



Honorables

Magistrados Corte Constitucional de Colombia

Magistrado ponente: **Luis Guillermo Guerrero Pérez.**

Correo: secretaria3@corteconstitucional.gov.co

REF: intervención ciudadana proceso **RE-305**

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**, **Mary Luz Tobón Tobón** profesora de derecho constitucional y miembro 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 conforme al núm. 1, del art. 242 de la Constitución Política y el art. 37 del D.2067/91¹. Intervención hecha dentro del término establecido en el Auto del 30 de junio del 2020. Este control de constitucionalidad de decretos legislativos se hace en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional -núm. 7, art.241 constitucional-.

A. Norma objeto de control automático de constitucionalidad

La norma que será controlada es el Decreto Legislativo 637/2020 de mayo 6 “Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional”

B. Consideraciones del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

En la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 uno de los debates más importantes que se dio fue el que giró en torno a los estados de excepción. Este se caracterizó por un fuerte rechazo frente al uso abusivo de los poderes excepcionales. Fruto de estos debates fue el capítulo VI de la Constitución Política de 1991. Allí encontramos una regulación extensa, llena de requisitos de forma y de fondo y de controles de todo tipo, para prevenir que a la luz de la Constitución de 1991 se excedan las atribuciones del presidente de la República, y que la “excepción” o la “anormalidad” se convierta en la “regla” o la “normalidad”.

Conforme a lo anterior aplicaremos el juicio de proporcionalidad en sentido estricto conforme a las reglas de la Corte Constitucional. Ello para determinar si la declaratoria del estado de emergencia del Decreto 637 de 2020 es constitucional o no. Para responder a este propósito, esta intervención estará dividirá en cuatro partes: en la primera se resalta la importancia del control de constitucionalidad de los estados de excepción como una garantía esencial del Estado

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 Secretaria 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”



social y democrático de derecho; en la segunda, se realiza el juicio de constitucionalidad del Decreto Legislativo 637 de 2020 realizando el análisis de los presupuestos formales y materiales de esta norma; en la tercera, se hace un análisis de las preocupaciones que tiene el Observatorio de Intervención Ciudadana con respecto al juicio estricto de constitucionalidad que debe tener la segunda declaratoria de emergencia.

1. SISTEMA DE CONTROLES DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN COLOMBIA

El Decreto Legislativo 637/2020, como cualquier norma transitoria expedida conforme a Constitución, se rige por la regla general de limitación temporal y material². 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 deberá leerse conforme a la necesidad de crear instrumentos mínimos para sostener el Estado y las futuras políticas para morigerar la crisis.

El control constitucional frente a los decretos legislativos que emanan de la declaratoria de emergencia es un control automático e integral, que deberá ser realizado por la Corte Constitucional en relación con todos decretos legislativos: el declaratorio de la emergencia y los de desarrollo, que adoptan medidas que limitan derechos fundamentales con la finalidad de recuperar el equilibrio del orden económico, social o ecológico. El Consejo de Estado conocerá del control de constitucionalidad y de legalidad de los demás decretos reglamentarios que toman medidas frente a la crisis.

El control de constitucionalidad tanto del decreto que declare y de aquellos que desarrollen los estados de excepción es integral³ 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 pública⁴.

En ese sentido, la Corte Constitucional no sólo deberá realizar un control de constitucionalidad meramente formal de los decretos, limitado a confirmar la existencia de una motivación formal del estado de excepción, la firma del presidente y los ministros y la restricción temporal, sino también material, para verificar que las medidas adoptadas no supongan una violación de las normas constitucionales, teniendo particular cuidado con los derechos fundamentales, ya que los estados de excepción de ninguna manera pueden significar su

² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-617 de 2015.

³ 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.

⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-670 de 2015. Consideración jurídica número 2.1.



vulneración. Por ello, el control material también supone que la Corte verifique que las materias reguladas en el decreto legislativo tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaración del estado de excepción, pues la falta de conexidad implica exceso en el uso de las excepcionales atribuciones legislativas del presidente, lo que obliga a declarar inconstitucional del respectivo decreto.

Pero además, el Constituyente de 1991 partió de la idea de que tal como le corresponde a un sistema constitucional democrático, es necesario crear diferentes tipos de controles para evitar la concentración de poder y las posibilidades de abuso del gobernante, por ello se creó el *control político* realizado por parte del Congreso de la República colombiano, y el *control de legalidad* realizada por la jurisdicción contencioso-administrativa, sobre los decretos legislativos realizados por el gobernador o por los alcaldes, con la finalidad de adoptar las medidas necesarias para recuperar el orden o la normalidad.

Cabe resaltar que dichos controles, no resultan excluyentes, sino que son complementarios, en consecuencia, el control de legalidad, pese a ser un control de carácter jurídico, no presenta incompatibilidad alguna con el control que ejerce la Corte Constitucional, porque la competencia para llevar a cabo el control de estos está radicada en *diferentes entidades*, con *distintas jurisdicciones* y sobre *normas* que difieren tanto en su contenido formal como material.

Por lo anterior, los decretos legislativos están sujetos a tres tipos de controles distintos: uno por la Corte Constitucional, otro por el Congreso de la República, y otro de legalidad, realizado por la jurisdicción contencioso-administrativa, sobre los decretos legislativos realizados por el gobernador o por los alcaldes. Estos controles tienen la finalidad de revisar las medidas necesarias para recuperar el orden o la normalidad, ante la inmensa cantidad de normativa⁵ que ha sido expedida a partir de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional. Teniendo esto claro, le solicitamos a la Honorable Corte Constitucional que además del control constitucional de esta norma, que es el decreto madre, puedan garantizarse el control constitucional automático de los demás decretos de desarrollo de esta declaratoria, que han sido expedidos por las distintas autoridades, y que de una u otra forma limitan o restringen derechos fundamentales de los ciudadanos. Así mismo, pedimos que se garantice el control político realizado por parte del Congreso de la República y el control de la legalidad de los demás decretos reglamentarios, que, aunque no invoquen la emergencia, y sean normas ordinarias, tienen conexidad material con el Decreto madre 637 de 2020, y toman medidas para enfrentar la crisis causada por el Covid-19.

2. JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO LEGISLATIVO 637/2020, MEDIANTE EL CUAL EL PRESIDENTE DECLARÓ EL ESTADO DE EMERGENCIA, SOCIAL Y ECOLÓGICA, O DE GRAVE CALAMIDAD PÚBLICA EN COLOMBIA A PARTIR DEL 6 DE MAYO DE 2020

⁵ Para ver la normatividad expedida a partir de la declaratoria de emergencia se puede consultar la página <http://www.regiones.gov.co/Inicio/COVID-19.html#features11-3k>.



En las sentencias C-135 de 2009, C-1032 de 2010, C-156 de 2011 y C-216 de 2011, Sentencia C-670 de 2015, la Corte Constitucional de Colombia recogió las características que reviste el estado de emergencia económica, social y ecológica, o de grave calamidad pública (art. 215 C.P.). Ello siguiendo los precedentes constitucionales sentados por la misma Corte Constitucional desde el inicio de sus funciones y en especial de las sentencias C-004 de 1992, C-447 de 1992, C-179 de 1994, C-366 de 1994, C-122 de 1997, C-122 de 1999 y C-216 de 1999. Desde la Sentencia C-004 de 1992, la Corte Constitucional ha precisado que la declaratoria del estado de emergencia, al tenor del artículo 215 C.P., debe cumplir con unos presupuestos estrictamente formales y otros presupuestos materiales que han sido decantados por la jurisprudencia constitucional, en concordancia con la Ley 137/1994. A continuación, aplicaremos esas reglas.

2.1 EXAMEN FORMAL DEL DECRETO 637/2020

El control de constitucionalidad formal del Decreto Legislativo Declaratorio del Estado de Excepción 637/2020⁶ analiza, al menos, cuatro 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.

Consideramos que el Decreto legislativo 637/2020 Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, cumple con todos los presupuestos formales que exige el ordenamiento jurídico para poder llevar a cabo la declaratoria del estado de excepción de emergencia social y ecológica, o de grave calamidad pública:

- I. *El decreto está firmado tanto por el presidente de la República como de sus 18 ministros*⁷;
- II. *El decreto está debidamente motivado*, y sus razones de manera especial obedecen a la crisis que emerge en Colombia y en los demás países del mundo globalizado, por la presencia del coronavirus, la cual es una pandemia, generada por la infección del COVID-19, y que ha sido reconocida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) a partir del 11 de marzo de 2020. En esa medida de manera formal el decreto está motivado, porque el Gobierno Nacional invoca motivos y causas diferentes a la primera declaratoria, motivos que no solo atienden a la salud pública, el deterioro y la crisis que vive la economía nacional e internacional, causada por el Covid-19, sino que el presidente toma en consideración otros hechos relacionados con los impactos en el

⁶ 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.”

⁷ Información tomada de: <https://id.presidencia.gov.co/Gobierno/mininterior>



orden social y económico que han generado **las medidas adoptadas para conjurar la crisis** tales como el aislamiento preventivo, y las demás medidas que afectan el orden económico y el orden social.

III. *El ámbito territorial* de aplicación, según el art. 1 del D.637/2020, será en todo el territorio nacional;

IV. *El ámbito temporal* de aplicación, según el art. 1 del D.637/2020, será de 30 días calendario contados desde el miércoles 6 de mayo hasta el sábado 6 de junio del 2020, toda vez que la declaratoria de emergencia solo podrá darse durante 30 días calendario, y estos treinta días, sumados a los de la primera declaratoria, no exceden el límite constitucional de 90 días consagrado en el artículo 215 de la Constitución de 1991.

V. *Convocatoria al Congreso*: Según el artículo 215 de la Constitución Política el presidente “convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término”. Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado que, si el Congreso está reunido y sesionando para el momento en que se declara el Estado de Emergencia, no es necesario que se realice su convocatoria⁸. En este caso, el Congreso ya se encontraba sesionando, por lo que no es necesario que el Gobierno lo convoque.

VI. *Notificación a los órganos internacionales territoriales*: De acuerdo con el artículo 16 de la Ley 137 de 1994, el Gobierno debe enviar al Secretario General de la Organización de Estados Americanos y al Secretario General de las Naciones Unidas una comunicación de la declaratoria del estado de excepción y los motivos de la misma. En este caso, el 7 de mayo de 2020 se remitió copia del Decreto Legislativo 637 de 2020 a la Secretaría General de las Naciones Unidas y a la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de Estados Americanos⁹.

VII. *Remisión del decreto a la Corte Constitucional*: El decreto fue radicado en la Corte Constitucional el 7 de mayo del 2020, exactamente un día después de la publicación del decreto en el Diario Oficial.

2.2 EXAMEN MATERIAL DEL DECRETO 637/2020

Para la verificación del cumplimiento del examen material, la Corte analizará si la declaratoria del estado de emergencia se encuentra fundada en los presupuestos establecidos por el artículo 215 de la Constitución colombiana, es decir, si se configuran: 1) el *presupuesto fáctico*, consistente en la ocurrencia de hechos sobrevinientes que perturben o amenacen perturbar el orden económico, social y ecológico, o que constituya grave calamidad pública; 2) el *presupuesto*

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-447/1992 (jul 9), M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, acápite VIII, numeral. 2.

⁹ La copia del oficio del 11 de mayo de 2020 remitido por la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República al presidente de la Corte Constitucional, informándole acerca del cumplimiento de este deber se encuentra disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=15316>.



valorativo, es la explicación por parte del Gobierno de por qué la perturbación o la amenaza de perturbación al orden económico, social, ecológico o la calamidad pública es grave e inminente; y 3) el *presupuesto de necesidad o de insuficiencia de las medidas ordinarias para enfrentar la crisis*, indicando las razones por las cuales la perturbación o amenaza de perturbación grave e inminente del orden económico, social y ecológico, o la grave calamidad pública, no puede ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales¹⁰.

2.2.1 EL PRESUPUESTO FÁCTICO

Según la Sentencia C-670/2015 el presupuesto fáctico se desagrega, a la vez, en tres componentes: (i) *el juicio de realidad de los hechos invocados*, (ii) *el juicio de identidad de dichos hechos como constitutivos de un estado de emergencia*, y (iii) *el juicio de sobrevenida de tales hechos*. Se procederá a continuación a efectuar estos tres juicios de constitucionalidad.

2.2.1.1 Juicio de realidad de los hechos invocados

El juicio de realidad consiste en la determinación de que los hechos que dan lugar a la declaratoria de emergencia efectivamente existieron, es decir, que se generaron objetivamente en el mundo de los fenómenos reales. Se trata de un examen eminentemente objetivo; en palabras de la Corte, "la metodología que debe ser empleada es una verificación positiva de los hechos", por lo cual "no se trata entonces de un análisis de valoración de la alteración del orden social, económico y ecológico o de la circunstancia sobrevenida de los mismos, sino una verificación objetiva de la existencia de la amenaza o de la perturbación".

El Decreto 637 de 2020, *cumple con el juicio de realidad de los hechos invocados*. Para el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional, si realizamos un juicio sobre la realidad de los hechos que invoca el presidente salta a la luz la veracidad de los mismos, y es indudable su justificación. En un corto plazo de tiempo la pandemia generada por el COVID-19, ha producido miles de muertos y de contagios en los distintos países, a la fecha 4 de julio de 2020, 525.000 personas han fallecido por coronavirus y 11.100.000 de personas han sido contagiadas. Estas cifras son claras para establecer *la realidad de los hechos invocados* por el presidente tanto en la primera como en la segunda declaratoria de emergencia, porque a la fecha no se ha encontrado la vacuna. Es también indudable que para prevenir el contagio del coronavirus las distintas medidas que ha tomado el Gobierno, como el aislamiento, y la cuarentena, más que necesarias, son pertinentes, y están encaminadas a prevenir la propagación de la epidemia.

Valga resaltar, que los motivos de la segunda declaratoria son distintos a la primera, pues no solo atienden a la salud pública, el deterioro y la crisis que vive la economía nacional e internacional, causada por el Covid-19, sino que el presidente toma en consideración otros hechos relacionados con los impactos en el orden social y económico que han generado las medidas

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-216 de 2011.



adoptadas para conjurar la crisis, tales como la crisis de la economía nacional, la reducción del crecimiento financiero, la crisis de las empresas que no tienen recursos para pagar la nómina de sus empleados, el incremento de la tasa de desempleo, que ha llegado a su punto más alto en la última década, de acuerdo con el DANE, la afectación grave de los sectores comercial, turístico, aeronáutico y de transporte, de acuerdo con el DANE y Migración Colombia, la reducción del precio del petróleo y la caída de las exportaciones minero-energéticas, de acuerdo con el DANE, y la afectación del acceso a la educación en niños y niñas. Aunado a ello la extensión del aislamiento obligatorio ha traído un importante incremento del desempleo, y una grave afectación a las empresas.

En ese sentido, no queda duda de que todos estos hechos han ocurrido. Para el Observatorio este juicio se encuentra superado.

2.2.1.2 Juicio de identidad de dichos hechos invocados en la declaratoria del estado de emergencia

La jurisprudencia constitucional ha explicado que el juicio de identidad consiste en la constatación de que los hechos invocados como sustento de la declaratoria del estado de emergencia efectivamente corresponden a aquéllos que la Constitución previó como detonantes específicos de esta modalidad de estado de excepción. Dada la forma como está redactado el artículo 215 de la Carta, esta constatación se realiza por vía negativa – esto es, verificando que los hechos invocados no correspondan a aquellos que darían lugar a la declaratoria de un estado de guerra exterior, o de un estado de conmoción interior. En palabras de esta Corte, “corresponde al juez constitucional determinar si los hechos causales de la perturbación no son asimilables a los actos de agresión o guerra externa en que se basa el Estado de Guerra Exterior (C.P., 212), ni consistan en actos lesivos de la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana, que integran la noción de orden público político y fundamentan el Estado de Conmoción Interior (C.P., 213).”¹¹

Para el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional, el presidente de la República obró razonablemente dentro su margen de apreciación de los hechos que originaron la segunda declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica bajo el artículo 215 Superior. En efecto: no se trata de una situación de guerra exterior, ni de una grave perturbación que atenta de manera eminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana que da pie a que se pueda declarar el estado de conmoción interior. En este caso, hay una pandemia que atenta gravemente contra la salud, la dignidad y la integridad de los colombianos, y la pandemia amenaza perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social o ecológico del país.

¹¹ Sentencia C-156 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.



Por todo lo anterior, la norma cumple a cabalidad con el juicio de identidad de la declaratoria de emergencia.

2.2.1.3. Juicio de sobreviniencia de los hechos invocados

Según la sentencia C-670 de 2015 el requisito de sobreviniencia exige que los hechos invocados tengan un carácter repentino, inesperado, imprevisto, anormal o extraordinario. La naturaleza sobreviniente de estos hechos fue explicada en la sentencia C-216 de 1999 en los siguientes términos:

“los acontecimientos, no sólo deben tener una entidad propia de alcances e intensidad traumáticas, que logren conmocionar o trastocar el orden económico, social o ecológico, lo cual caracteriza su gravedad, sino que, además, deben constituir una ocurrencia imprevista, y por ello diferentes a los que se producen regular y cotidianamente, esto es, sobrevinientes a las situaciones que normalmente se presentan en el discurrir de la actividad de la sociedad, en sus diferentes manifestaciones y a las cuales debe dar respuesta el Estado mediante la utilización de sus competencias normales”

Sobre el carácter “sobreviniente” de los hechos, la Corte en principio lo ha asimilado a los vocablos novedoso, imprevisible, impredecible e irresistible¹². Los hechos sobrevinientes que posibilitan la declaración del estado de emergencia no pueden tener cualquier naturaleza, dada la temporal asunción de la función legislativa y la restricción de las libertades y garantías individuales¹³. La aparición del coronavirus es un hecho sobreviniente, novedoso, extraordinario pues solo a partir del mes de enero el mundo entero tiene conocimiento de esta pandemia. En la actualidad todo el mundo está en crisis y más allá de las medidas adoptadas por los distintos gobiernos, confinamiento, aislamiento, cuarentena, restricción a las libertades de circulación, y algunas medidas de carácter económico y social, para Colombia y los demás países esta ha sido una situación peligrosa, anormal que ha puesto la tela de juicio incluso la vocación misma del Estado y sus fines esenciales.

La aparición del coronavirus no es una situación normal, crónica o estructural del estado colombiano, pues su aparición es reciente, y despoja cualquier posibilidad de que pueda ser contrarrestado con las medidas de la normalidad, pues es urgente que el Gobierno pueda disponer de la potestad discrecional para tomar de manera urgente las medidas que considere necesarias, para prevenir el contagio, y garantizar la salud, la vida, la integridad y la dignidad de los

¹² Los acontecimientos deben constituir una ocurrencia imprevista, y por ello diferentes a los que se producen regular y cotidianamente, esto es, sobrevinientes a las situaciones que normalmente se presentan en el discurrir de la actividad de la sociedad, en sus diferentes manifestaciones y a las cuales debe dar respuesta el Estado mediante la utilización de sus competencias normales. Ver Sentencias C-004 de 1992, C-122 de 1997, C-122 de 1999, C-135 de 2009 y C-254 de 2009.

¹³ Ver TOBÓN TOBÓN, Mary Luz. (2019), Los estados de excepción: imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Biblioteca de tesis doctorales. Bogotá, Grupo Editorial Ibañez.



colombianos. En ese sentido, no queda duda de que en la actualidad nos encontramos ante una crisis económica y social derivada de la pandemia, que supera los acontecimientos y efectos previstos por el Decreto 417 de 2020, y además los hechos que invoca el Gobierno Nacional en este decreto constituyen hechos novedosos, impensables e inusitados, debido a la fuerte caída de la economía colombiana y mundial, que han conducido al aumento del desempleo en el país, agudizando la crisis económica y social que vive el país. En consecuencia, este juicio queda superado.

No obstante, le preocupa al Observatorio que muchas de las medidas dictadas por el Gobierno se incorporen al ordenamiento jurídico de manera indefinida, sin tener en cuenta que fueron medidas tomadas para confrontar la crisis causada por el Covid-19. En consecuencia, se le advierte a la Honorable Corte Constitucional que la pandemia no puede considerarse como un fenómeno excepcional de manera indefinida, y las normas tampoco deberán seguir rigiendo. Una vez sea restablecida la normalidad, las medidas adoptadas mediante decretos legislativos y otras normas ordinarias deberán salir del ordenamiento jurídico. En otras palabras, la crisis actual tiene la vocación de extenderse en el tiempo, y no podrá ser considerada indefinidamente como excepcional, ni sus efectos como imprevisibles. En esa medida es una tarea de todos establecer un marco constitucional adecuado que nos permita garantizar los derechos y las libertades de todos aun en tiempos de pandemia.

2.2.2 EL PRESUPUESTO VALORATIVO

Para poder analizar este presupuesto se deberán realizar dos juicios: i) un juicio sobre la gravedad de la afectación y el otro ii) sobre la necesidad de las medias extraordinarias adoptadas en la declaratoria de emergencia.

2.2.2.1. Juicio de gravedad de la afectación

En el estado de emergencia este presupuesto se refiere a la perturbación o la amenaza de perturbación *en forma grave e inminente* del orden económico, social y ecológico, o de grave calamidad pública. En efecto, la Constitución señala que la emergencia podrá declararse frente a hechos sobrevinientes que perturben o amenacen perturbar “*en forma grave e inminente*” el orden económico, social y ecológico, o que constituya “grave” calamidad pública (art. 215 C.P.)¹⁴.

Según la Corte Constitucional, el presupuesto valorativo ya no refiere al supuesto de hecho que motiva la declaratoria, sino que, comprende un juicio de valor sobre el supuesto fáctico. Es decir, se trata de una valoración relacionada con la intensidad de la perturbación y sus consecuencias, que le corresponde al presidente de la República. De ahí que cualquier perturbación del orden económico no da lugar a la declaratoria del estado de emergencia sino aquella que revista

¹⁴ Sobre el alcance de este presupuesto ver sentencia C-135 de 2009. M.P Humberto Sierra.



de “gravedad” e “inminencia”, o que constituya “grave” calamidad pública¹⁵. Supuesto valorativo que no impide al juez constitucional proceder a un examen objetivo para determinar si fue arbitrario o no, o fruto de un error manifiesto¹⁶.

De esta forma, el papel de la Corte se debe enfocar ya no sobre los hechos detonantes de la declaratoria de emergencia, *sino sobre sus efectos, impactos y consecuencias en la sociedad colombiana en términos económicos, sociales o ecológicos*. Así mismo, para medir la afectación generada por los hechos debe tenerse como parámetro el grado de afectación de los derechos fundamentales de las personas que habitan el país, teniendo en cuenta las valoraciones históricas de lo que constituye una situación de normalidad o anormalidad en el contexto nacional¹⁶.

Para el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional es evidente que el coronavirus es una pandemia que afecta gravemente a la población colombiana, es tan *grave e inminente* que afecta la salud, la vida, la integridad, el empleo, el abastecimiento de bienes básicos, la economía y el bienestar de todos los habitantes del territorio nacional, por lo que es absolutamente necesario que el Gobierno pueda contar con las herramientas legales necesarias para enfrentar de manera eficaz la actual crisis, y en esa medida esta declaratoria cumple con este presupuesto, pues objetivamente la población colombiana está en riesgo por la amenaza grave e inminente del COVID-19.

De esta forma, el presidente de la República de Colombia, lejos de haber incurrido en un error de apreciación o en una arbitrariedad valorativa en cuanto a la gravedad de la declaratoria de emergencia, ejerció correctamente su potestad, dentro del margen razonable de análisis que le corresponde. Frente a una situación de este nivel de profundidad en la afectación masiva de los derechos constitucionales de los ciudadanos, tales como el derecho a la libertad de locomoción, el mínimo vital, el trabajo, la educación, la salud, la libertad económica y de empresa. Estas afectaciones se traducen en un impacto negativo general en la economía y el desarrollo social de país. Por todas estas razones, el Observatorio concluye que el juicio de gravedad se entiende adecuadamente satisfecho.

2.2.2.2. Juicio de necesidad de las medidas extraordinarias

El juicio de necesidad –o test de subsidiariedad- de las medidas de emergencia consiste, según lo ha desarrollado la jurisprudencia, en la determinación de si las atribuciones ordinarias con las que cuentan las autoridades estatales resultan insuficientes para hacer frente a las circunstancias detonantes de la crisis, y por ende se hace necesario recurrir a las atribuciones extraordinarias propias de un estado de excepción constitucional. Conforme a la Corte, “para la revisión del Decreto declaratorio de los estados de excepción, la Corte Constitucional ha ido desarrollando un análisis en tres pasos: (i) verificar la existencia de medidas ordinarias; (ii)

¹⁵ CORTE Constitucional. Sentencia C-802 de 2002. M.P. Jaime Córdoba.

¹⁶ Cfr. Sentencia C-135 de 2009. M.P. Humberto Sierra.



establecer si dichas medidas fueron utilizadas por el Estado; (iii) determinar la insuficiencia de estas medidas para superar la crisis”¹⁷. Este presupuesto “se desprende de los principios de necesidad y proporcionalidad contenidos en la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, y ha sido ampliamente reconocido por la jurisprudencia constitucional según la cual sólo se puede acudir al estado de emergencia cuando las herramientas jurídicas ordinarias a disposición de las autoridades estatales no permitan conjurar la grave perturbación del orden económico, social y ecológico, o de grave calamidad pública¹⁸.

En suma, y por tratarse de la segunda declaratoria de Estado de Emergencia, es necesario analizar la insuficiencia de las medidas extraordinarias decretadas en la primera emergencia²³. En este caso, se advierte que ninguna de las medidas tomadas en el marco constitucional de la primera declaratoria, y en el marco de la emergencia sanitaria decretada mediante la Resolución 385 de 2020 por el Ministerio de Salud y Protección Social son suficientes para restaurar el orden económico y el orden social que se ha visto afectado gravemente por la pandemia. De ahí que las facultades ordinarias del presidente sean insuficientes para tomar medidas en todos los ámbitos que se requiere, y que el Congreso, en esta situación tan especial, pueda adelantar los trámites legislativos pertinentes, para dar una respuesta constitucional adecuada a partir de las dos declaratorias que ya se han dado, pues se vislumbra que la pandemia va para largo, pues hasta la fecha no tenemos ninguna vacuna, el contagio cada vez es mayor, y las medidas adoptadas solo son pañitos de agua para enfrentar la crisis.

Algunos ejemplos de la insuficiencia de las medidas son la continua violación a los derechos fundamentales de las personas o grupos vulnerables tales como el salario mínimo vital, el trabajo, la libertad de locomoción, la libertad de empresa, el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, los derechos de los niños, niñas, adolescentes, migrantes, mujeres, comunidades indígenas, comunidad LGTBI siguen siendo vulnerados. A la fecha, no se han adoptado medidas suficientes para garantizar estos derechos y las necesidades básicas de los colombianos.

Para el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional, realizando un análisis global de la pandemia y de la suficiencia de los poderes ordinarios para enfrentarla, es claro que en Colombia el Gobierno no tiene mecanismos jurídicos ordinarios para afrontar este suceso imprevisto. En ese sentido, la segunda declaratoria de emergencia cumple las reglas del juicio de necesidad sobre las medidas extraordinarias, pues dentro de los mecanismos de la normalidad no existe uno que sea efectivo e idóneo que le permita al Gobierno tomar medidas necesarias y urgentes, para enfrentar la pandemia y las consecuencias inmediatas que se derivan de ella, a nivel económico, social, y político. Por ello, más que necesaria, la declaratoria es oportuna. La no declaración nos llevaría a un escenario de la normalización de los poderes excepcionales, que no soporta la democracia ni los pilares fundamentales del Estado social de derecho.

¹⁷ Sentencia C-156 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁸ Sentencia C-135 de 2009. M.P. Humberto Sierra.



3. PREOCUPACIONES CIUDADANAS CON RESPECTO AL JUICIO ESTRICTO DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA SEGUNDA DECLARATORIA DE EMERGENCIA

El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional encuentra que con el decreto declaratorio bajo revisión no se ha incurrido en suspensión de los derechos humanos conforme al artículo 214 numeral 2 de la Constitución, y si bien se han limitado algunos derechos fundamentales durante la cuarentena y el aislamiento, se ha protegido el núcleo esencial de los mismos (artículo 6 de la Ley 137 de 1994), pues la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica es una medida que se orienta a garantizar los derechos humanos de miles de personas que podrían ser contagiadas y morir por causa del COVID-19.

Consideramos que la actuación del presidente de la República sobre la situación es acertada, en tanto, como nos muestra la experiencia comparada de países como China, Italia y España, los mecanismos más efectivos de contención de la pandemia implican el aislamiento social. Ello necesariamente genera una restricción a derechos fundamentales al tiempo que tiene efectos considerables y negativos sobre la economía. Pero esta restricción de derechos, resulta justificada en la medida en que es de la naturaleza del estado de excepción limitar derechos, siempre y cuando utilizando el principio de proporcionalidad las medidas que se adoptan no sean irrazonables o poco proporcionales para enfrentar la pandemia, y mitigar o reducir los efectos que tienen este tipo de mecanismos de contención del virus sobre la economía del país.

Si bien, en virtud de las razones expuestas, consideramos que el Decreto Legislativo 637 de 2020 es constitucional, queremos dar a conocer algunas reflexiones del Observatorio de Intervención Ciudadana, toda vez que la segunda declaratoria tiene cerca de 12 medidas normativas que trazan la agenda pública del Gobierno para tratar esta nueva fase de la emergencia. Algunas de ellas nos preocupan, por las siguientes razones:

La primera de ellas es la manifestación clara de enajenación de activos de la nación. Al Observatorio le preocupa la intención de enajenar bienes de forma apresurada y desconociendo las reglas para la democratización y participación de sectores sociales en tal proceso. La preocupación se centra en que el Gobierno use sus competencias extraordinarias para evadir las reglas ordinarias de enajenación democrática de bienes y desconozca la Constitución, la ley y la moralidad administrativa [L.226].

La segunda medida preocupante, que se debe leer sistemáticamente con el nuevo decreto de aislamiento -el Decreto 535/2020-, son las medidas desproporcionales que afecten derechos fundamentales. La realidad les ha demostrado a las instituciones, en especial al Gobierno Nacional, que las medidas normativas restriccióncitas son insostenibles en el largo tiempo. Un juez de Bogotá protegió los derechos a la libertad de circulación de todos los adultos mayores de 70 años residentes en Colombia por las restricciones de movilidad en razón a la edad originadas en decretos de estado de excepción. Las órdenes se centraron en la inaplicación de varias normas



restricciones¹⁹. Si bien este debate no está clausurado, si es un ejemplo de lo que pasa: no todas las limitaciones normativas son necesarias para conjurar la crisis y muchas se han expedido con premura y sin medir las consecuencias y grandes excesos institucionales. Consideramos que esto pasa, por un indebido y apresurado uso de las facultades normativas del estado de excepción. El Gobierno, legitimado por el poder extraordinario, usa su función normativa para eludir controles y tomar medidas desproporcionales y poco razonables, afectando el contenido o núcleo esencial de los derechos.

Insistimos haciendo una petición de integración normativa. El Observatorio le solicita a la Corte realizar el control constitucional automático de los demás decretos o normas de desarrollo que surjan a partir de la declaratoria de emergencia y que eludieron el control constitucional de la Corte. Ello se hizo al intervenir en el proceso de control de constitucionalidad del Decreto Legislativo 417 de 2020 y lo hacemos nuevamente aquí. La Sala Plena en la sentencia C-145 del 2020 no resolvió el asunto. La única manifestación de esta corporación fue la aclaración de voto del Magistrado Rojas. Coincidimos en que la Corte Constitucional no debió flexibilizar sus competencias para controlar decretos ordinarios expedidos al margen del estado de excepción. Se reitera esta petición de integración normativa. Los decretos legislativos declaratorios del estado de excepción y aquellos decretos que los desarrollen, son válidos solo si se respetan los sistemas de pesos y contrapesos del sistema normativo. Si ello se hace correctamente, el control de constitucionalidad será integral. No hacerlo llevaría a que esta clase de controles sean deficitarios democráticamente e incompletos técnicamente pues se dejarían sin control disposiciones jurídicas incompletas. Por ejemplo: la resolución 844 del Ministerio de Salud del 26 de mayo prorrogó la emergencia sanitaria. Esta prórroga contiene sendas limitaciones a derechos fundamentales como limitaciones de movilidad a personas mayores, intervenciones en el espectro electromagnético, modificaciones a EPS's, entre otras medidas normativas que dotan de amplios poderes al Gobierno por intermedio de sus ministerios. La duda que planteamos es: ¿por qué recurrir a resoluciones ministeriales para limitar derechos fundamentales y morigerar la crisis de un estado de emergencia sin acudir a las vías normativas que la Constitución da? Esta elusión del control de constitucionalidad es nociva para la democracia. Estos decretos ordinarios se dictan invocando la crisis del estado de excepción para eludir los controles de la Corte. Estas normas materialmente son necesarias para conjurar una crisis, pero se dictan al margen de la Constitución con el fin de limitar derechos fundamentales. La Corte Constitucional tiene la competencia para hacer controles más estrictos a partir del control de la declaratoria “el decreto madre” y en aras del mismo, controlar todos aquellos decretos reglamentarios, que son normas ordinarias y por lo tanto eluden el control constitucional automático.

5. Petición

¹⁹ Juzgado sesenta y uno administrativo del circuito judicial de Bogotá -sección tercera- sentencia de tutela No. 061 Bogotá D.C., 02 de julio de 2020. Rad: 110013343-061-2020-00111-00. Accionante: Rudolf Manuel Hommes Rodríguez y Otros. Accionado: Nación - Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y Otros.



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá

Con base en lo expuesto anteriormente, solicitamos a la Honorable Corte Constitucional declarar exequible el Decreto legislativo 637 de 2020.

Integrar normativamente al control de constitucionalidad del Decreto Legislativo 637 del 2020 los decretos, resoluciones o circulares ministeriales o de otras autoridades nacionales, cuya fuerza material sea de rango legislativo, y que adopten medidas en las que se restrinjan desproporcionalmente los derechos fundamentales. Esta integración oficiosa es válida a partir de la interpretación dos de sus competencias. La primera, la de control judicial oficioso en estados de excepción²⁰ y la segunda su competencia ordinaria de controlar normas donde “no es posible pronunciarse respecto de una norma expresamente demandada [**controlada**], sin referirse también a la constitucionalidad de otras disposiciones con las cuales se encuentra íntimamente relacionada”²¹ (palabra añadida y resaltada propia).

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

Mary Luz Tobón Tobón

Ph.D en Derecho Constitucional

Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Correo: maryltobon@gmail.com

Javier Enrique Santander Diaz

Coordinador Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

C.C. 1014255131 - Tel. 3104861528 - Correo: santander.javier@hotmail.com

²⁰ Oración segunda del párrafo del art. 215 de la Constitución Política de Colombia.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-149 de 2018 y el artículo 6º del Decreto 2067 de 1991.