gestión de las crisis sanitarias, y la consecuente restricción de derechos. Y en México, es necesario aprobar el Reglamento de desarrollo del Derecho de excepcionalidad, estableciendo, desde su preámbulo fronteras que permitan determinar cuándo se produce el rebasamiento de la normativa ordinaria y surge la sucesiva necesidad de optar por la aplicación de los mecanismos de excepcionalidad. Ello permitirá mantener la salvaguarda del Estado social y democrático de Derecho, garantizando la Libertad de la ciudadanía en ambas Naciones. En consecuencia, se propone la necesidad de reformar el Derecho de excepcionalidad de ambos ordenamientos jurídicos, sobre todo en lo relacionado con el control del Derecho de excepcionalidad ordinario, y a la imposibilidad de que éste sea usado de manera paralela al Derecho de excepcionalidad por los Gobernantes, para eludir el control constitucional, y los demás controles que existen en cada uno de los países para enfrentar las situaciones de anormalidad.

6. REFERENCIAS

ABA CATOIRA, Ana. **El estado de alarma en España**. Madrid, 2011.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Excepción. Homo Sacer, II, I**. Traducción de Flavia Costa e Ivana Costa. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2005.

BARCELÓ ROJAS, Daniel. La garantía política de la Constitución mexicana en estados de emergencia. En BARCELÓ ROJAS, Daniel; DÍAZ RICCI Sergio; GARCÍA ROCA, Francisco Javier; (Coords.). **Covid-19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena**. México: Marcial Pons, 2020. p. 105-117.

BARRETO ROZO, Antonio. **Normalidad y excepcionalidad: la indescifrable regularidad contemporánea de la excepción**. Palermo: Universidad de Palermo, 2007.

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. **Estado de sitio y emergencia económica**. Bogotá: Contraloría General de la República, 1985.

COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos; SANABRÍA PULIDO, Pablo. Esquema híbrido de relaciones intergubernamentales para responder a la pandemia en Colombia. En NADER, Esteban; FUCHS, Marie-Christine (Edits.). **COVID-19 y Estados en acción. Un estudio constitucional comparado entre países federales y no federales**. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2021, p. 211-243.

CONCHA CANTÚ, Hugo Alejandro. Gobernabilidad federal y crisis sanitaria. En González Martín, Nuria; SERNA DE LA GARZA, José María (Coords.). **Emergencia sanitaria por COVID-19: Federalismo**. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, p. 57-66.

COTINO HUESO, Lorenzo. Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria. **El cronista del Estado social y democrático de Derecho**, Madrid, no. 86, p. 88-101, 2020.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. El nuevo Derecho de excepción: Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio. **Revista española de Derecho Constitucional**, Madrid, no. 2, 1981.

DE LA CUEVA, Mario y AGUILAR, José Maya. **La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad, La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006.

FERRER MC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso. La suspensión de garantías. Una perspectiva de Derecho comparado y desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En: GUERRERO GALVÁN, Luis René; PELAYO MOLERO, Carlos María (Coord.). **Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Tomo 2. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2017. p. 329-359.

GARCÍA LÓPEZ, Elisa. Restricciones a los derechos fundamentales en México en tiempos de emergencias sanitarias. En: BARCELÓ ROJAS, Daniel; DÍAZ RICCI Sergio; GARCÍA ROCA, Francisco Javier; (Coords.). **Covid-19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena**. México: Marcial Pons, 2020.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio; UPRIMNY, Rodrigo. El control judicial de los estados de excepción. En: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio; CEBALLOS BEDOYA, María Adelaida (Coords.). **Democracia, justicia y sociedad: Diez años de investigación en Dejusticia**. Bogotá: Dejusticia-Centro de estudios de derecho, justicia y sociedad, 2016. p. 422-434.

GARCÍA ROCA, Javier. El control parlamentario y otros contrapesos del gobierno en el estado de alarma: la experiencia del coronavirus. En: Barceló Rojas, Daniel, Díaz Ricci, Sergio, García Roca,

Javier, y Guimarães Teixeira María Elizabeth (eds.). **Covid-19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena**. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2020. p. 45-64.

GASPARETTO, Antonio. **Medidas na emergência da administração pública**. Mato Grosso: Pantanal Editora, 2020.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. The law of the exception: A typology of emergency powers. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 2, no 2, p. 210-239, 2004.

ITURRALDE, Manuel. 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**, Bogotá, no. 15, p. 29-46, 2003.

JÁCOME, Jorge. **Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur: Argentina, Chile y Colombia (1930-1990)**. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2015.

MARTÍNEZ BÁEZ, Antonio; TENA RAMÍREZ, Felipe. **Suspensión de garantías y legislación de emergencia: Concepto general del estado de sitio. Las facultades extraordinarias en el derecho mexicano**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

ORTIZ-GUTIERREZ, Julio César. Los poderes excepcionales ante una desafiante pandemia. Experiencias legislativas en estados de excepción. En: GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria; VALADÉS, Diego (Coord.). **Emergencia sanitaria por COVID-19: Derecho constitucional comparado: Opiniones Técnicas sobre temas de relevancia nacional. Serie 20**. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2020. p. 89-90.

ORTIZ LÓPEZ, Denise. Solidaridad y responsabilidad fiscal: una oportunidad en medio de la emergencia sanitaria. En González Martín, Nuria; SERNA DE LA GARZA, José María (Coords.). **Emergencia sanitaria por COVID-19: Federalismo**. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, p. 49-65.

PELAYO MOLER, Carlos María. La suspensión de garantías en la Constitución de 1917 ayer y hoy: Lecciones del pasado y del presente para el futuro inmediato. En: GUERRERO GALVÁN, Luis René; PELAYO MOLER, Carlos María (Coord.). **Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tomo 2**. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2016. p. 329-359.

PELAYO MOLER, Carlos María. La difícil puesta en marcha de una suspensión de garantías para hacer frente al virus SARS-CoV-2 en México: el manejo de situaciones de excepcionalidad desde un marco jurídico completo y fragmentado. En GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (Coord.). **Emergencia sanitaria por Covid-19: Reflexiones desde el derecho. Opiniones Técnicas sobre temas de relevancia nacional, Serie: 22**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2020, p. 77-85.

RÍOS, Lautaro. Defensa judicial de los derechos humanos en los estados de excepción. **Revista Estudios constitucionales**, vol. 7, no 1, p. 277-296, 2009.

ROCA FERNÁNDEZ, María José. La suspensión del Convenio Europeo de Derechos Humanos desde el Derecho español: procedimiento y control. **Revista española de derecho europeo** REDE, Madrid, no 72, p. 43-71, 2019.

ROSATTI, Horacio. Un círculo vicioso: impacto de las emergencias continuadas en el diseño institucional de Argentina. Emergencia y división de poderes. **Revista Latinoamericana de Derecho**, no 1, p. 449-471, 2004.

RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier. Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, no. 75, p. 233-258, 1992.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Guzzardi c. Italia de 6 noviembre, 1980, Serie A núm. 39, p. 31, p. 86 y Sentencia Amuur c. Francia, de 25 de junio de 1996.

TOBÓN TOBÓN, Mary Luz. **Los estados de excepción: imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales**. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2019.

TOBÓN TOBÓN, Mary Luz. Principios internacionales que rigen durante los estados de excepción en el sistema interamericano: el caso colombiano durante la pandemia. **Revista Estudios Constitucionales**, vol. 20, no 2, p. 132-163, 2022.

TOBÓN TOBÓN, Mary Luz y MENDIETA, David. Los límites establecidos al estado de conmoción interior en Colombia: un ejemplo a seguir en el contexto latinoamericano. **Revista Estudios Constitucionales**, Talca, vol. 19, no. 1, p. 34-65, 2021.

TOBÓN TOBÓN, Mary Luz; MENDIETA, David y GASPARETTO, Antonio. Los modelos constitucionales de los estados de excepción en época de crisis global. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, vol. 3, no. 65. p. 1-35, 2021.