



Honorables magistrados

Corte Constitucional de Colombia

Magistrado ponente: **Carlos Libardo Bernal Pulido.**

REF: intervención ciudadana proceso RE-238

Jorge Kenneth Burbano Villamarín actuando como ciudadano y **Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá; Tania María Camila Luna Blanco** ciudadana, profesora de la Universidad Libre e **integrante del Observatorio; y, Javier Enrique Santander Díaz**, ciudadano y **coordinador del Observatorio**, presentamos la siguiente intervención ciudadana en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución Política de Colombia de 1991, de conforme al núm. 1, del art. 242 de la Constitución Política y el art. 37 del D.2067/91¹. Intervención hecha dentro del control de constitucionalidad de los decretos legislativos dictados en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional -num. 7, art.241 constitucional-.

A. NORMA OBJETO DE CONTROL AUTOMÁTICO DE CONSTITUCIONALIDAD

La norma que será controlada es el Decreto 444 de 2020 de marzo 21 “Por el cual se crea el Fondo de Mitigación de Emergencias -FOME y se dictan disposiciones en materia de recursos, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”.

B. CONSIDERACIONES DEL OBSERVATORIO DE INTERVENCIÓN CIUDADANA CONSTITUCIONAL

Los estados de excepción representan un lugar común en la historia del derecho constitucional colombiano y latinoamericano². Ante los múltiples excesos de poder, el constitucionalismo contemporáneo ha construido una doctrina que permite realizar un contrapeso al poder Ejecutivo en tiempos de emergencias derivadas de situaciones excepcionales, para evitar cualquier tipo de constitucionalismo perverso³. El constitucionalismo colombiano puso en cabeza de la Corte Constitucional la revisión de los decretos legislativos emanados de los estados de excepción⁴, desarrollando una prolífica doctrina de revisión constitucional en la materia. Esta Corporación puede avocar conocimiento de tales normas, en virtud de los mandatos contemplados en los artículos 215, 247.1 y 242.5 de la Constitución Política de 1991; artículos 36, 37 y 38 del Decreto 2067 de 1991 y el artículo 55 de la Ley 137 de 1994 (“Por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia”). En su vasta jurisprudencia, la Corte ha desarrollado una línea consistente de subreglas constitucionales para dar curso a la revisión constitucional en tiempos de

¹ D.2067/91: “ARTICULO 37. Para la efectividad de la intervención ciudadana, en la revisión de los Decretos legislativos, repartido el negocio, el magistrado sustanciador ordenará que se fije en lista en la Secretaría de la Corte por el término de cinco días, durante los cuales, cualquier ciudadano, podrá intervenir por escrito, para defender o impugnar la constitucionalidad del decreto”

² Luna Blanco, Tania y Cardona Chávez, Juan Pablo. “Estados de Excepción en Colombia: 1948-1990”, Marquardt, Bernd (Ed.), **Constitucionalismo Comparado, Acercamientos metodológicos, históricos y teóricos**, Tomo 22 de la *Colección Gerardo Molina*, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2009. Ver, también: Luna Blanco, Tania. **Historia legal y Conflicto Armando en Colombia: entre el derecho fallido y la violencia cohonestada**. En: “Retos del Postconflicto desde un enfoque interdisciplinar”, Corporación Universitaria Americana, Cátedra Fulbright, 2019.

³ García Villegas, Mauricio. “**Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997.**” El caleidoscopio de las justicias en Colombia 1 (2001): 317-368.

⁴ La Constitución Nacional de 1886 le dio el nombre de estados de sitio a estas particulares figuras jurídicas que, lejos de ser excepcionales, se convirtieron en la regla del constitucionalismo colombiano y latinoamericano de las décadas de los 80s y 90s. Cfr. Jácome, Jorge González. **Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur: Argentina, Chile y Colombia (1930-1990)**. Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2015.



excepcionalidad (arts. 212, 213, 214 y 215, C. Pol.). El mandato de la Corte frente a los Decretos Legislativos derivados de situaciones excepcionales es automático e integral⁵. El juicio de constitucionalidad que sigue a este tipo de control, abarca dos escenarios principales: uno formal y otro material⁶. En la revisión que tiene lugar en el expediente **238** de la referencia, la Corte se enfrenta a numerosos problemas jurídicos derivados de una situación de salud mundial que motivó la declaratoria de emergencia en el marco del artículo 215 de la Carta Política (Decreto 417 de 17 de marzo de 2020) y, en consecuencia, deberá ejercer control automático e integral de constitucionalidad sobre esta norma y las demás que dicte el Ejecutivo para conjurar la crisis.

El control de constitucionalidad de aquellos que desarrollen los estados de excepción es integral y su interpretación debe ser restrictiva y estricta. La jurisprudencia constitucional ha establecido reglas puntuales para los estados de excepción por estado de emergencia en el orden económico, social o ecológico, o en casos de grave calamidad pública⁷. En consecuencia, el control integral se aplica en dos grandes secciones⁸, que a continuación se presentan y desarrollan.

1. Análisis formal

El control de constitucionalidad formal de los decretos legislativos que desarrollen el estado de excepción⁹ analiza, al menos, estos puntos: i. que el decreto esté firmado por el presidente de la República y todos sus ministros; ii. que el decreto esté motivado; iii. que el decreto indique el ámbito territorial en donde se aplicará la medida; iv. señalar el tiempo que durará la medida; v. notificar a los organismos internacionales competentes; vi. convocar al Congreso, en caso de no estar sesionando ordinariamente, cuando la excepcionalidad termine para que éste ejerza control político; y vii. enviarlo a la Corte Constitucional al día siguiente de su adopción para revisión automática de constitucionalidad.

Esos puntos están, aplicando una lectura estrictamente literal, en el D.444/2020 así: I. el decreto está firmado tanto por el Presidente de la República como de sus 18 ministros¹⁰; II. el decreto está motivado en presupuestos facticos de salud pública y aspectos económicos nacionales para destinar recursos adicionales para morigerar la emergencia; III. el ámbito territorial de aplicación, conforme al art. 1 del D.417/20, será en todo el territorio nacional; IV. el decreto se expidió dentro del ámbito temporal de aplicación del D.417/2020: el D.444 se expidió el sábado 21 de marzo y el estado de emergencia finalizó el jueves 16 de abril del 2020; y V. el decreto fue enviado de la presidencia de la república a la Corte Constitucional el martes 24 de marzo del 2020, exactamente un día hábil después de adoptada la medida.

Para el Observatorio de Intervención Ciudadana el D.444 cumple con las reglas del control de constitucionalidad formal.

2. Análisis material

El control constitucional es ejercido por la Corte Constitucional en relación con los decretos legislativos de desarrollo de los estados de excepción. El Consejo de

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 1992.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-465 de 2017, Auto 250 de 2002.

⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-670 de 2015. Consideración jurídica número 2.1.

⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-802 de 2002: “La competencia de la Corte Constitucional para realizar el control de constitucionalidad formal y material tanto de los decretos legislativos declaratorios de los estados de excepción como de los decretos legislativos de desarrollo”. La sentencia fundadora de esta regla es la C-004 de 1992.

⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-156 de 2011: “(i) el decreto declaratorio de estado de excepción es un decreto legislativo por denominación constitucional; (ii) no existen actos políticos o de poder exentos de control constitucional, menos tratándose de un acto presidencial de autohabilitación legislativa; (iii) el concepto de supremacía de la Constitución impone la revisión constitucional del cumplimiento de los supuestos que pueden dar lugar a la declaración de un estado de excepción.”

¹⁰ Información tomada de: <https://id.presidencia.gov.co/gobierno/mininterior>



Estado conocerá del control inmediato de constitucionalidad y de legalidad de los decretos reglamentarios de los decretos legislativos de desarrollo. El control material de la Corte Constitucional implica hacer: i. un juicio fáctico o de hechos ciertos; ii. Un juicio valorativo o de valoración objetiva de los hechos; iii. un juicio de suficiencia o de suficiencia de las medidas ordinarias; un control conforme a los principios de conexidad, necesidad, finalidad y proporcionalidad de la norma conforme a los hechos.

El D.444/2020, como cualquier norma transitoria expedida conforme a nuestra Constitución, se rige por la regla general de limitación temporal y material¹¹. Ello implica que la norma sólo estará vigente por un lapso concreto y para solucionar una situación particular. El constitucionalismo excepcional no tiene vocación de suprimir la vigencia plena de la Constitución. La vocación de permanencia de una norma excepcional implica que toda medida normativa tenga un mandato de temporalidad estricto. La temporalidad de sus contenidos debe leerse conforme a la necesidad de crear instrumentos mínimos para sostener el estado y las futuras políticas para morigerar la crisis.

El control material estudia, en resumen: a. Juicio de conexidad material: relación del acto con los hechos establecidos en el decreto de declaratoria; b. Juicio de ausencia de arbitrariedad: si las medidas desconocen alguna de las prohibiciones de la Constitución, de la Ley de estados de excepción, del bloque de constitucionalidad o de una ley que desarrolle un derecho fundamental; c. Juicio de intangibilidad: la medida no puede afectar el núcleo irreductible de derechos intangibles (Art. 93 de la CP, 4 del PIDCP y 27 de la CDH); d. Juicio de transitoriedad: la medida debe ser transitoria; e. Finalidad: el acto debe servir para conjurar las causas del estado de excepción declarado; f. Necesidad: la medida administrativa no debe estar prevista dentro de la legalidad ordinaria para conjurar las causas del estado de excepción; g. Motivación de la incompatibilidad: la medida no puede suspender ilegítimamente medidas administrativas ya adoptadas.

Además de los anteriores juicios, los actos normativos que desarrollen el estado de excepción deben estar conexos con el decreto “madre” y guardar armonía con los decretos legislativos de desarrollo. La conexidad se cumple de acuerdo con una interpretación material entre el decreto legislativo, el decreto de declaratoria y la constitución. El presidente también goza de un significativo margen de apreciación sobre situaciones jurídicas no previstas en el decreto de declaratoria o sus decretos legislativos siempre que tengan la finalidad de conjurar la crisis. Ésta última subregla debe respetar la totalidad de las competencias asignadas en la Constitución Política de Colombia. La conexidad de los actos normativos ha sido estudiada por la C. Const. Según la jurisprudencia, la conexidad se diferencia de acuerdo al tipo de acto normativo expedido. Cuando se hicieron los controles normativos del Acuerdo de Paz, la Corte tomó las reglas de conexidad normativa de los estados de excepción y allí las desarrollo profundamente. Según esas reglas de derecho:

- **conexidad objetiva:** las entidades administrativas deben demostrar un vínculo cierto y verificable entre la medida administrativa y la materia del decreto declaratorio. Esto implica que no pueden regular asuntos diferentes o que rebasen el ámbito de aquellos asuntos imprescindibles para el proceso de implementación.
- **conexidad estricta:** la carga argumentativa del acto administrativo debe demostrar que este responde a una manera precisa contenida en el decreto de desarrollo. El acto debe precisar cuál contenido del decreto desarrolla.
- **conexidad suficiente:** el acto administrativo debe argumentar por qué las normas que contiene son desarrollos propios del decreto declaratorio.

¹¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-617 de 2015.



- **conexidad por necesidad estricta:** el acto administrativo debe demostrar:
a) la urgencia de la medida; y, b) debe demostrar la falta de idoneidad de los mecanismos existentes: ¿por qué los mecanismos establecidos en el Constitucionalismo y en la legalidad ordinaria no son idóneos?

3. Aplicación de las reglas jurisprudenciales sobre control de constitucionalidad de los decretos que desarrollen los estados de excepción

3.1 Motivación del decreto y la posibilidad de variar unilateralmente las obligaciones gubernamentales

El Decreto 417/2020 enuncia en su parte motiva las medidas económicas que tomará el Gobierno para remediar la crisis. La primera medida, contenida en el inciso primero, establece que el Gobierno dispondrá “[...] de los recursos que se encuentren a cargo de la Nación y de las Entidades Territoriales, tales como el Fondo de Ahorro y Estabilización -FAE- del Sistema General de Regalías y el Fondo de Pensiones Territoriales -FONPET-, **a título de préstamo o cualquier otro que se requiera.**” (negritas propias). La frase resaltada nos generaba en su momento y más hoy, una seria preocupación ciudadana. Esta frase debe leerse en conjunto con cada medida tomada en el D.444/20

El D.444 reitera que el gobierno creará el Fondo de Mitigación de Emergencias (FOME). Este fondo se nutre del préstamo que se hará, entre otros, de varios fondos públicos. Este decreto, al igual que el decreto declaratorio, reiteran el punto de tomar recursos a título de préstamo. Sin embargo, este decreto no dice nada de la facultad de variar unilateralmente el préstamo por otro título de obligación que sí está en el Decreto 417. El Gobierno actualmente puede variar su posición de deudor frente al Fondo de Ahorro y de Estabilización (FAE) y el Fondo de Pensiones Territoriales (FONPET). Ello implicaría, en una lectura sistemática con el D.444, que el Gobierno podría desfinanciar al FAE y al FONPET y a los otros fondos que este determine¹².

La obtención de recursos adicionales para enfrentar la crisis es indiscutiblemente necesaria. Sin embargo, nos preocupa la facultad tan amplia de intervenir fondos sociales de donde el Gobierno tomará el dinero y el título de la obligación: el Gobierno puede pedir prestado un dinero y cambiar el contrato por el que el Gobierno imponga. El Gobierno debió ser muy preciso en señalar las fuentes de financiación y el título de restitución del préstamo. La redacción actual faculta al Gobierno para hacer variaciones en las formas como adquirió la obligación. Por ejemplo, supongamos que el Gobierno decide financiar la crisis usando las pensiones de los fondos territoriales; en el Decreto Legislativo establece el título y el modo de la obligación. La decisión que se tomó en ese Decreto puede cambiarse o elegirse a discrecionalidad del Gobierno. Cambiar o elegir los modos de una obligación al título que el Gobierno decida es peligroso: en el ejemplo que pusimos ¿qué le impide al Gobierno que autónomamente cambie la forma de captar recursos de un fondo pensional cambiándolo de un contrato de mutuo por una donación? la pregunta adicional es ¿el Gobierno ya no tendría la obligación de devolver el dinero ajeno gracias a la motivación de este decreto?

Sobre este punto queremos resaltar, nuevamente, la necesidad de ser claros en las medidas normativas que se tomen. La ambigüedad en las medidas que tome el Gobierno puede desequilibrar el principio democrático, y el Estado social de derecho. Cambiar unilateralmente la naturaleza de un contrato a uno en el que el deudor se exime de cumplir es inconstitucional y toca límites muy cercanos a la expropiación indirecta. Esta idea es plausible y más si se analiza conforme al nuevo régimen de donaciones para tiempos de pandemia.

¹² Ello conforme al num. 5 del art.3 del D.444/20.



El Decreto 545 del 2020 suspendió varios requisitos para hacer grandes donaciones. Entre ellos, el Gobierno suspendió las donaciones de común acuerdo y dejó vigente que las donaciones se hagan solo con la capacidad de las partes y que su acuerdo no vulnere norma superior. Ello implica que actualmente se pueden donar bienes, en nuestro caso al Gobierno, sin necesidad de un “común acuerdo”. Esto en sí mismo no es un problema. Sin embargo, las donaciones unilaterales al gobierno -D.545- y las facultades de pedir préstamos de fondos sociales con la posibilidad de no devolverlos -D.444 y D.417- sí son un grave problema. El Gobierno se habilitó con grandes poderes de intervención económica en los contratos en los que sea parte. En una interpretación sana el Gobierno sería deudor de los fondos sociales a los que les pidió dinero prestado. Lo natural sería que pagara esas deudas en los tiempos que el D.444 estableció. Sin embargo, el mismo Gobierno creó normas para cambiar su obligación contractual de un comodato a una donación no consensuada y sin insinuación notarial. Este poder económico es expropiatorio y, por ende, inconstitucional. Los riesgos de una expropiación de dineros públicos son latentes. Por esa razón el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional solicita que las expresiones “préstamos” se interpreten en su sentido estricto y que declare inconstitucional la facultad que tendría el gobierno de variar los títulos de sus obligaciones para eludir el reembolso de dineros a los fondos conforme al Decreto 417/2020.

3.2 Alivios económicos para empresas de “interés nacional”

El Decreto creó un fondo (el FOME) para mitigar la crisis económica que atraviesa el país. Esos recursos tienen un uso especificado en el artículo 4 del Decreto legislativo. Especialmente, los numerales 4 y 5 del artículo 4 en concordancia con en el inciso primero del artículo 15 del Decreto legislativo 444 de 2020, permiten destinar los recursos del FOME en: a. inversiones de capital o deuda emitidas por empresas públicas o privadas; b. financiar empresas públicas, privadas o mixtas de interés nacional; y, c. fortalecer patrimonialmente a las empresas que presten servicios de interés nacional.

Las normas enunciadas en la práctica estarían redirigiendo dineros especiales, como el de fondos pensionales, para financiar empresas. Tal financiación es discrecional y solo está limitada, según el Decreto, por los criterios de “interés nacional” y de “grave afectación económica debido a la crisis del estado de excepción”. Tales conceptos están sujetos a un margen de interpretación gubernamental bastante amplio y dinámico originado en variables macro y micro económicas y también por apreciaciones políticas. Es un hecho notorio que la economía se ha afectado por la pandemia. Al estar todos afectados, todos necesitarían de este alivio. Solo aquellas empresas y sectores del mercado que sean de “interés nacional” para el Gobierno pasarían el filtro para ser beneficiarias. Es aquí donde está el dilema: la facultad para elegir a una u otra empresa o sector económico beneficiario de las medidas es muy complicada y debe ser modulada por la Corte Constitucional por varias cuestiones.

La Corte debe responder en este punto: ¿qué quiso decir el Gobierno al clasificar a una empresa de interés nacional en el marco de una emergencia económica, ecológica y social? una vez se defina qué es ese criterio de diferenciación la pregunta que sigue es ¿en cuáles sectores económicos y empresariales se tomarían las medidas? ¿el Gobierno debe beneficiar a los sectores económicos que tengan relación estricta y ayuden a remediar la crisis declarada en el estado de excepción? o ¿la reactivación económica y el concepto de empresa y sector económico se entienden en un sentido amplio y los beneficiarios no necesariamente deben ser empresas que atiendan necesidades en el marco de la crisis? veamos un ejemplo: ¿es constitucional que el Gobierno decida invertir o darle un tratamiento financiero especial a una empresa que no tiene relación directa con el estado de excepción? y más específicamente ¿implicaría un trato desigual darle un fortalecimiento patrimonial a una empresa del sector de la aviación y no a una empresa campesina de alimentos o una empresa del sector salud?



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá

Los criterios para elegir a los beneficiarios de las medidas de inversión, de financiamiento y fortalecimiento patrimonial son discrecionales y en la práctica llevarían a muchos debates sobre tratos desiguales. La redacción de las normas es en extremo ambigua. Los recursos del FOME pueden ser destinados a empresas que, si bien necesitan alivios económicos, como muchos sectores actualmente, puede que ellos no tengan una relación directa con el estado de excepción. Ello llevaría a un dilema aparentemente falso. El Observatorio Constitucional de la U Libre insiste en que los recursos del FOME y los alivios patrimoniales deben interpretarse de forma diferencial. Se debe dar un trato prevalente a aquellos sectores económicos, empresas públicas, privadas, mixtas de origen nacional que tengan relación estricta para aliviar la crisis declarada. Por ello, solicitamos que los numerales 4 y 5 del artículo 4 en concordancia con en el inciso primero del artículo 15 del Decreto legislativo 444 de 2020 sean modulados por la Corte Constitucional. Sugerimos respetuosamente que esa modulación se haga en el entendido que toda medida de inversión, alivio económico y fortalecimiento patrimonial debe implementarse estricta y preferentemente sobre las empresas y sectores necesarios para conjurar la crisis declarada en el estado de excepción.

C. PETICIÓN

Por estas razones solicitamos a la Honorable Corte Constitucional que:

- Declare la exequibilidad de las palabras “préstamo” contenidas en el D.444/20 en el entendido que el gobierno tiene la obligación constitucional de devolver de buena fe todos los dineros y bienes que tomó de los fondos sociales.
- Declare la exequibilidad condicionada de los numerales 4 y 5 del artículo 4 en concordancia con en el inciso primero del artículo 15 del decreto legislativo 444 de 2020 en el entendido que toda medida de inversión, alivio económico y fortalecimiento patrimonial deben implementarse estricta y preferentemente sobre las empresas necesarias para conjurar la crisis declarada en el estado de excepción.

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

Tania Luna Blanco Ph.D. en Derecho

Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Calle 8 5-80, Centro de Investigaciones Socio Jurídicas

Correo: taniam-lunab@unilibre.edu.co

Javier Enrique Santander Diaz

Coordinador Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Correo: santander.javier@hotmail.com