



Honorables magistrados

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrado ponente. **Sr. José Fernando Reyes Cuartas.**

secretaria3@corteconstitucional.gov.co

Referencia: intervención ciudadana proceso **RE-232**

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** profesora de la Universidad Libre, **miembro del Observatorio** y **Javier Enrique Santander Díaz** actuando como ciudadano y **coordinador del Observatorio**, respetuosamente presentamos ante la Honorable Corte Constitucional la siguiente intervención con ocasión del control automático de constitucionalidad *del Decreto Legislativo 417 del 18 de marzo del 2020 Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional.*

A. Norma objeto de control automático de constitucionalidad

La norma que será controlada es el Decreto Legislativo 417/2020 de marzo 17 “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 417 de 2020 es constitucional o no. Para responder a este propósito, esta intervención estará dividida 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 social y democrático de derecho; en la segunda, se realiza el juicio de constitucionalidad del Decreto Legislativo 417 de 2020 realizando el análisis de los presupuestos formales y materiales de esta norma; en la tercera, se hace un control estricto de constitucionalidad frente a otros mandatos y prohibiciones constitucionales y en la última parte se proponen algunas observaciones finales a la Honorable Corte al momento de que esta realice el control constitucional del referido decreto.

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

El Decreto Legislativo 417/2020, como cualquier norma transitoria expedida conforme a Constitución, se rige por la regla general de limitación temporal y material¹. 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

¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-617 de 2015.



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 integral² 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 pública³.

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 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 los mismos, 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 normativa⁴ que ha sido expedida a partir de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio

² 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.

³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-670 de 2015. Consideración jurídica número 2.1.

⁴ 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>.



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 emanados por las autoridades públicas que de una u otra forma han limitado o suspendido 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 han sido emitidos con ocasión de la emergencia, aunque no se invoque en muchos casos, por parte de la jurisdicción contencioso administrativa.

2. JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO LEGISLATIVO 417 DE 2020, MEDIANTE EL CUAL EL PRESIDENTE DECLARÓ EL ESTADO DE EMERGENCIA, SOCIAL Y ECOLÓGICA, O DE GRAVE CALAMIDAD PÚBLICA EN COLOMBIA A PARTIR DEL 17 DE MARZO DE 2020

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 EN EL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO 417 DE 2020

El control de constitucionalidad formal del Decreto Legislativo Declaratorio del Estado de Excepción 417 de 2020⁵ 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 417 del 18 de marzo del 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 ministros⁶;

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. No cabe duda de que está

⁵ 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."

⁶ Información tomada de: <https://id.presidencia.gov.co/Gobierno/mininterior>



pandemia genera un grave riesgo para la vida, la dignidad humana y la integridad de todos los colombianos, y Colombia ni los demás Estados, personal de la población, pueden enfrentar la crisis usando las medidas de la normalidad, siendo necesario recurrir al uso de los poderes excepcionales, que permitan tomar medidas idóneas para enfrentar la crisis. En suma, los motivos de la declaratoria atienden a la salud pública, el deterioro y la crisis que vive la economía nacional e internacional, sin que exista una respuesta adecuada dentro de la normalidad.

III. *El ámbito territorial* de aplicación, según el art. 1 del D.417/20, será en todo el territorio nacional;

IV. *El ámbito temporal* de aplicación, según el art. 1 del D.417/2020, será de 30 días calendario contados desde el martes 17 de marzo del 2020 hasta el jueves 16 de abril del 2020.

V. El decreto fue enviado de la Presidencia de la República a la Corte Constitucional el 18 de marzo del 2020, exactamente un día después de adoptada la medida.

Hay dos puntos formales restantes: la notificación a órganos internacionales competentes y la convocatoria del Congreso para control político. Frente al primero, desconocemos si el Gobierno colombiano envió algún comunicado a la Secretaría de la OEA u otro órgano internacional pues el Decreto legislativo 417/2020 no tiene motivaciones al respecto, ni órdenes puntuales⁷. Si se llega a considerar esto como un vicio en su formación pensamos que es intrascendente y no condiciona su constitucionalidad. Frente al segundo requisito, la convocatoria a control político del Congreso, la situación actual hace necesario interpretar este punto, en la medida en que, si bien este decreto de declaratoria fue expedido un día después de iniciar la legislatura en el periodo ordinario, se sobreentiende que el Congreso está reunido. Sin embargo, por las circunstancias de la crisis, el Congreso no se ha podido reunir y el Presidente tampoco los puede convocar pues la legislatura no está suspendida. Este escenario es complejo y debe atender a la realidad política y social. Por ello, la Corte Constitucional debe proteger el principio democrático e interpretar este requisito formal de forma flexible. Pero, no se debe olvidar el control político que tiene el Congreso y la responsabilidad del Gobierno en momentos de crisis. No puede olvidarse, además, que desde que se expidió la Constitución de 1991, el Congreso no ha ejercido un control político eficaz sobre las declaratorias de los estados de excepción, siendo la Corte Constitucional la llamada a ejercer un control constitucional idóneo o efectivo, porque el control político frente a los poderes excepcionales siempre se ha caracterizado por su ausencia.

2.2 EXAMEN MATERIAL EN EL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO 417 DE 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 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

⁷ Ley 137 de 1994, Art. 16: "INFORMACIÓN A LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES. De acuerdo con el artículo 27 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y el artículo 4o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al día siguiente de la declaratoria del estado de excepción, el Gobierno enviará al Secretario General de la Organización de Estados Americanos y al Secretario General de las Naciones Unidas, una comunicación en que dé aviso a los Estados Partes de los tratados citados, de la declaratoria del estado de excepción, y de los motivos que condujeron a ella. Los decretos legislativos que limiten el ejercicio de derechos, deberán ser puestos en conocimiento de dichas autoridades. Igual comunicación deberá enviarse cuando sea levantado el estado de excepción".



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 estatales⁸.

2.2.1 EL PRESUPUESTO FÁCTICO

En el presupuesto fáctico, la Corte hace una lectura de los hechos que fundamentan el estado de excepción y que aparecen esbozados en la declaratoria, de la misma manera elabora una posterior verificación de su ocurrencia. Cuando la Corte⁹ estudia las características del análisis del presupuesto fáctico, “le da mucho peso a los elementos probatorios para identificar los factores generadores de la crisis que dan lugar al estado de excepción. Identificados los hechos, la Corte examina si se trata de hechos relevantes (...) de hechos determinantes (...) de hechos nuevos o sobrevinientes...”. Según el artículo 215 de la Constitución, el estado de emergencia se declarará “*cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico, o que constituyan grave calamidad pública. El artículo 215 de la Constitución establece como uno de los presupuestos materiales para la declaratoria del estado de emergencia “la presencia de hechos sobrevinientes y extraordinarios”*. Este presupuesto está sujeto a un juicio objetivo de existencia por el juez constitucional en cuanto a la ocurrencia de los hechos invocados, toda vez que, si ello no se presenta, la declaratoria deviene en inconstitucional. De igual manera, dicho presupuesto se agota con la comprobación del carácter sobreviniente de los hechos, que también es de índole objetivo¹⁰.

El Decreto 417 de 2020 cumple con el presupuesto fáctico. La aparición del COVID-19 es un hecho sobreviniente y extraordinario, pues es un virus que pone en un riesgo grave la salud, la dignidad y la integridad de los habitantes del territorio colombiano, y en general de todo el mundo. La pandemia por el coronavirus es una amenaza latente para toda la comunidad internacional, y es un hecho distinto al que podría darse como presupuesto fáctico para declarar el estado de guerra exterior o conmoción interior tal como lo afirma el artículo 215 de la Constitución Política de 1991.

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 sobreviniencia 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 sobreviniente de los mismos, sino una verificación objetiva de la existencia de la amenaza o de la perturbación”.

⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-216 de 2011.

⁹ Clara Elena Reales Gutiérrez. “El control de los decretos declaratorios de los estados de excepción”, en Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 615 y ss.

¹⁰ Sin duda alguna, de los artículos 215 superior y 2º de la LEEE, se desprende que los hechos invocados en la declaratoria del estado de emergencia deben tener una doble calificación, esto es, deben ser sobrevinientes y extraordinarios. Al respecto ver sentencia Corte Constitucional, C-135 de 2009.



El Decreto 417 de 2020, cumple con el juicio de realidad de los hechos invocados. El Gobierno se vio obligado a declarar la emergencia porque la Organización Mundial de la Salud, desde el 13 de marzo ha identificado el nuevo coronavirus -COVID-19 como una pandemia, como una emergencia de salud pública de importancia internacional. La OMS le solicitó a los países adoptar medidas prematuras con el objetivo de detener la transmisión y prevenir la propagación del virus y del contagio de forma urgente para la identificación, confinación, aislamiento y monitoreo de los posibles casos y tratamiento de los casos confirmados.

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, es indudable su justificación. En un corto plazo de tiempo la pandemia generada por el COVID-19, ha generado miles de muertos y de contagios en los distintos países, a la fecha 8 de abril de 2020, 85.397 personas han fallecido por coronavirus y 1.464.852 de personas han sido contagiadas. Estas cifras son claras para establecer *la realidad de los hechos invocados* por el Presidente en la declaratoria de emergencia. 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.

En suma, el Observatorio de Intervención Ciudadana considera ciertos los hechos que el Gobierno Nacional ha invocado como sustento de la declaratoria del estado de emergencia bajo revisión. El juicio de realidad se encuentra, así, superado.

2.2.1.2 el 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

La jurisprudencia también ha determinado que el juicio de identidad puede prestarse a ciertas complejidades cuando se trata de diferenciar entre aquellos hechos que darían lugar a un estado de conmoción interior, y los que darían lugar a un estado de emergencia económica, social y ecológica, “por la relación estrecha que suele tener orden público con el orden económico y social. Así, la Corte ha optado por reconocer que en casos en los que sea complicado establecer la naturaleza de los hechos que provocan la declaración del estado de excepción y realizar el test de exclusión con arreglo a criterios de diferenciación y subsidiaridad (...), sea reconocido al Presidente de la República, como responsable directo del mantenimiento y restablecimiento del orden público político, social y económico, un margen suficiente de apreciación para hacer la evaluación de la figura que se ajusta mejor a la situación concreta”¹².

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

¹² Sentencia C-135 de 2009. M.P. Humberto Sierra.



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 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.

Por todo lo anterior, nosotros consideramos que 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 irresistible¹³. 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 individuales¹⁴. 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.

Se oponen así a situaciones ordinarias, crónicas o estructurales, de ocurrencia normal y previsible en la vida de la sociedad. Sobre el carácter “extraordinario de los hechos”, en la sentencia C-135 de 2009 la Corte expuso que la Constitución y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción sólo exigen que “las circunstancias invocados sucedan de manera improvisada y se aparten de lo ordinario, esto es, de lo común o natural. La aparición del coronavirus no es una situación normal, crónica o estructural del estado colombiano, pues su aparición es

¹³ 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.

¹⁴ 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.



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 colombianos.

Por lo anterior, para el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional, los hechos que han motivado la declaratoria de emergencia son sobrevinientes por el riesgo en el que pone a las personas el contagio del coronavirus. Esta pandemia es un prototipo de un hecho sobreviniente, imprevisible y anormal en la historia de Colombia y de los demás países. Esta pandemia es un hecho imposible de predecir, extraordinario en la vida del Estado, e imposible de predecir por parte del Gobierno nacional.

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.)¹⁵.

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 de “gravedad” e “inminencia”, o que constituya “grave” calamidad pública¹⁶. 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 manifiesto¹⁷. 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*.

La jurisprudencia ha identificado los derechos constitucionales, en su catálogo completo, como criterio para medir la gravedad de determinada afectación o perturbación –actual o potencial- del orden económico, social o ecológico. En palabras de la sentencia C-156 de 2011:

“Los parámetros de medición de la perturbación y la calamidad pública o la amenaza de ellas son los derechos, específicamente, los derechos fundamentales, económicos, sociales y ambientales de los habitantes del país. La gravedad de la perturbación actual o eventual depende del alto grado de afectación de estos derechos subjetivos. Puede ser grande la magnitud o intensidad de unos hechos capaces de generar perturbaciones en el orden social; pero mientras su impacto en el goce de los derechos de la población no sea significativo, no podrá hablarse de una perturbación grave que amerite la declaración de la Emergencia. Así, el ‘juicio de gravedad’ de la perturbación o la calamidad pública -o de la amenaza de ella- ha de expresarse en la afectación significativa de los derechos a la vida, la integridad física, la

¹⁵ Sobre el alcance de este presupuesto ver sentencia C-135 de 2009. M.P. Humberto Sierra.

¹⁶ CORTE Constitucional. Sentencia C-802 de 2002. M.P. Jaime Córdoba.

¹⁷ Cfr. Sentencia C-135 de 2009. M.P. Humberto Sierra.



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá

subsistencia digna, al trabajo, la propiedad, la salud, la educación, la movilidad y circulación, el ambiente sano, etc.”

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, 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) establecer si dichas medidas fueron utilizadas por el Estado; (iii) determinar la insuficiencia de estas medidas para superar la crisis”¹⁸. 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 pública”¹⁹. En efecto, en la Sentencia C-122 de 1997 la Corte Constitucional advirtió que “de conformidad con el *“principio de subsidiariedad”*, el estado de emergencia se encuentra supeditado a la imposibilidad o insuperable insuficiencia de las instituciones de la normalidad para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, descartando que un criterio de eficacia pueda anteponerse al mismo”²⁰. El deber primordial que pesa sobre los órganos del Estado es el gobernar en el marco de la normalidad institucional, con las herramientas que el ordenamiento jurídico ha puesto a su disposición, cuyo empleo oportuno y eficiente resulta imperativo para enfrentar situaciones críticas y profundas, tanto a nivel preventivo como de solución. De ahí que la declaración del estado de emergencia se circunscriba a situaciones extremas que no puedan ser resueltas con el ejercicio de los medios ordinarios”²¹.

En resumen: la declaratoria del estado de emergencia es legítima si los hechos generadores son verificados, y si de ellos se ha inferido razonablemente

¹⁸ Sentencia C-156 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁹ Sentencia C-135 de 2009. M.P. Humberto Sierra.

²⁰ “...De la Constitución y de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción surge la regla de la subsidiariedad que aplicada al estado de emergencia prescribe que su utilización se supedita a la imposibilidad o insuperable insuficiencia de las instituciones de la normalidad para resolver los problemas y crisis que afecten o amenacen el sistema económico, social o el ambiente”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-122 del 12 de marzo de 1997.

²¹ El pensamiento que inspiró al Constituyente en esta materia fue el de limitar los estados de excepción a las situaciones extremas, que no pudieran ser resueltas satisfactoriamente a través de los medios ordinarios.



tanto la grave perturbación del orden económico, social y ecológico del país, y si es cierto que tal perturbación solo puede conjurarse acudiendo a medidas extraordinarias. Pero dicha valoración, no puede ser absoluta ni arbitraria, “ya que debe sujetarse al marco normativo de los estados de excepción, conformado por la Constitución Política, los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y la Ley Estatutaria sobre los Estados de Excepción”²². El control constitucional la Corte Constitucional debe hacer es un análisis global y no detallado de la suficiencia de los poderes ordinarios para conjurar la situación de crisis, pues de lo contrario quedaría sin objeto el control que la Corte debe emprender posteriormente sobre cada uno de los decretos legislativos de desarrollo. No se trata por lo tanto de un examen de cada una de las medidas que se anuncien en el decreto declaratorio, sino de determinar, desde el ámbito de validez de ese decreto, si se puede inferir que la crisis no se supera con el solo ejercicio de las atribuciones ordinarias de policía.

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. Esta declaratoria de emergencia cumple las reglas del juicio de necesidad sobre las medidas extraordinarias. Es cierto que el Gobierno debe utilizar los poderes excepcionales para enfrentar la pandemia, creando mecanismos económicos, jurídicos, y sociales que permitan apoyar al sector salud, y mitigar los efectos económicos que está enfrentando el país, además de la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos. 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.

3. ESTÁNDAR ESTRICTO DE CONSTITUCIONALIDAD FRENTE A OTROS MANDATOS Y PROHIBICIONES CONSTITUCIONALES

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, de conformidad al artículo 6 de la Ley 137 de 1994, Ley Estatutaria de los Estados de Excepción en Colombia. 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.

²² Sentencia C-135 de 2009. M.P. Humberto Sierra.



Todas las medidas que se adoptan durante la declaratoria de emergencia deben expedirse conforme a los principios que rigen el estado de excepción, como son: los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación de incompatibilidad, intangibilidad de los derechos fundamentales entre otros, que se encuentran consagrados en el DIDH²³ y en el art 9, de la Ley 137 de 1994. Toda medida debe estar justificada y controlada según el estricto control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional. Además, la Ley 137 de 1994 estableció las siguientes prohibiciones, que tendrán que ser tenidas en cuenta por parte del Poder Ejecutivo en la declaratoria y en los demás decretos de desarrollo:

“Artículo 15. Prohibiciones. Además de las prohibiciones señaladas en esta ley, en los Estados de Excepción de acuerdo con la Constitución, no se podrá:

- a) Suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales;
- b) Interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado;
- c) Suprimir ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y Juzgamiento”

Se constata que este Decreto declaratorio no está suspendiendo derechos fundamentales (art 214, numeral 2 de la Constitución Política). Nos llama la atención que a pesar de que se dijo que el Congreso seguía reuniéndose mediante sesiones virtuales, la última sesión realizada por el Congreso se dio el 11 de marzo, en ese sentido es un rompimiento rotundo de la democracia, pues en otros países el Congreso a pesar de la pandemia, continúa sesionando. Por otro lado, tal como sucede con los otros dos estados de excepción, durante la declaratoria de emergencia el Gobierno podrá dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Además, los decretos deben referirse a materias que tenga relación directa y específica con el estado de emergencia. 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 y proscribir el empleo de funciones que no resulten necesarias para remediar la crisis e impedir la continuación de sus efectos²⁴.

También consideramos necesario precisar que dentro del año siguiente a la declaratoria de emergencia 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 aquéllas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo (art. 215 C.P). 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.

Finalmente, valga resaltar que, como garantía importante para los trabajadores colombianos, el inciso final del artículo 215 Constitucional, expresamente señala que durante los estados de emergencia “el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo”²⁵. La Corte al interpretar dicho inciso en la Sentencia

²³ Para ampliar el tema de los principios que rigen durante los estados de excepción podrá consultar TOBÓN TOBÓN, Mary Luz. (2019). Op. Cit.

²⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-135 de 2009. M.P. Humberto Sierra.

²⁵ Ley 137 DE 1994 (Junio 2) por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia. Diario Oficial. No. 41379. Junio 3 de 1994, Artículo 50: DERECHOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES. De conformidad con la Constitución, en ningún caso el Gobierno podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos legislativos dictados durante el Estado de Emergencia.



C-179 de 1994²⁶, en concordancia con el artículo 50 de la Ley Estatutaria de los estados de excepción²⁷, 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 que tal Estatuto confiere a los trabajadores, algunos de los cuales se encuentran consagrados en el Capítulo 2o. del Título II, v.gr.: el derecho de huelga, el de negociación colectiva, etc.²⁸

En ese sentido, y ante la crisis económica el Poder Ejecutivo deberá tomar medidas para respetar y hacer respetar los derechos de los trabajadores, sobre todo proteger los trabajadores más vulnerables, aquellos que han tenido que cesar en el ejercicio de sus funciones por la pandemia, y a la fecha no cuentan con recursos económicos para sufragar sus necesidades básicas.

4. OBSERVACIONES CIUDADANAS

4.1 ELUSIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre hace una advertencia razonable. El Gobierno Nacional, y las administraciones distritales, municipales y gubernamentales, tienen la competencia normativa para dictar decretos para morigerar la crisis y el orden público en sus respectivos territorios. Muchas de esas normas se han expedido antes del Decreto Legislativo 417 de 2020. Otras se dictaron después, pero se han expedido al margen del decreto de declaratoria. Otros se expidieron conforme a las competencias propias de cada Gobierno local. Pero lo más grave, es que hay muchas otras normas y decretos expedidos por el Gobierno que invocan como motivo la crisis actual, pero no invocan el decreto que declara la emergencia, por lo tanto, son decretos o normas presidenciales o de otras autoridades públicas, que en todo caso son normas ordinarias y por ello, escapan al control constitucional realizado por la Corte Constitucional o de la jurisdicción contenciosa administrativa. Ello porque materialmente no son decretos de desarrollo del decreto principal, a pesar de haber sido expedidos para tomar medidas frente a la crisis causada por la pandemia. Estos decretos son especiales pues su materialidad incide en la crisis, pero su fuente normativa, y por ende el control constitucional es *elusivo* de la Constitución. Ello supone un grave problema constitucional porque muchas de estas medidas a pesar de estar restringiendo derechos y limitando libertades ciudadanas, están escapando del control constitucional y legal. Su escapatoria las deja en una especie de suerte pues habilita su control por demandada ciudadana pero con el riesgo que se tomen medidas elusiva, como tributarias o fiscales, que escapen incluso al control político de órganos como el Congreso, las Asambleas y Concejos.

Una norma que puede ilustrar esta problemática es el Decreto 418 del 18 de 2020, por el cual se dictan medidas transitorias para expedir normas en materia de orden público. Este decreto no invoca la emergencia, pero toma medidas para controlar el orden público y le otorga facultades a los Gobernadores y a los alcaldes para mantener el orden público. Con este decreto y otras normas que se han expedido en el país a partir de la declaratoria de emergencia, aunque no se invoque la misma, se están normalizando el uso de los poderes excepcionales, y lo que resulta problemático es que estos decretos o estas normas al ser ordinarias no tendrían el control constitucional automático por parte de la Corte Constitucional, sino que estarían sometidos a demanda ciudadana.

²⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-179-94, Op. Cit.

²⁷ Ley 137 DE 1994 (Junio 2) por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia. Diario Oficial. No. 41379. Junio 3 de 1994, Artículo 50: DERECHOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES. De conformidad con la Constitución, en ningún caso el Gobierno podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos legislativos dictados durante el Estado de Emergencia.

²⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-179 de 1994. M.P. Carlos Gaviria.



A partir del Decreto 418/2020, El Gobierno Nacional ha tomado medidas para controlar el orden público, como por ejemplo el Decreto 457/2020, no invoca el estado de emergencia, pero invoca el Decreto 418/2020, y ordena el aislamiento y la limitación total de la libertad de las personas y de los vehículos desde el 25 de marzo hasta el 13 de abril, luego de vencido este plazo el Decreto 531/2020 ordena el aislamiento preventivo desde el 13 de abril hasta el día 27 de abril en el marco de la emergencia sanitaria que declaró el Ministro de Salud mediante la Resolución 385/2020 desde el 13 de marzo de 2020 hasta el 30 de mayo de 2020. Nótese que todas estas normas son ordinarias, eluden al control constitucional, y se expiden al margen del Decreto 417/2020 que fue quien declaró la emergencia. Nos preguntamos cuál fue el propósito del Presidente para declarar el estado de excepción de la emergencia, si a la par del mismo está dictando normas ordinarias que limitan gravemente derechos fundamentales, y eluden el control constitucional. Parece que se insta un estado de excepción de facto, o un estado de excepción paralelo a la misma declaratoria de emergencia.

Continuando con el ejemplo tanto la citada Resolución 385/2020 como la Directiva Presidencial 02/2020 implementan modalidades de trabajo que inciden en la función pública. Ambas se expidieron antes del Decreto 417/2020. Lo curioso de ambas es que se expiden como medidas transitorias para morigerar la crisis provocada por el Covid-19. Pero su expedición se hizo por fuera de la excepcionalidad constitucional. Nuestro punto es: ¿cómo interpretamos estas medidas previas al decreto de estado de excepción? Por otro lado, hay medidas normativas dictadas con posterioridad al Decreto 417 de 2020, que restringen derechos fundamentales y que no son decretos legislativos. Por ejemplo: la Resolución 470 del 20 de marzo del 2020 establece una restricción de movilidad para personas adultos mayores. La restricción de movilidad se hizo tanto a nivel espacial -en todo el territorio nacional- como también a nivel temporal - a partir del veintiuno (21) de marzo de 2020 a las siete de la mañana (7:00 a.m.) hasta el treinta (30) de mayo de 2020 a las once y cincuenta y nueve de la noche (11 :59 pm)-. Estamos de acuerdo con el contenido normativo, es necesario, y es urgente. Pero ¿Por qué no se hizo mediante un decreto legislativo? ¿Por qué se expidió a la luz de las facultades normativas del constitucionalismo ordinario y no conforme a los poderes de excepción?

Por lo anterior, y dada la numerosa normatividad que ha sido expedida por las demás autoridades públicas, entre ellas, los ministerios, le solicitamos a la Honorable Corte Constitucional que a partir de del principio de integralidad y de sustracción de materia controle aquellas normas ordinarias emitidas por estas autoridades que tengan conexidad directa con el estado de excepción pero fueren expedidas al margen de los poderes excepcionales. Muchas de ellas se tornan en medidas que restringen derechos y libertades fundamentales para contrarrestar la pandemia, pero que finalmente lo que buscan es eludir el control constitucional. Casos como estos hay varios. Necesitamos que la Corte Constitucional evalúe la expedición atípica de normas excepcionales sin acudir a las vías del constitucionalismo de excepción. El control oficioso de decretos dictados conforme a la crisis cuando no son remitidos a la Corte se puede hacer conforme a la oración final del parágrafo del art. 215 de la Constitución.

4.2 LA DECLARATORIA DE EMERGENCIA NO ADMITE PRORROGA

En cuanto al *ámbito temporal*, el artículo 215 de la Constitución señala que la declaración del estado de emergencia es “*por períodos hasta de treinta (30) días, en cada caso, dichos períodos sumados no podrán exceder noventa (90) días en el año calendario*”, lo cual no significa que el estado de emergencia pueda ser prorrogado por los mismos hechos, sino que dicho estado, no podrá ser declarado por más de noventa (90) días en el año calendario²⁹.

²⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-216 de 2011. M.P. Juan Henao.



En consecuencia, el decreto de prórroga en los estados de emergencia en cualquier modalidad de alteración al orden es improcedente, a pesar de que muchos autores piensan que la emergencia se puede prorrogar por tres periodos, hasta 90 días. Al respecto, el artículo 215 Superior señala que éstos se pueden declarar “*por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario*”. Esta disposición es clara al establecer que se pueden declarar varios estados de emergencia en un mismo año, siempre y cuando no superen la limitación temporal de los noventa días que se estableció como restricción temporal por el Constituyente de 1991.

Conforme a lo anterior, nos preguntamos qué pasará con la declaratoria de emergencia pues ella se vence el 17 de abril, y conforme al artículo 215 de la Constitución Política y la Sentencia C-216 de 2011, el estado de emergencia no admite la prórroga por los mismos hechos, porque se supone que ante una crisis que ponga en riesgo el orden económico, social y ecológico, el Gobierno deberá tomar todas las medidas necesarias y pertinentes para contrarrestar la crisis en los primeros 30 días. Pero si el Gobierno y la Corte no tienen en cuenta que el estado de emergencia no se puede prorrogar, y a pesar de ello lo prorrogan por 60 días más, nos preguntamos cuál será el marco constitucional normativo que tendrá el Gobierno para tomar medidas, una vez ha finalizado el estado de excepción.

4.3 ¿QUÉ PASARÁ AL FINAL DE LA DECLARATORIA DE EMERGENCIA, SE DEBERÁ DECLARAR EL ESTADO DE CONMOCIÓN INTERIOR?

En muchos casos la situación generada por el COVID-19 no solo puede incidir en la alteración del orden público, sino que muchas de las medidas adoptadas han restringido derechos y libertades ciudadanas, y en la actualidad no es claro si es posible o no limitar los derechos fundamentales durante la declaratoria de emergencia, o si solamente puede limitarse los derechos fundamentales durante la declaratoria de la conmoción interior. En consecuencia, no está claro si además de la emergencia se deba declarar el estado de conmoción interior, con la finalidad de tomar medidas para controlar el orden público, o si éstas medidas puedan darse al margen de la declaratoria de emergencia. Un ejemplo que ilustra esta problemática es el referido Decreto reglamentario 418 de 2020, mediante el cual el Gobierno, los gobernadores y los alcaldes toman medidas en materia de orden público.

4.4 PREVISIÓN DE RIESGOS Y ACTUACIÓN GUBERNAMENTAL

El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional hace un llamado a la argumentación del Gobierno frente a la apreciación política de la crisis, su riesgo y su previsibilidad. Creemos que existen varias contradicciones en la normatividad que sido expedida por el Gobierno durante la crisis.

La claridad argumentativa aplica tanto para el riesgo ante una eventual pérdida de control -sea el riesgo alto o bajo- como para las consecuencias previsibles mínimas o máximas. Esta claridad condiciona la materialidad de cada decreto legislativo. La obligación de motivación integral de la crisis y sus riesgos y peligros es estructural. Tal motivación condiciona las medidas de prevención, contención y mitigación de los daños que se causen. Hacemos un llamado a que el Gobierno actúe con el máximo cuidado y diligencia en el desempeño de sus funciones. El diseño, construcción, funcionamiento y mantenimiento de las políticas públicas en los tiempos de anormalidad o de crisis implica en sí misma una actividad riesgosa que debe estar muy bien explicada. Las motivaciones de riesgo claras condicionan la técnica de ponderación. Ello porque la decisión tomada debe combinar la idoneidad y la eficiencia del decreto legislativo para optimizar algún principio constitucional. El balanceo del riesgo constitucional exige al Gobierno hacer una revisión extensa de las posibilidades de decisión y que evidencie la mejor opción que optimice la relación garantía-sacrificio entre los derechos involucrados. Un balanceo indebido del riesgo generará reproches constitucionales.



Insistimos en que un indebido cálculo del daño y de la probabilidad de ocurrencia de forma especulativa llevan a una decisión discrecional y arbitraria. Los datos sobre la previsibilidad del riesgo deben revisar las consecuencias, considerar los valores y los derechos no ponderados, la situación particular de las personas o comunidades afectadas por las decisiones políticas, la incorruptibilidad del proceso en la toma de decisiones, y la contemplación de alternativas que puedan ofrecer una mejor respuesta para restablecer el orden económico, social y político que se ha roto a raíz de la pandemia.

4.5 INTERPRETACIÓN RESTRINGIDA DE LA FACULTAD NORMATIVA DEL PRESIDENTE

El Decreto establece en el inciso final de las justificaciones del punto 3 que “tas [Sic] medidas que se anuncian en este decreto **no agotan los asuntos que pueden abordarse en ejercicio de las facultades conferidas por el estado de excepción**, Jo [Sic] que significa que en el proceso de evaluación de los efectos de la emergencia podrían detectarse **nuevos requerimientos** y, por tanto, diseñarse **estrategias novedosas** para afrontar la crisis”. Esta justificación nos preocupa pues: ¿qué es un nuevo requerimiento? y ¿qué es una estrategia novedosa? Y si ¿estas estrategias y requerimientos nuevos se consideran una auto-habilitación gubernamental para eludir el control de constitucionalidad usando normas que no sean “decretos legislativos”?

Consideramos que las frases resaltadas son constitucionales siempre que interpreten y respeten los límites establecidos en la Constitución en cuanto a la facultad normativa excepcional del Presidente en los estados de excepción.

4.6 MEDIDAS IMPRECISAS

El Decreto 417/2020 enuncia las medidas que tomará el Gobierno. 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 genera una seria preocupación ciudadana. La obtención de recursos adicionales para enfrentar la crisis es indiscutiblemente necesaria. Sin embargo, la frase resaltada ejemplifica los fondos de donde tomarán el dinero y a qué título serán captadas: bien como un préstamo o al título que el Gobierno imponga. Esta es nuestra preocupación: la frase está redactada de manera ambigua. 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? ¿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.



5. Petición

Con base en lo expuesto anteriormente, solicitamos a la Honorable Corte Constitucional declarar exequible el Decreto legislativo 417 de 2020 y realizar el control constitucional automático de los demás decretos o normas de desarrollo que surjan a partir de la declaratoria de emergencia.

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