



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá

Honorables magistrados

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrado ponente: **José Fernando Reyes Cuartas**

E.S.D.

Referencia: **Expediente número RE-237**

Revisión del Decreto 441 de 2020

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**; **Camila Alejandra Roza Ladino** actuando como ciudadana y abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, **miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional**, respetuosamente presentamos ante la Honorable Corte Constitucional la siguiente intervención con ocasión del control automático de constitucionalidad del **Decreto Legislativo 441 de 20 de marzo del 2020**: *“Por el cual se dictan disposiciones en materia de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo para hacer frente al Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Decreto 417 de 2020”*.

El presente documento tiene como objetivo aportar a la revisión integral del Decreto bajo examen, desde una perspectiva formal y material, conforme a los lineamientos fijados por el ordenamiento jurídico colombiano, en los que la Corte Constitucional ha sido un actor protagónico y decisivo. Para cumplir con ese propósito, el documento se estructura en tres apartados: el primero, presenta la norma en cuestión dentro del marco de la doctrina constitucional de los estados de excepción (i); el segundo, analiza formal y materialmente el contenido del Decreto 441 de 2020, destacando su importancia para garantizar el agua como derecho autónomo fundamental y como servicio público esencial(ii); El tercero, se enfoca en la petición de declaratoria de exequibilidad de la norma bajo análisis (iii).

I. Constitucionalismo de excepcionalidad en tiempos de pandemia: análisis integral del Decreto Legislativo 441 de 20 de marzo del 2020

Los estados de excepción representan un lugar común en la historia del derecho constitucional colombiano y latinoamericano¹. Ante los múltiples excesos de poder, el constitucionalismo contemporáneo ha construido una doctrina que permite realizar un contrapeso al poder Ejecutivo en tiempos de emergencias derivadas de situaciones excepcionales, para evitar cualquier tipo de constitucionalismo perverso².

El constitucionalismo colombiano puso en cabeza de la Corte Constitucional la revisión de los decretos legislativos emanados de los estados de excepción³, desarrollando una prolífica doctrina de revisión constitucional en la materia. Esta Corporación puede avocar conocimiento de tales normas, en virtud de los mandatos contemplados en los artículos 215, 247.1 y 242.5 de la Constitución Política de 1991; artículos 36, 37 y 38 del Decreto 2067 de 1991 y el artículo 55 de la Ley 137 de 1994 ("Por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia").

En su vasta jurisprudencia, la Corte ha desarrollado una línea consistente de subreglas constitucionales para dar curso a la revisión constitucional en tiempos de excepcionalidad (arts. 212, 213, 214 y 215, C. Pol.). El mandato de la Corte frente a los Decretos Legislativos derivados de situaciones excepcionales es automático e integral⁴. El juicio de constitucionalidad que sigue a este tipo de control, abarca dos escenarios principales: uno formal y otro material⁵. En la revisión que tiene lugar en el expediente RE-237 de la referencia, la Corte se enfrenta a numerosos problemas jurídicos derivados de una situación de salud mundial que motivó la declaratoria de emergencia en el marco del artículo 215 de la Carta Política (Decreto 417 de 17 de marzo de 2020) y, en consecuencia, deberá ejercer control automático e integral de constitucionalidad sobre esta norma y las demás que dicte el Ejecutivo para conjurar la crisis, revisando en cada caso:

¹ Luna Blanco, Tania y Cardona Chávez, Juan Pablo. "Estados de Excepción en Colombia: 1948-1990", Marquardt, Bernd (Ed.), **Constitucionalismo Comparado, Acercamientos metodológicos, históricos y teóricos**, Tomo 22 de la *Colección Gerardo Molina*, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2009. Ver, también: Luna Blanco, Tania. **Historia legal y Conflicto Armado en Colombia: entre el derecho fallido y la violencia cohonestada**. En: "Retos del Postconflicto desde un enfoque interdisciplinar", Corporación Universitaria Americana, Cátedra Fulbright, 2019.

² García Villegas, Mauricio. "**Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997.**" El caleidoscopio de las justicias en Colombia 1 (2001): 317-368.

³ La Constitución Nacional de 1886 le dio el nombre de estados de sitio a estas particulares figuras jurídicas que, lejos de ser excepcionales, se convirtieron en la regla del constitucionalismo colombiano y latinoamericano de las décadas de los 80s y 90s. Cfr. Jácome, Jorge González. **Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur: Argentina, Chile y Colombia (1930-1990)**. Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2015.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 1992.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-465 de 2017, Auto 250 de 2002.

- a. Si el Ejecutivo cumplió con los requisitos formales establecidos por la Constitución, incluyendo la carga de motivación.
- b. Si existe una relación directa y específica con el estado de emergencia que le dio origen.
- c. Si su regulación contribuye exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos (art. 215, C. Pol.).

II. Análisis formal y material

A. Verificación de requisitos formales

A continuación, presentamos, a manera de esquema, un cuadro que condensa la verificación de requisitos formales del Decreto 441 de 2020, bajo la interpretación fijada por la Corte Constitucional colombiana:

Verificación de requisitos formales establecidos por el artículo 215 de la Carta Política de 1991		
Requisitos formales (Art. 215, C. Pol.)	Interpretación fijada por la Corte Constitucional	Verificación
El Decreto fue dictado en desarrollo de un estado de emergencia	Sentencia C-386 de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.	El Decreto Legislativo 441 de 20 de marzo del 2020 es producto del estado de emergencia declarado por el Decreto 417 de 17 de marzo de 2020, como lo señala de manera expresa su artículo 1°.
Lleva la firma del presidente de la República y de todos los ministros del Despacho y/o encargado	Sentencias C-448 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-328 de 1999, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez y C-225 de 2009, M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez.	El texto del Decreto se firma por los 18 ministros de Despacho en titularidad. Información que puede contrastarse con los nombramientos oficiales que reposan en la información del Ministerio del Interior ⁶

⁶ Ver Sitio Web del Ministerio del Interior, República de Colombia: <https://id.presidencia.gov.co/Gobierno/mininterior> [Consultado abril 13 de 2020].

Contiene una motivación respecto de las medidas adoptadas	Corte Constitucional, Sentencia C-465 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schelinger. Sentencia C-289 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.	El Decreto cumple con la carga de motivación, explicando su relación directa y específica con el estado de emergencia que le dio origen.
Fue expedido dentro de los 30 días siguientes a la publicación del Decreto de estado de emergencia que le dio origen	Corte Constitucional, Sentencia C-465 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schelinger. Sentencia C-619 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández	El Decreto fue expedido el 20 de marzo de 2020 dentro del tiempo legal permitido, entrando en vigencia el día siguiente a su publicación en el Diario Oficial (Ley 4 de 1913). El requisito se surtió conforme al ordenamiento jurídico, lo anterior se verificó mediante la corroboración en Diario Oficial AÑO CLV. N. 51262. 20, marzo, 2020. Pág.18.

Fuente: elaboración propia con base en datos recolectados

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 esta 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.

B. Análisis material

1. El agua como derecho fundamental autónomo y como servicio público esencial

La Corte Constitucional desde el año 2011, mediante sentencia C-220, declaró que el agua potable es un derecho fundamental. Posteriormente, en su sentencia T-312 de 2012 elevó a rango de derecho humano autónomo el derecho al agua potable, si la misma está destinada al consumo humano y, por ello, pueden existir casos donde por fallas a la prestación del servicio se pueden generar violaciones que afectan directamente a este derecho fundamental individual⁷. El Estado tiene la obligación de garantizar el agua potable bajo unas condiciones mínimas⁸:

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-312 de 2012.

⁸⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-312 de 2012, T-223 de 2018.

- i) Disponibilidad: existen circunstancias que permiten que se garantice el agua, a pesar del incumplimiento en el pago de servicios públicos y, por ello, no se puede efectuar la suspensión. Esto sucede en aquellos casos en que “los efectos de la suspensión se concretan en un desconocimiento desproporcionado a los derechos constitucionales de sujetos o establecimientos especialmente protegidos o en una grave afectación en las condiciones de vida de una comunidad”.
- ii) Accesibilidad: se genera una violación al derecho al agua cuando “se impide el acceso a las instalaciones necesarias y adecuadas para la prestación del servicio de acueducto”.
- iii) Calidad: implica que el agua debe recibirse en condiciones químicas y físicas aceptables. Por ello, las empresas que presten este servicio público están en la obligación de realizar labores de mantenimiento y limpieza en los tanques de almacenamiento. Las autoridades administrativas de los entes territoriales, incluyendo las veredas, deben adelantar estudios técnicos necesarios o medidas pertinentes para garantizar el abastecimiento del agua en condiciones de potabilidad⁹.
- iv) No discriminación en la distribución: la Corte Constitucional ha establecido que “ninguna fuente de agua puede ser utilizada de manera que el líquido logre abastecer solo a algunas personas, y se deje sin provisión a otros”.

El derecho al saneamiento básico está estrechamente ligado a la dignidad humana, al derecho a la vida y al agua potable, por tanto, constituye un derecho fundamental por conexidad. La mejor alternativa para garantizar los derechos al agua potable y saneamiento básico es con la prestación de servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado¹⁰. La Corte Constitucional manifestó que el servicio de alcantarillado “no se limita a la instalación de baterías sanitarias y desagües en el interior de las viviendas o en sus cercanías, sino que debe ser un sistema integral que permita la garantía y el disfrute del derecho al saneamiento básico en condiciones óptimas, acordes con la dignidad humana”¹¹.

2. Calidad del agua potable

El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional considera pertinente que se realice un análisis sobre cómo el Gobierno va a garantizar, controlar y vigilar la calidad del agua potable en esta situación de aislamiento y crisis de salud. Esta preocupación se genera por cuanto el Decreto 441 de 2020 no menciona cómo se va a garantizar la calidad del agua potable, ni las medidas que se van adoptar para controlar y vigilar su cumplimiento.

La Organización de las Naciones Unidas ha establecido una guía para garantizar la inocuidad del agua de consumo –calidad del agua- y proteger la salud pública. Para ello, es necesario que el

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-381 de 2009; T-888 de 2009.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-012 de 2019.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-012 de 2019, T-140 de 2017.

Estado adopte un plan de seguridad del agua (PSA). La ONU determinó las siguientes recomendaciones (las más pertinentes):

- ✓ Desinfección química: La destrucción de microorganismos patógenos es una operación fundamental que muy frecuentemente se realiza mediante productos químicos reactivos como el cloro. Es necesario que se estudien los parámetros que establece la ONU para determinar si es un químico con umbral de toxicidad o, si su dosis está por debajo de la toxicidad y no producirá ningún efecto adverso.
- ✓ “Si la concentración de cloro libre residual alcanza valores de 0,6 a 1,0 mg/l, aumenta la probabilidad de que algunos consumidores encuentren desagradable el sabor del agua. El umbral gustativo del cloro es menor que su valor de referencia basado en efectos sobre la salud”
- ✓ Una estrategia general de gestión eficaz implica: i) la desinfección, para evitar o eliminar la contaminación microbiana y barreras múltiples; ii) la protección del agua de origen y operaciones de tratamiento adecuadas; iii) la protección del agua durante su almacenamiento y distribución.
- ✓ La gestión de los recursos hídricos debe comprender la evaluación del efecto de los usos de la tierra, las actividades mineras, la construcción o modificación de vías fluviales y construcciones de carretera, la densidad ganadera, la aplicación de estiércol, de fertilizantes o productos químicos.
- ✓ El agua de consumo debe tener un aspecto, sabor y olor aceptables para el consumidor.
- ✓ “La finalidad de la certificación es comprobar que los instrumentos y materiales utilizados en el sistema de abastecimiento de agua de consumo cumplen unas especificaciones de calidad y seguridad determinadas”.

3. Medios alternos de aprovisionamiento: carrotanques, agua potable envasada, tanques de polietileno, tanques colapsibles.

De acuerdo a estos lineamientos, cuando se debe suministrar agua en aquellos lugares donde no haya sistema de tubería, pueden implementarse alternativas como la distribución del agua a granel; en camiones cisterna y/o agua envasada. La ONU ha establecido que “Si el agua se distribuye a granel, en camiones cisterna, debe añadirse suficiente cloro para garantizar que, tras un periodo de tratamiento de al menos 30 minutos, el agua contiene, en el punto de entrega, una concentración de cloro libre residual de al menos 0,5 mg/l. Los camiones cisterna deben reservarse normalmente para el transporte de agua potable. Antes de su uso, las cisternas deben desinfectarse, mediante tratamiento químico o con vapor.”

¿Qué sucede con los hogares que no tienen tubería?

“En la mayoría de los países, hay personas que obtienen agua de fuentes domésticas, como pozos privados o agua de lluvia. En hogares que utilizan sistemas de abastecimiento de agua sin tuberías, es preciso aplicar medidas adecuadas para garantizar que la captación, el almacenamiento y, en su caso, el tratamiento del agua de consumo se realiza en condiciones seguras. En algunas circunstancias, no sólo cuando no hay sistemas de abastecimiento comunitarios, sino también cuando se sabe que éstos están contaminados o producen enfermedades transmitidas por el agua, puede ser aconsejable que los hogares y las personas traten el agua para poder confiar más en su inocuidad. Las autoridades de salud pública, de vigilancia u otras autoridades locales pueden proporcionar orientación a hogares y a consumidores individuales para garantizar la inocuidad del agua que consumen. La mejor forma de proporcionar esta orientación es por medio de un programa comunitario de educación y capacitación”¹².

4. Pago de reconexión y/o reinstalación del agua para quienes tienen suspendido y/o cortado el servicio

El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional considera que este decreto es una medida que garantiza el acceso y prestación del servicio al agua potable para quienes tienen suspendido o cortado este servicio por falta de pago, sin que hayan cometido el delito de fraude al Estado. Es de suma importancia este decreto y se requiere que se declare su exequibilidad. Sin embargo, esta norma genera algunas lagunas y preocupaciones para el Observatorio, por ejemplo:

- ✓ ¿cómo se garantizará el agua a aquellas personas que por su falta de recursos económicos –extrema pobreza, ingresos económicos que cubren solo el mínimo vital, desempleo- no pueden pagar el servicio al agua para la temporada en que esté vigente la medida de aislamiento?;
- ✓ ¿una vez reconectado el servicio como lo establece este decreto y, no se realiza el pago a la siguiente factura, se le suspenderá y cortará el servicio o, se realizará nuevamente su reinstalación?;
- ✓ ¿qué pasará con la tarifa de pago de los recibos al agua, gas, luz de las comunidades en extrema pobreza?;
- ✓ ¿Qué medidas o estrategias implementará el Gobierno para aquellos casos donde las personas prestadoras del servicio público domiciliario de acueducto actualicen los incrementos tarifarios y hagan efectivo el cobro a los suscriptores residenciales o usuarios?

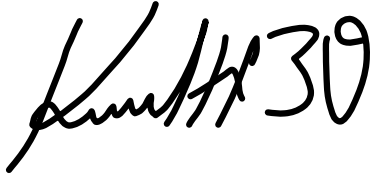
¹² ONU “Guías para la calidad del agua potable, tercera edición: Volumen 1 - Recomendaciones” Disponible en: https://www.who.int/water_sanitation_health/publications/gdwq3/es/

- ✓ ¿Qué medidas se van adoptar para garantizar el servicio público domiciliario de alcantarillado y aseo?

III. Petición

Por las razones expuestas, solicitamos amablemente a la H. Corte Constitucional declarar la **EXEQUIBILIDAD** del Decreto 441 de 20 de marzo de 2020. Mantener la institucionalidad esencial para rodear de garantías constitucionales a los ciudadanos y ciudadanas es vital en tiempos de emergencia, donde el contrapeso constitucional se vuelve indispensable para evitar el abuso del poder y garantizar la protección de sujetos, bajo condiciones de debilidad manifiesta.

De los señores Magistrados, atentamente,



Jorge Kenneth Burbano Villamarín
Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.
Calle 8 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150.
Correo: jkbv@hotmail.com



Camila Alejandra Roza Ladino
C.C. 1.022.411.877
Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Abogada de la Universidad Libre de Colombia