

Imprimir

Este es un breve comentario a la sentencia C-242/20 de la Corte Constitucional, en punto a la declaratoria de inexecutable del artículo 12 del Decreto 491 de 2020. Este comentario se basa en las consideraciones que aparecen en el comunicado No. 29 del 9 de julio de 2020, de la Corte Constitucional.

Frente al punto que nos convoca, la sentencia tiene 3 argumentos distintos, que se pasan a considerar. El primero, que la regulación adoptada mediante el decreto legislativo era innecesaria. Segundo, que con la medida se desconoció la autonomía de la Rama Legislativa y los demás órganos autónomos y, finalmente, que la presencialidad es la norma ordinaria en materia de reuniones del legislador.

Sobre el primer punto, estoy de acuerdo con el análisis de la Corte Constitucional. Este punto tiene dos elementos a considerar. De una parte, la limitación que el juicio de necesidad, propio del juicio de constitucionalidad de los estados de excepción, impone al ejecutivo que asume funciones legislativas. Bajo las tres formas de estados de excepción admitidas en nuestro ordenamiento (estado de conmoción, estado de guerra y estado de emergencia) el ejecutivo tiene competencia exclusivamente para regular aquellos temas o asuntos respecto de los cuales no existan medios ordinarios idóneos para enfrentar, bien sea las razones del estado de excepción o sus consecuencias.

Esta es una importantísima restricción a las competencias del Gobierno Nacional durante los estados de excepción, pues asegura que (i) no ocurra una ruptura del funcionamiento del Estado, en el sentido de que el Gobierno Nacional no puede sustituir a su antojo el orden normativo existente y se respeten las decisiones adoptadas por el órgano legislativo y (ii), que la atención a las circunstancias que originan el estado de excepción ha de realizarse con base en la normatividad vigente, de suerte que la competencia excepcional es simplemente supletoria ante las nuevas vicisitudes.

En cuanto a las disposiciones que la Corte Constitucional identifica (artículo 95 de la Ley 270 de 1996, 63 de la Ley 1437 de 2011 y 3 de la Ley 5 de 1992), de ellas efectivamente se desprende, de manera razonable, que ya existía regulación en el país que permitía al

## Consideraciones sobre y a partir de la sentencia C242 de 2020 de la Corte Constitucional Sesiones presenciales del Congreso

Congreso de la República sesionar virtualmente. Muchos lo habían advertido desde el momento mismo en que se ordenó el aislamiento preventivo y la prohibición de reuniones grandes.

Sobre este punto, en hora buena que la Corte Constitucional considere, de manera seria, este elemento del control de las medidas de estado de excepción.

El segundo argumento tiene que ver con la idea de que con la medida se desconoció la autonomía de la Rama Legislativa. La argumentación de la Corte Constitucional es bastante singular, aunque es importante reconocer que es una de las escasísimas ocasiones en que la tendencia presidencialista decae. Sin embargo, como veremos, el argumento expuesto deja bastante que desear, aunque la ideología que la inspira se comparte. Veamos.

Para justificar su punto, la Corte Constitucional trae dos argumentos. De un lado, que las funciones del Congreso de la República no “pueden quedar libradas a la reglamentación unilateral expedida por el Gobierno nacional”, puesto que es un órgano que “carece de la representatividad de la pluralidad de la Nación en su conjunto”. De otro, que las ramas del poder público y los órganos del Estado “son los llamados a definir la manera en que han de reunirse” ante situaciones como las que se enfrentan.

Si bien se comparte la ideología que hay detrás del primer argumento, este difícilmente puede esgrimirse ante la situación analizada. Si bien la Corte, al menos en el comunicado, no hace alusión al punto, el argumento se basa la distinción entre las funciones normativas durante los períodos de normalidad y aquellas bajo condiciones excepcionales. Esto, por cuanto el argumento de que el Gobierno Nacional “carece de la representatividad de la Nación en su conjunto” es cierto en toda circunstancia, pero bajo estados de excepción la propia Constitución pondera la representatividad con la necesidad de adoptar medidas que enfrenten la causa y efectos del estado de excepción. Así, precisamente, la ausencia de representatividad no es óbice para que el Gobierno Nacional pueda adoptar medidas con fuerza de ley. De hecho, el carácter de estado de excepción tiene como base, desde la producción normativa, que se altera el régimen de competencias en este sentido.

Siguiendo la lógica de la Corte Constitucional, ninguna medida relativa a los derechos constitucionales podría ser adoptada por el Gobierno Nacional bajo estado de excepción, pues existe reserva de ley, ante la necesidad de que la decisión sea adoptada por el órgano representativo.

De otra parte, este argumento desconoce mandatos constitucionales, pues bajo los estados de excepción el Gobierno Nacional está obligado a asegurar el funcionamiento de los demás órganos constitucionales. Pues bien ¿en qué consiste ese deber? ¿Es simplemente por vía negativa de no interrumpir su funcionamiento o, también es por lo positivo, de adoptar las medidas requeridas para que el funcionamiento se asegure? La última es la que se corresponde a la tradición (y, por qué no, *ratio decidendi*), luego de la masacre del palacio de Justicia en el año 1985.

El otro argumento, que las ramas del poder y los órganos del Estado “son los llamados a definir la manera en que han de reunirse”, es bastante interesante, pero insuficiente. Esto, porque olvida la Corte Constitucional que se está en un Estado de Derecho, donde las competencias están reguladas en la ley o en actos generales. Así, la posibilidad de adoptar esa decisión pasa por la existencia de una ley o reglamento previo.

Ahora, es posible que se esté leyendo de manera errada el comunicado y que la Corte derive la competencia del Congreso y demás órganos de definir la manera de reunirse, con base en la existencia de las leyes previas, que justificaron que se calificara de innecesaria la medida. Si este es el caso, entonces el argumento de la Corte es incomprensible, pues el Gobierno no invadió o desconoció competencias de las ramas del poder o de los órganos estatales, sino que se limitó a reiterar una regla existente (que es la base del juicio de necesidad antes comentado).

Nuevamente, si este es el caso ¿por qué dijo la Corte que el Gobierno Nacional había invadido la órbita de autonomía del Congreso? Para responder, parto de que la Corte Constitucional era consciente de que su argumento no es jurídico (sería terrible asumir que la Corte Constitucional dice cosas sin saber la naturaleza de sus argumentos). Dado esto,

## Consideraciones sobre y a partir de la sentencia C242 de 2020 de la Corte Constitucional Sesiones presenciales del Congreso

pareciera que el mensaje está dirigido a que el Gobierno Nacional tome en serio al Congreso de la República. Este mensaje, ideológicamente se comparte.

Durante este período el Gobierno Nacional no ha tomado en debida consideración al Congreso, el cual ha quedado relegado (sobre todo ante la opinión pública) a una suerte de niño perdido, que no sabe qué hacer. Si este es el mensaje, cabe advertir que bien discutible resulta la constitucionalidad de las medidas adoptadas bajo el segundo estado de emergencia, pues hubo tiempo de sobra para pedir al Congreso de la República que regulara los asuntos que se han regulado por vía excepcional.

Paso al tercer punto. Según la Corte en su comunicado “la Sala plena estimó que era del caso reparar en que la regla general del funcionamiento del Congreso y de las demás corporaciones públicas de elección es la presencialidad”, por lo que no es “posible prohibir la asistencia presencial de aquellos miembros de las corporaciones públicas que así lo consideren”.

De nuevo la Corte Constitucional tiene razón, pero desde el punto de vista de la normalidad. Pero la situación excepcional a la que nos enfrentamos demanda algún análisis y no la imposición irreflexiva de una razón no ponderada. Paso a explicarme.

La Corte Constitucional ha debido ponderar (ofrecer razones a favor y en contra) entre las condiciones del debate dentro de las corporaciones públicas de elección popular y los riesgos de transmisión de una enfermedad como el COVID-19. Bien distinto sería que se analizara una restricción frente al Zika o el Dengue. Ha debido evaluar si el riesgo de transmisión podría ser una razón que justifique que el Congreso de la República o cualquier otra corporación pública de elección popular no pudiese hacer debates presenciales.

La ausencia de una consideración sobre este punto, digno de Trump o Bolsonaro, simplemente muestra que la Corte Constitucional no ha tomado en cuenta que (i) la presencialidad pone en riesgo la salud y la vida de los asistentes y citados a las reuniones o debates de las corporaciones públicas de elección popular, (ii) que también pone en riesgo la

## Consideraciones sobre y a partir de la sentencia C242 de 2020 de la Corte Constitucional Sesiones presenciales del Congreso

salud y la vida del personal administrativo de esas corporaciones y los visitantes a ellas (estos últimos porque la razón que sustenta la primacía de la presencialidad, también aboga para el carácter público de las sesiones) y, (iii) el riesgo para la vida y la salud de las personas, sean familiares, empleados, compañeros de trabajo o extraños, que entren en contacto con las personas que asisten a las corporaciones públicas de elección popular.

De manera sencilla. Si tenemos en cuenta la infografía que preparó el Instituto Nacional de Salud sobre “por qué es realmente importante disminuir el contacto social en la población” (<https://www.ins.gov.co/Noticias/Paginas/Coronavirus.aspx>), en el escenario que propone la Corte Constitucional que supone ausencia de limitación de contacto social entre miembros, empleados y asistentes a las corporaciones públicas de elección popular, cada senador y representante contagiado podría ser el paciente 0 de 1086 personas infectadas a los 30 días. Es decir, por cuenta del Congreso de la República (en un escenario pesimista), podrían haber 288.876 infectados a los 30 días de la primera reunión. Eso sin contar con los infectados por los concejales y diputados.

Ese riesgo de contagio, improbable pero posible, ¿fue evaluado por la Corte Constitucional? Claramente no. Pero eso puede ser un problema menor frente al otro mensaje que hay tras este argumento de la Corte Constitucional: el Gobierno Nacional, ante situaciones epidémicas, no puede (carece de competencia) adoptar medidas de protección que impliquen a toda la población. Esto, porque está excluyendo del ámbito de decisión del Gobierno Nacional sobre la restricción relativa a reuniones y aglomeraciones a las personas que pertenecen, laboran y visitan a las corporaciones públicas de elección popular. (El argumento de la Corte debería extenderse a cualquier aglomeración de carácter democrático, pues Colombia, no nos olvidemos, es una democracia participativa).

Dadas las características de la emergencia, que es enfrentar una epidemia, el resultado final es que el Gobierno Nacional no tiene competencia para adoptar las medidas que se han estimado necesarias para enfrentarlas. En plata blanca: el Gobierno no tiene competencia para enfrentar, autónomamente, la epidemia. Por otro lado, el mensaje es que el Congreso de la República y las demás corporaciones públicas de elección popular tienen competencia

## Consideraciones sobre y a partir de la sentencia C242 de 2020 de la Corte Constitucional Sesiones presenciales del Congreso

para poner en riesgo la salud y la vida de toda persona.

Se que algunos podrán pensar que el Congreso y las demás corporaciones públicas de elección popular son sensatas y que sus integrantes no estarían dispuestos a poner en riesgo a la población y que, además, seguramente estarían de acuerdo con el Gobierno Nacional en limitar la presencialidad. El problema es que la apelación a la sensatez es contrafáctica.

Henrik López Sterup

Foto tomada de: El Colombiano