



Universidad Libre
Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Honorables magistradas y magistrados

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrada ponente: **CRISTINA PARDO SCHLESINGER**

Palacio de Justicia, Calle 12 N°7-65, Bogotá D.C.

secretaria3@corteconstitucional.gov.co

La Ciudad

ASUNTO: Concepto técnico sobre inconstitucionalidad de los artículos 124 y 132 de la Ley 2159 de 2021 “Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2022”.

ACTORES: Misión de Observación Electoral representada por **ALEJANDRA BARRIOS CABRERA Y MARLON PABÓN CASTRO** (D-14624) y **CAROLINA DEIK ACOSTAMADIEDO** (D-14631)

EXPEDIENTE: D-14624.

Los suscritos ciudadanos **JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARÍN**, director del **Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre**; **CARLOS EDUARDO AMAYA PERDOMO**, docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá; y, **JAVIER ENRIQUE SANTANDER DÍAZ**, coordinador del Observatorio; actuamos conforme y dentro del término del Auto admisorio del 28 de febrero de 2022, notificado mediante Estado No. 0209 del 2 de marzo de 2022.; a la fijación en lista ordenada el 10 de marzo del 2022; y, finalmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 242 numeral 1 de la C.P. y el artículo 7 del Decreto 2067 de 1991. Así, presentamos la siguiente intervención ciudadana (CONCEPTO TÉCNICO CONSTITUCIONALIDAD) respecto a la demanda de la referencia y en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución Política de 1991.

1. Disposiciones legales demandadas y argumentos de los demandantes:

La disposición expedida en función legislativa respecto de la cual la demanda pretende la declaratoria de incompatibilidad con la Constitución es el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 “Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2022”. En forma concreta se trata del siguiente extracto resaltado y subrayado de la disposición:

Ley 2159 de 2021

“Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1o. de



enero al 31 de diciembre de 2022”

El Congreso de Colombia,

Decreta:

ARTÍCULO 124. Con el propósito de promover la reactivación económica y la generación de empleo en las regiones, a partir de la publicación de la presente ley y durante la vigencia fiscal 2022, la Nación podrá celebrar convenios interadministrativos con las entidades territoriales para ejecutar programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación.

La presente disposición modifica únicamente en la parte pertinente el inciso primero del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

PARÁGRAFO. Todos los convenios que se suscriban bajo el amparo de la presente disposición serán objeto de control especial por parte de la Contraloría General de la República. El Contralor General de la República determinará, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, la forma en que se ejercerá dicho control especial.

La incompatibilidad con la Constitución la presenta el demandante respecto de los artículos 152, 153 y 158, concretamente sobre el siguiente contenido resaltado y subrayado:

ARTICULO 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

f) <Literal adicionado por el artículo 4 del Acto Legislativo 2 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley.

ARTICULO 153. La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura.

Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla.

ARTICULO 158. Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella.

Los demandantes resumen sus tres cargos así “Las violaciones a las normas constitucionales mencionadas se pueden reunir en tres argumentos que serán desarrollados en el capítulo 4 de la presente demanda, el primero de ellos es la violación al principio de reserva de leyes estatutarias; el segundo, al quebrantamiento del principio de unidad de materia; y el tercero, hace referencia a la vulneración del principio de igualdad electoral contenido en la Ley de Garantías”.



2. Consideraciones del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre CONCEPTO

SOLICITAMOS A LA CORTE CONSTITUCIONAL DECLARAR LA INEXEQUIBILIDAD DEL ARTÍCULO 124 DE LA LEY 2159 DE 2021

El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional está de acuerdo con los fundamentos de la demanda y los cargos planteados. Además de apoyar la argumentación de los demandantes, les queremos reiterar la posición de este colectivo que ya fue rendida a la Corte Constitucional en el expediente D-14522.

El problema jurídico que queremos plantearle a la Corte es si ¿El artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 vulnera la reserva de ley estatutaria y la unidad de materia al modificar el artículo 38 de la Ley Estatutaria 996 de 2005 y permitir a la Nación durante la vigencia fiscal 2022, celebrar convenios interadministrativos con las entidades territoriales para ejecutar programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación y con el propósito de promover la reactivación económica y la generación de empleo en las regiones?

Tomando en cuenta los cargos presentados por los accionantes en las demandas, el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre ha considerado pertinente desarrollar el contenido de la presente intervención con el fin de justificar la tesis sobre la inconstitucionalidad del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, a través de los siguientes puntos: 1. Vulneración de la reserva de ley estatutaria; 2. Quebrantamiento de la unidad de materia, y, 3 unos comentarios finales sobre ponderación.

A. Vulneración de la reserva de ley estatutaria

¿El artículo 124 de la Ley Ordinaria 2159 de 2021 vulnera la reserva de ley estatutaria al modificar el artículo 38 de la Ley Estatutaria 996 de 2005 por medio de la cual se reglamenta la elección de presidente de la República?

En lo concerniente a la reserva de ley estatutaria, el literal f del artículo 152 constitucional ordena al Congreso de la República regular mediante ley estatutaria la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República.

En consecuencia, se promulgó la Ley Estatutaria 996 de 2005, y con ella, el párrafo del artículo 38, según el cual está proscrita la celebración de convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, la participación, promoción y destinación de recursos públicos, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, por parte de los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital.



A juicio de los accionantes, el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 fue modificado por el artículo 124 de la ley de presupuesto; al tratarse esta última de una ley ordinaria, carece de vocación modificatoria de una ley estatutaria, tal y como lo precisó la Corte Constitucional en la SC-370 de 2019, según la cual

“la regulación de ciertas materias debe hacerse mediante ley estatutaria, como una categoría normativa sujeta a un procedimiento más exigente que el ordinario”.

Luego, al ser la ley estatutaria una tipología especial dentro del género de las leyes, por su trámite y por la trascendencia de los asuntos que regula, no es posible que una ley ordinaria altere la estructura normativa de una ley estatutaria, como ocurre en el presente caso.

En determinadas ocasiones, la Corte ha declarado la inexecutable de leyes por violación a los ciertos límites competenciales¹. El Congreso infringe este límite cuando la regulación de determinadas materias, tanto material como procedimentalmente, no obedeció a los mandatos constitucionales establecidos para ello. Dicha reserva legal se ha catalogado como un reflejo del carácter normativo de la Constitución al brindarle eficacia a materias como la participación electoral frente a la competencia del Congreso para regularlos².

Las anteriores características fueron dadas por la Corte al establecer que:

“De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la introducción de las leyes estatutarias en el derecho colombiano se fundamenta principalmente en tres argumentos: i) la naturaleza superior de este tipo de normas requiere superior grado de permanencia en el ordenamiento y seguridad jurídica para su aplicación; ii) por la importancia que para el Estado tienen los temas regulados mediante leyes estatutarias, es necesario garantizar mayor consenso ideológico con la intervención de minorías, de tal manera que las reformas legales más importantes sean ajenas a las mayorías ocasionales y, iii) es necesario que los temas claves para la democracia tengan mayor debate y consciencia de su aprobación, por lo que deben corresponder a una mayor participación política”³.

Para determinar las materias que deben ser objeto de regulación estatutaria, la Corte fijó la regla siguiente regla: ello se hace partiendo del contenido del núcleo esencial del derecho analizado según las bases textuales y finalistas de la Constitución. Por ello, corresponde a las leyes estatutarias regular ese contenido mínimo, adyacente y cercano al núcleo esencial⁴ del derecho. Sin embargo, la misma Corte se apartó de su precedente

¹ Corte Constitucional. SC-448 de 1997.

² Corte Constitucional. SC-942 de 2009.

³ Corte Constitucional. SC-756 de 2008.

⁴ Corte Constitucional. SC-313 de 1994.



porque este no aportaba más que simples características del argumento del núcleo esencial⁵ y por ello amplió su postura.

Para otorgarle claridad al tema, la Corte estableció que, por su naturaleza, son temas que tienen reserva de ley estatutaria por expreso mandato constitucional: (i) la consagración de límites, restricciones, excepciones y prohibiciones de alcance general⁶ a un derecho y (ii) la determinación de los principios básicos⁷ inherentes al mismo derecho. La Corte Constitucional estableció que la cláusula de reserva de ley estatutaria tiene un criterio mucho más amplio de interpretación: (i) cuando el legislador tenga la pretensión de regular la materia de manera integral, estructural y completa la regulación del derecho, (ii) que aludan a la estructura general y principios reguladores y (iii) que refieran a leyes que traten situaciones principales e importantes de los derechos⁸ y que además añadió criterios de integralidad, objeto directo, desarrollo de materia completa cuando se trate de mecanismos de protección y afectación o desarrollo de los elementos estructurales de un derecho fundamental cuando se habla sobre la interpretación restrictiva de la reserva de ley estatutaria.

Conforme a estas reglas es evidente que el art. 124 regula la tercera regla sobre interpretación estricta de reserva de leyes estatutarias: la situación principal e importante del derecho de participación democrática en condiciones de igualdad en su faceta de que las campañas tengan equilibrios económicos sin injerencias indebidas del estado. En consecuencia, se coadyuvará la solicitud de inconstitucionalidad por violación de reserva estricta de ley estatutaria, toda vez que, para el caso concreto, se alteró una disposición de ley estatutaria mediante una ley ordinaria, como la de presupuesto. De no ser así, estaría bien visto que mediante una ley ordinaria se modifiquen las demás leyes, tornando inútil la categorización de las leyes del ordenamiento jurídico colombiano.

No tendría ningún sentido reconocer una fuerza y un trámite especial a una ley estatutaria, sí, en últimas, se permite sin más, su modificación por una ley ordinaria, lo que equivaldría a la eliminación de facto de la tipología de las leyes.

B. Quebrantamiento de la unidad de materia

¿El artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 quebranta la unidad de materia al modificar el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 relacionada con la elección del presidente de la República, siendo una ley de presupuesto?

La unidad de materia y la identidad flexible de los Proyectos de Ley son principios de procedimiento parlamentario establecidos en la Constitución y ampliamente reconocidas por la Corte Constitucional. El principio de identidad de materia en un proyecto de Ley busca proteger el principio democrático para que modificaciones introducidas en etapas

⁵ Corte Constitucional. SC-646 de 2001.

⁶ Corte Constitucional. SC-319 de 2006.

⁷ Corte Constitucional. ST-760 de 2008.

⁸ Corte Constitucional. SC-818 de 2011.



ulteriores del trámite (y que no estén razonablemente conectadas con el articulado y el propósito normativo) no pasen a tener fuerza de ley sin el proceso reiterativo de deliberación técnico-política que diseñó la Constitución en un número plural de debates. Se busca así eliminar los “micos” que se “cuelgan” a los proyectos de Ley y que impiden la formación plena y total de la voluntad del Congreso en temas debatidos ante él. (Artículos 158 y 157 de la Constitución Política de Colombia)

En lo atinente a la vulneración de la unidad de materia, teniendo en cuenta que la ley de presupuesto tiene una vigencia temporal, determinada a un (1) año y regula aspectos específicos, determinados, de presupuesto, ingresos corrientes de la nación, apropiaciones, y, ejecución presupuestal, no es coherente, ni congruente con el espíritu de la ley que se pase por alto la evidente ausencia de relación temática entre una ley presupuestal y la Ley Estatutaria de garantías electorales.

Además, considerando la temporalidad de la ley presupuestal, frente a la permanencia de la prohibición establecida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, es palpable la diferencia sustancial existente entre ambas normas, razón por la cual, la regulación establecida en el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 quebranta claramente la unidad de materia de la ley al incluir un asunto de garantías electorales que nada tiene que ver con la temporalidad de la ley presupuestal. Razón por la cual, en este punto, también se coadyuva la solicitud de inconstitucionalidad de la norma demandada.

Por último, debe censurarse la ausencia de carga argumentativa y probatoria que permita validar la tesis según la cual el desmonte de la restricción contractual del artículo 38 de la Ley 996 se traduce en la reactivación de la economía colombiana después de superada la pandemia por el COVID – 19.

Esta medida es coherente con las tesis que plantean la desregulación como catalizador de la economía, es decir, que las regulaciones normativas y los blindajes jurídicos son un obstáculo para el crecimiento de la economía, argumento que, a la fecha, no ha sido corroborado ni empírica, ni teóricamente.

So pretexto de dinamizar la economía, sin evidencia creíble, si se corre el riesgo de retirar una herramienta de control jurídico que garantiza la transparencia electoral.

Luego, una razón más, de tipo sustancial, para coadyuvar la solicitud de inconstitucionalidad, consiste en la falta de argumentación y evidencia para probar que el desmonte de la garantía electoral se traduce en la reactivación de la economía, tesis que, además de ilusoria, especulativa y sin sentido, no tiene fuerza argumentativa ni empírica que demuestre su eficacia en los hechos y que, por supuesto, de pasar por alto, abre la puerta para la eliminación de garantías electorales y otras herramientas jurídicas en nombre de la economía y su reactivación.



C. Reflexiones finales sobre el falso dilema de derechos fundamentales y la ponderación que debe regir este caso

La Corte está enfrentando un aparente dilema⁹ jurídico y moral. Un dilema es una decisión difícil porque se trata de “una situación en la que es necesario decidir entre dos cosas igualmente buenas o malas”¹⁰. Un dilema ético o práctico es el proceso de decisión entre dos posibles imperativos normativos, sin que ninguno de ellos sea rotundamente preferible al otro¹¹.

El texto del artículo demandado propone un falso dilema: para reactivar la economía de forma inmediata, y no extender los predicamentos derivados de la pandemia, es necesario activar los procesos de contratación en tiempos electorales. El dilema es: economía y trabajo Vs. democracia y participación electoral equitativa. Esta situación claramente advierte un dilema decisional ético y jurídico, pues tiene enfrentados derechos y valores constitucionales que demandan una ponderación de unos en detrimento de los otros. Este dilema propuesto por el Gobierno, y por el Congreso al aprobar el texto final de la ley, es simplemente falso. Los fines y propósitos son ponderados indebidamente porque la reactivación del empleo no puede sacrificar la democracia y la igualdad electoral. Esta justificación de la norma es inmoral y ajena al espíritu mismo: las condiciones de igualdad y la evitación de la corrupción. Para reforzar la decisión jurídica propuesta, es necesario hacer un análisis desde la dogmática jurídica y de los métodos de decisión usados por la Corte Constitucional Colombiana al estudiar la tensión entre principios: la ponderación y el método de proporcionalidad.

La ponderación es una de las técnicas de decisión para resolver tensiones entre principios. Con ella se busca racionalizar la toma de decisiones jurídicas¹² adjudicando argumentos concretos y razonados a los principios. Esta adjudicación se hace mediante el método de proporcionalidad. En su versión original, se busca optimizar de derecho. En nuestra aplicación lo que buscamos es minimizar los daños a un derecho.

⁹ Según el diccionario de la Real Academia, un dilema es “una situación en la que es necesario decidir entre dos cosas igualmente buenas o malas”. Con algo más de refinación conceptual, para Wikipedia un dilema es una situación en la que un agente ha de hacer algo y al tiempo no ha de hacer otra cosa. Realpe, Sandra. Dilemas Morales. Revista Estudios Gerenciales No. 80, pp. 88-89, Universidad ICESI, 2001. Los dilemas se presentan en el derecho o en la moral, por ejemplo, cuando existen conflictos normativos constitucionales que requieren de métodos de ponderación de principios -normas abstractas con alto contenido moral-. Al respecto puede verse el artículo de Martínez, David. Dilemas morales y derecho. Revista Discusiones N° 8. Pág. 27-28, 2008 y el amplio general que traen los otros artículos de esta misma revista.

¹⁰ Esta es la definición de “dilema” en el DRAE, actualización 2018.

¹¹ “Ethical dilemma” en https://en.wikipedia.org/wiki/Ethical_dilemma

¹² MORESO, Juan. Alexy y la aritmética de la ponderación. En Derechos sociales y ponderación. Ricardo García Manrique (Coord.). 2009. ISBN 978-84-612-1228-6, págs. 223-248. Véase: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Alexy_y_la_aritmetica_de_la_ponderacion.pdf. Pág.



El método de proporcionalidad¹³ supone que todas las actuaciones del Estado buscan proteger derechos fundamentales y principios fundamentales esenciales como la vida. Este deber de protección se conecta con otro supuesto de la proporcionalidad y es entender que todo reconocimiento, protección o preservación de derechos, implica restricciones o sacrificios de otros derechos o libertades. Los métodos de decisión entienden que la colisión entre derechos implica tomar decisiones que sacrifiquen lo menos posible un derecho, para garantizar al máximo el otro¹⁴. Este sacrificio debe fundamentarse en medios constitucionalmente permitidos. La validez -proporcionalidad- de estos medios de protección se justifica demostrando¹⁵: (i) el fin legítimo de la medida; (ii) la idoneidad de la intervención estatal; (iii) la necesidad de la medida; y (iv) la proporcionalidad en estricto sentido¹⁶.

En estos casos de violación del art. 13 constitucional la Corte ha usado el juicio integrado de igualdad como metodología para establecer si las razones que sustentan una medida de trato diferenciado son suficientes frente al marco constitucional¹⁷. Este test primero exige identificar a los sujetos que tienen el tratamiento desigual y el parámetro que los hace comparables entre sí (*tertium comparationis*)¹⁸. Luego, se debe seleccionar el nivel de análisis (leve, intermedio o estricto) para el caso concreto. En la presente cuestión, según la jurisprudencia de la H. Corte, el nivel de análisis puede ser leve o estricto, dependiendo de la perspectiva con la que se estudie el caso, por ejemplo, con el test estricto se analiza si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es adecuado, efectivamente conducente y necesario (si no puede ser reemplazado por uno menos lesivo)¹⁹.

Si aplicamos la ponderación al problema propuesto, este análisis merece partir de una premisa fundamental y pacífica en el derecho constitucional colombiano: “[...] con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes” ... “la igualdad” ... “[...] dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político” justo. El preámbulo constitucional traza la ruta en términos de participación política. Esta premisa del preámbulo es principio. Al ser principio se debe buscar su optimización en el marco de las posibilidades del Estado y tendrá un peso mayor a favor de toda decisión o intervención que pretenda disminuirla o restarla. Por ello, le preguntamos a la Corte: ¿Es preferible una sociedad con un mercado robusto, una economía sólida y fuentes laborales garantizadas, pero injusta e inequitativa en participación electoral? Ante una tensión, el derecho a la participación electoral es imponderable e indisponible para tomar una decisión.

¹³ El análisis al método de proporcionalidad se encuentra explicado concretamente en PALOMARES, Jorge. El balanceo constitucional y la aplicación del método de proporcionalidad en las encuestas electorales. Revista Virtual Via Inveniendi et Iudicandi (VIEI). Vol. 12, N.º 2. julio-diciembre 2017. Bogotá, Colombia. Universidad Santo Tomás. Pág. 32.

¹⁴ MORESO, Juan. Óp. Cit. Pág. 2.

¹⁵ PALORAMES, Jorge. Óp.Cit. Pág. 33-34.

¹⁶ La aplicación de esta metodología se encuentra descrita en Corte Constitucional, SC-033 de 2014.

¹⁷ Corte Constitucional, SC-220 de 2017, MP José Cepeda; SC-335 de 2016, MP Gabriel Mendoza; SC-586 de 2016, MP Alberto Rojas.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Corte Constitucional, SC-176 de 2015, MP Alberto Rojas; SC-401 de 2013, MP Mauricio González.



No se puede poner en riesgo la democracia y el derecho a participar en condiciones de igualdad en tiempos electorales para ponderar la reactivación económica o cualquier derecho alterno que implique un provecho económico. Una decisión a favor de este razonamiento estaría justificando una actuación inmoral y antijurídica porque reduce significativamente las garantías políticas de los partidos minoritarios y de oposición aumentando exponencialmente la corrupción al electorado. Abrir las compuertas económicas y el mercado de contratación cuatro meses antes de celebrar elecciones de cualquier tipo es, al menos en Colombia, una fuente potencial de corrupción por los altísimos riesgos de desviaciones de fondos públicos y el aumento de criminalidad en temas de administración pública y celebración indebida de contratos con el fin de corromper al sufragante. La solución para la Corte Constitucional parece única: declarar inexecutable el art. 124.

En conclusión: consideramos que la ponderación debe inclinarse a declarar inexecutable el art. 124 de la Ley 2151 de 2021. No hacerlo implicaría colapsar el principio democrático y normalizar un estado de desigualdad electoral. Limitar la contratación en tiempos electorales es necesario para evitar ilícitos administrativos y abusos de posiciones dominantes de los gobernantes para favorecerse.

3. Petición

El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre, le solicita a la Honorable Corte Constitucional que declare la inexecutable del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, que es objeto de acción pública de constitucionalidad.

De los señores Magistrados, atentamente,

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARÍN

Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Calle 8 No. 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150. Correo: jkbv@hotmail.com

CARLOS EDUARDO AMAYA PERDOMO

Profesor de la Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.



Universidad Libre
Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Javier Santander

Javier Enrique Santander Diaz
Coordinador Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.
Correo: javiere-santanderd@unilibre.edu.co