

76

SERIE
DOCUMENTOS DE TRABAJO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

La implementación del proceso de paz y el control automático de constitucionalidad de las normas que se producen por la aplicación del acto legislativo 1 de 2016. El caso de la reforma al decreto 2067 de 1991

Jalil Alejandro Magaldi

SERIE DOCUMENTOS DE TRABAJO

El Departamento de Derecho Constitucional es una de las unidades académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Sus documentos de trabajo dan a conocer los resultados de los proyectos de investigación del Departamento, así como las ideas de sus docentes y de los profesores y estudiantes invitados. Esta serie reúne trabajos de cinco importantes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociología jurídica, la teoría y filosofía jurídica,

Las opiniones y juicios de los autores de esta serie no son necesariamente compartidos por el Departamento o la Universidad.

Los documentos de trabajo están disponibles en www.icrp.uexternado.edu.co/

Serie *Documentos de Trabajo*, n.º 76
***La implementación del proceso de paz y el control automático de
constitucionalidad de las normas que se producen por la aplicación del
acto legislativo 1 de 2016. El caso de la reforma al decreto 2067 de 1991.***
Jalil Alejandro Magaldi

Este documento puede descargarse de la página web del departamento solo para efecto de investigación y para uso personal. Su reproducción para fines diferentes, bien sea de forma impresa o electrónica, requiere del consentimiento del autor y la editora. La reproducción de los documentos en otros medios impresos y/o electrónicos debe incluir un reconocimiento de la autoría del trabajo y de su publicación inicial.

Los autores conservan los derechos de autor. La publicación de este texto se hace bajo los parámetros del *Creative Commons Attribution*. El autor del documento debe informar al Departamento de Derecho Constitucional si el texto es publicado por otro medio y debe asumir la responsabilidad por las obligaciones consecuentes.

Para efectos de citación, debe hacerse referencia al nombre completo del autor, el título del artículo y de la serie, el año, el nombre de la editora y la editorial.

© 2015, Departamento de Derecho Constitucional,
Universidad Externado de Colombia.
Paola Andrea Acosta, Editora
Calle 12 n.º 1-17 Este, Of. A-306. Bogotá, Colombia
www.icrp.uexternado.edu.co/

Presentación

Los *Documentos de Trabajo* son un espacio para la reflexión y el debate. A diferencia de otros formatos, esta serie ofrece un palco para los trabajos inacabados, para la discusión de las ideas en formación y el perfeccionamiento de los procesos de investigación. Se trata pues, de textos que salen a la luz para ser enriquecidos con la crítica y el debate antes de pasar por el tamiz editorial.

En esta colección se sumarán cinco grandes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociológica jurídica, la teoría y filosofía del derecho. Además, de poner a prueba nuestras ideas, el cometido principal de esta publicación es aportar a los debates actuales, tanto aquellos que se viven en la academia como los que resultan de la cada vez más compleja realidad nacional e internacional.

Esta publicación está abierta a todos los miembros de nuestra Casa de Estudios, profesores y estudiantes, así como a quienes nos visitan. Esperamos contar con el aporte de todos aquellos interesados en la construcción de academia.

MAGDALENA CORREA HENAO
*Directora del Departamento
de Derecho Constitucional*

PAOLA ANDREA ACOSTA A.
Editora

La implementación del proceso de paz y el control automático de constitucionalidad de las normas que se producen por la aplicación del acto legislativo 1 de 2016. El caso de la reforma al decreto 2067 de 1991.

INTRODUCCIÓN

Desde sus inicios, los documentos de trabajo fueron concebidos como herramientas que propicien la reflexión y el debate, en el que los trabajos inacabados, con ideas en formación, pueden ser enriquecidos con la crítica y el debate resultante de esta.

En este sentido, el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia ha decidido echar mano de los valiosos insumos contenidos en las intervenciones que ha realizado frente a los procesos de constitucionalidad que se siguen en la Corte Constitucional, para así hacer visible las ideas de nuestros docentes frente a importantes temas de trascendencia constitucional, sometiendo estas consideraciones a la crítica pública, siempre tan necesaria y enriquecedora.

La intervención que a continuación se presenta fue realizada por el docente Alejandro Magaldi Serna intervinieron en el trámite de control automático de constitucionalidad del decreto ley 121 de 2017, promulgado por el presidente de la República en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2016.

1. NORMA CONTROLADA

Se trata del decreto ley 121 de 2017, en virtud de las facultades extraordinarias concedidas en el artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2016.

Para efectos de esta intervención, es necesario tener claro qué hace este Decreto ley por la paz 121 de 2017.

En general, él pretende llevar a la práctica los mandatos constitucionales contenidos en el literal k del artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2016 y en el inciso 3 del artículo 2 de la misma reforma constitucional, estableciendo el

procedimiento que debe surtir la Corte Constitucional para controlar las *disposiciones normativas por la paz*.

El literal k) del artículo 1 consagra:

“k) Los proyectos de ley y de acto legislativo tramitados mediante el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz tendrán control automático y único de constitucionalidad, posterior a su entrada en vigencia. Las Leyes Estatuarias tendrán control previo, de conformidad con lo previsto I en el artículo 153 de la Constitución. El control de constitucionalidad de los actos legislativos se hará solo por vicios de procedimiento en su formación. Los términos de esta revisión para leyes y actos legislativos se reducirán a la tercera parte de los del procedimiento ordinario y no podrán ser prorrogados.”

Por su parte, el inciso 3 del artículo 2 establece:

“Los decretos con fuerza de ley que se dicten en desarrollo de este artículo tendrán control de constitucionalidad automático posterior a su entrada en vigencia. El procedimiento de revisión de constitucionalidad de estas disposiciones deberá surtirse por parte de la Corte Constitucional dentro de los dos meses siguientes a su expedición.”

Puntualmente, mientras que el literal k, plantea un procedimiento abreviado en un tercio del procedimiento ordinario para los actos legislativos y las leyes *por la paz*, el inciso tercero plantea un término de 2 meses dentro del cual debe surtirse el procedimiento de revisión de constitucionalidad de los *decretos ley por la paz*.

El Decreto Ley objeto de control plantea términos específicos para ejercer el control de constitucionalidad según cada una de las disposiciones anotadas. En particular esos términos están relacionados con el reparto, el auto que asume el conocimiento, el decreto y práctica de pruebas, las intervenciones ciudadanas y del Ministerio Público, la presentación del proyecto de sentencia y residualmente, el tiempo para que la Corte tome una decisión.

2. PROBLEMA JURÍDICO

¿En virtud de la autorización consagrada en el artículo 2 del Acto legislativo 1 de 2016, que faculta al Presidente de la República a expedir decretos con fuerza de ley, éste puede expedir uno que reglamente el procedimiento especial para que la Corte Constitucional controle la constitucionalidad de los actos normativos especiales para la paz?

3. SOBRE EL PROBLEMA INTERPRETATIVO Y DE APLICACIÓN DEL DERECHO.

Según el artículo 2 del Acto legislativo 1 de 2016, el Presidente de la República está facultado para expedir decretos ley bajo 3 límites:

Primera cuestión: límite Temporal: Para ello, se ha establecido un término máximo para ejercer esta facultad, de 180 días.

Segunda cuestión: límite Sustancial: el contenido del decreto debe tener por objeto “*facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.*”

Tercera cuestión: No afectación a la reserva de ley: En virtud del inciso 2 del mismo artículo, las facultades del Presidente de la República “*(..) no podrán ser utilizadas para expedir actos legislativos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes códigos, leyes que necesitan mayorías calificada o absoluta para su aprobación, ni para decretar impuestos.*”

En virtud del inciso tercero del mismo artículo, los decretos expedidos bajo esta facultad del Presidente de la República estarán sometidos a un **control de constitucionalidad automático y posterior** que no puede tomar más de **2 meses**.

Pues bien, nuestra modesta intervención contiene algunas consideraciones y sobre todo unos parámetros de control que pensamos que puede contribuirle a la Corte Constitucional en la revisión de la constitucionalidad de este tipo de decretos ley especiales (en adelante *decretos ley por la paz*).

Primera Cuestión: Análisis del límite temporal:

Para determinar el ámbito de validez de la facultad extraordinaria el cumplimiento de este requisito es necesario establecer desde cuándo entró en vigencia el Acto Legislativo 1 de 2016.

El artículo 5 del Acto Legislativo 01 de 2016 establece: “*El presente acto legislativo rige a partir de la refrendación popular del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.*”

Por lo tanto, es menester determinar en qué momento se surtió la refrendación popular del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Este asunto no es evidente en atención a los resultados electorales del plebiscito del 2 de octubre de 2016. Según lo expusimos en la intervención de la Universidad Externado de Colombia al expediente RDL-001:

“El interrogante sobre el alcance político y jurídico de la votación negativa de los colombianos empezó a encontrar solución en la sentencia C-699 de 2016, providencia en la que la Corte Constitucional aclaró que la refrendación popular no es una exigencia que se satisfaga mediante la realización de un único acto. De ser así, la aprobación del pueblo constituiría una manifestación súbita y repentina, desconectada del contexto político en que se enmarca, caracterización que se opone a la orientación deliberativa y reflexiva que dio la Constitución a nuestra democracia. En ese sentido -advirtió la Corte- la refrendación es un proceso complejo en el que se articulan varias fases, una de las cuales consiste en el ejercicio de consulta a los ciudadanos. Sobre el particular, la corporación estableció en los siguientes términos el sentido de la condición establecida en el acto reformativo:

En ese contexto preciso, la refrendación popular designa un (i) proceso, (ii) en el cual haya participación ciudadana directa, (iii) cuyos resultados deben ser respetados, interpretados y desarrollados de buena fe, en un escenario de búsqueda de mayores consensos, (iv) proceso que puede concluir en virtud de una expresión libre y deliberativa de una autoridad revestida de legitimidad democrática, (v) sin perjuicio de eventuales espacios posibles de participación ciudadana para la revisión específica de aspectos concretos ulteriores.

En estos términos, es claro que la suerte del proceso de refrendación popular no depende, ni ha dependido jamás, de una única determinación de alguno de los diferentes actores que fueron llamados a participar en él. La votación ciudadana, cuya importancia está más allá de toda duda, no agota el alcance de dicha condición. Es una fase fundamental, motivo por el cual la Corte ha señalado que dicho resultado debe ser respetado, interpretado y desarrollado de buena fe, mas no consume por sí sola el proceso de deliberación democrática que pretendía fomentar el Legislador al incluir dicha condición en el mencionado artículo 5. De ahí que el tribunal haya precisado que dicho trámite no concluye en dicho momento, sino que prosigue hasta la determinación que, sobre el particular, emita un órgano dotado de legitimidad democrática.

En consecuencia, no es dable afirmar que, a la luz de la jurisprudencia constitucional, el resultado electoral del dos de octubre de 2016 haya anulado las facultades extraordinarias empleadas por el Presidente de la República al aprobar el Decreto Ley 2204 de 2016.

Con posterioridad a la celebración del plebiscito, el Gobierno nacional dispuso la creación de toda clase de escenarios para conocer la opinión de las diferentes fuerzas sociales y políticas que promovieron el voto negativo. Según pudimos corroborar los colombianos, todas ellas arguyeron que, justamente, el anhelo de paz había inspirado el sentido de su voto. Su deseo, según esto, no era boicotear el proceso de paz liderado por el Gobierno, sino dar a conocer su descontento frente a puntos específicos de los acuerdos, para que fuesen corregidos y fuese posible la firma de un convenio de paz que incluyera a todos los ciudadanos.

Interpretando el sentir que prevaleció en las urnas y, muy especialmente, acatando la obligación impuesta por el artículo 22 del texto constitucional, que consagra la búsqueda de la paz como un «deber de obligatorio cumplimiento», el Gobierno nacional introdujo modificaciones sustanciales al contenido de los acuerdos. Como resultado de ello, el día 24 de noviembre de 2016 se firmó un nuevo texto que pretendía satisfacer las inquietudes y las reservas de quienes votaron en contra del plebiscito. Según se acaba de advertir, dicha decisión estuvo precedida de intensas y fructíferas deliberaciones con los representantes de las fuerzas que triunfaron el 2 de octubre.

El 30 de noviembre de 2016, para terminar, el Congreso de la República, luego de un extenso debate democrático en el que participaron activamente los representantes de estas mismas fuerzas y los diversos actores políticos que han participado en el conflicto que se pretende concluir, se ratificó el texto del segundo acuerdo de paz. Con nutridas mayorías, los congresistas manifestaron de manera clara y contundente su intención de ratificar, en nombre del pueblo, el contenido de dichos acuerdos. Ninguna autoridad pública cuenta, al menos desde una perspectiva formal, con una legitimidad democrática superior al Congreso de la República. En él encuentran voz las diferentes visiones políticas y sociales que nutren a nuestra democracia. Aún la opinión de quienes se han opuesto pertinazmente a esta iniciativa tuvo sobradas garantías para dar a conocer sus posturas y para intentar hacer valer su especial manera de dar por terminado el conflicto. Sin embargo, el anhelo de paz prevaleció entre los representantes de los colombianos, lo cual permite concluir que, de este modo, se satisfizo la exigencia de la referendación popular.”¹

Así, habiéndose ratificado el Acuerdo con un concluyente acto solemne el 30 de noviembre, empezó a regir al día siguiente, esto es el 1 de diciembre de 2016. En consecuencia, en atención al artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2016, el Presidente cuenta con 180 días a partir del 1 diciembre para expedir Decretos con fuerza de Ley.

Una cuestión que deberá resolver la Corte es cómo ha de entenderse que corren esos 180 días, para saber el día en el que pierde vigencia la autorización extraordinaria. Al menos, dos interpretaciones pueden ser razonables:

- a. Una primera interpretación partiría de la analogía con la norma supletiva procesal civil que establece que cuando los términos se determinan en días, ellos deben entenderse hábiles. Esta interpretación conduciría a una autorización hasta el 28 de agosto de 2017, según nuestras cuentas.

¹ Intervención de los ciudadanos Andrés Gutiérrez y Federico Suárez, profesores del Departamento de Derecho constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Pp 2-3.

- b. Una segunda interpretación puede concluir que los 180 días deben ser contados en días del calendario, puesto que, a diferencia de lo que ocurre para ejercer el derecho de defensa en el procedimiento civil – que solo puede hacerse en días hábiles-, el Presidente de la República puede expedir este tipo de actos normativos incluso en días inhábiles o festivos. Desde esta perspectiva, la fecha final de vigencia de la autorización extraordinaria sería 29 de mayo de 2017, según nuestras cuentas.

En todo caso, el Decreto, habiendo sido expedido el 26 de enero de 2017, se encuentra dentro el ámbito de vigencia de las facultades extraordinarias del artículo 2 del Acto legislativo 1 de 2016.

Segunda cuestión: análisis del límite sustantivo.

En virtud del mismo artículo 2 del Acto Legislativo se facultó *al Presidente de la República para expedir los decretos con fuerza de ley cuyo contenido tendrá por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.*”

Un primer elemento relevante para considerar es que la facultad extraordinaria al Presidente de la República se circunscribe a la expedición de decretos ley. Además de la mención expresa de “*decretos con fuerza de ley*”, los límites materiales introducidos en el inciso 2 del artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2016 son, palabras más, los mismos consagrados para los *decretos ley* según el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución.

Esto implicaría que el rasero con el cual deben ser medidos los *decretos ley por la paz* es aquel utilizado por la Corte para controlar los *decretos ley del numeral 10 del artículo 150*.

Sin embargo, hay una diferencia sustancial entre los *decretos ley del artículo 150* de la Constitución y los nuevos *decretos ley por la paz*. Mientras que los primeros están sometidos a algún grado de deliberación y control por parte del Congreso -quien debe facultar al Presidente de la República por medio de una ley-, los segundos no son sometidos a la deliberación y al escrutinio público del parlamento. Por lo tanto, ese déficit del elemento racional y deliberativo que supone una democracia constitucional debe ser suplido por una justificación exhaustiva del Presidente de la República tanto en el uso de las facultades extraordinarias como en las medidas en particular. En consecuencia, el control de constitucionalidad que realice la Corte Constitucional debe ser más riguroso que el utilizado para la revisión de los *decretos ley del artículo 150*.

De hecho, la Corte ya ha determinado que el control de los decretos ley debe ser más riguroso que el de una ley expedida por el Congreso. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha planteado que:

“En principio, el control constitucional de las normas legales por parte de la Corte Constitucional ha de ser deferente con las decisiones adoptadas por el Congreso de la República de Colombia, foro de representación política por excelencia. Las normas legales se presumen constitucionales y, salvo algunos casos, corresponde a las personas que ejerzan una acción de inconstitucionalidad en su contra, desvirtuar tal presunción, mostrando por qué las normas acusadas sí violan la Constitución Política. Son varias las razones que justifican la deferencia que debe la Corte Constitucional al Congreso de la República, al evaluar la constitucionalidad de las normas legales expedidas por éste. Una de las principales, es la legitimidad democrática con que cuenta el Congreso, debido a su manera de conformación y a sus reglas de procedimiento, para lograr una adecuada deliberación. El sistema de partidos y movimientos políticos y el sistema electoral, entre otros factores, determinan la manera como las personas son representadas en democracia, de acuerdo a reglas de deliberación que respeten la voz y los derechos de las minorías políticas y permitan decidir a las mayorías.”²

“El hecho de que el Congreso legisle como máximo órgano de representación popular, en cuyo caso la decisión legislativa es expresión directa del principio democrático, contrasta con el hecho de que sea el Gobierno Nacional quien dicte las normas extraordinarias previa la habilitación legislativa. El déficit de deliberación pública y de posibilidad efectiva de representación de todos los potenciales afectados o beneficiados en la expedición de la norma por parte del legislador extraordinario, podría justificar la aplicación de un test más estricto de razonabilidad que el test leve, en aras de salvaguardar los derechos de potenciales destinatarios, de grupos excluidos de la deliberación y decisión, o de potenciales afectados por la medida legislativa extraordinaria sin acceso al proceso decisorio.”³

“Uno de los controles que representa un contrapeso a una decisión con fuerza de ley por parte del Presidente de la República es, precisamente, el juicio de constitucionalidad, el cual requiere de acción pública en los casos en los que el Congreso mediante ley habilitó al Presidente, y es de oficio si el Presidente se auto-habilitó mediante la declaratoria de un estado de excepción. Por eso, la jurisprudencia ha señalado que los juicios constitucionales sobre contenidos normativos que deberían someterse a un juicio ordinario de constitucionalidad, al

² C-943 de 2012

³ C-673 de 2001. Reiterado al menos en la sentencia C-123 de 2011 y en la sentencia C-943 de 2012.

estar incluidas en un Decreto ley, deben ser escrutinio más estricto, como por ejemplo, un juicio estricto de razonabilidad o de igualdad.”⁴

En el caso de los *decretos ley por la paz*, la inexistencia de deliberación y escrutinio del Congreso no solo se predica del fondo del acto normativo expedido por el ejecutivo –como es el caso de los *decretos ley del artículo 150-* sino de la delimitación de la competencia que haría el Congreso al expedir una ley de facultades extraordinarias y que sería parámetro de control para la Corte Constitucional.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha venido desarrollando unos *requisitos de precisión* como parámetro de control de las leyes de facultades extraordinarias al Presidente de la República. Plantea la Corte que este tipo de leyes deben “1) *indicar la materia que delimita el ámbito sustantivo de acción del Ejecutivo; 2) señalar la finalidad a la cual debe apuntar el Presidente de la República al ejercer las facultades; y 3) enunciar los criterios que han de orientar las decisiones del Ejecutivo respecto de las opciones de diseño de política pública dentro del ámbito material general de la habilitación*”⁵.

Evidentemente, no es posible hacer este tipo de juicios en el caso de los decretos ley para la paz puesto que la habilitación presidencial surge de una norma constitucional. Sin embargo, las exigencias jurisprudenciales predicables de la ley de facultades extraordinarias deben ser trasladadas al Presidente de la República puesto que del texto normativo del artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2016 es posible extraer a) la delimitación del ámbito sustantivo y b) la exigencia de una carga argumentativa rigurosa del ejecutivo suficiente para sobre pasar un escrutinio estricto de proporcionalidad. Ambas cargas argumentativas deben ser satisfechas por el Presidente de la República por cada *decreto ley para la paz* que sea expedido.

A) Delimitación del ámbito sustantivo: un juicio teleológico

El Acto Legislativo efectivamente indica un ámbito sustantivo de validez de los *decretos legislativos por la paz*. En virtud de que “*tendrán por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.*”

Para determinar los límites de ese ámbito sustantivo, puede usarse la jurisprudencia constitucional sobre la delimitación de las facultades extraordinarias. En efecto, la Corte “*ha señalado la necesidad de identificar*

⁴ C-943 de 2012.

⁵ C-097 de 2003, C-061 de 2005, C-219 de 2015.

*el “verbo rector de la facultad” en el que se encuentra definido el alcance de la misma. Precizado el objetivo central, se determina la finalidad que debe orientar al legislador extraordinario”*⁶

Así, el artículo plantea dos verbos rectores: facilitar y asegurar; dos complementos directos: la implementación y el desarrollo normativo y; uno indirecto: el Acuerdo final para la terminación del conflicto.

En ese sentido, al ser verbos rectores *facilitar* y *asegurar*, lo que se plantea es un juicio teleológico; esto es, un análisis de si los medios alcanzan (facilitan o aseguran) los fines. En atención al déficit democrático de este tipo de normas, resulta necesario exigir una argumentación suficiente y específica tanto por el uso de las facultades extraordinarias (I) como sobre la finalidad de las medidas en particular (II).

- I. Frente al uso de las facultades extraordinarias. En este sentido, el juez constitucional deberá exigir del ejecutivo que explique suficientemente por qué la expedición del determinado decreto ley para la paz logra facilitar o asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo final.
- II. Frente a cada una de las medidas específicas. En concreto, las medidas tomadas a través de un decreto ley para la paz deben tener la entidad de facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final.

B) Exigencia de una argumentación rigurosa: el escrutinio de la necesidad y de la proporcionalidad stricto sensu

La ausencia de deliberación y escrutinio del congreso sobre las medidas expedidas mediante un *decreto ley para la paz*, implica que la interpretación de los verbos rectores que delimitan el ámbito sustantivo debe ser más estricta. En especial en cuanto a “*facilitar*” pues bajo una interpretación amplia, todo tipo de medidas podrían justificarse como *facilitadoras* de la implementación o el desarrollo normativo del Acuerdo Final.

En ese sentido, la carga argumentativa que debe ser exigida al Presidente de la República debe someterse a una metodología racional propia de la Corte. Por ello, creemos aconsejable aplicar el juicio de proporcionalidad. Ya que el análisis de la idoneidad se ejerce en virtud de lo expuesto en el acápite anterior, resta implementar un juicio de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.

El **juicio de necesidad**, ampliamente utilizado por la Corte Constitucional, supone una comparación de las medidas frente a otras medidas similares para

⁶ C-734 de 2005, C-306 de 2004 y C-097 de 2003.

determinar que estas sean las más apropiadas para el cumplimiento de los fines constitucionales propuestos. Este juicio, como lo advertíamos anteriormente debe exigirse tanto del uso de las facultades extraordinarias como de las medidas específicas:

- I. Frente al uso de las facultades extraordinarias. El juez constitucional deberá exigir del Presidente de la República una justificación sobre la urgencia de tomar medidas para llegar a esa finalidad a través de las facultades extraordinarias en comparación con la vía expedita congresional conocida como *fast track*.
Es aquí donde la Corte tendrá que revisar con detenimiento el decreto objeto de control, puesto que no parece haber una justificación suficiente sobre la pertinencia de la norma. En otras palabras, el Decreto Ley 2067 puede ser usado para responder a las exigencias del Acto Legislativo 1 de 2017 a través de la aplicación de los procedimientos abreviados.
- II. Frente a cada medida en particular. La Corte deberá determinar que las medidas sean las más apropiadas frente a otras medidas que pudieran lograr el mismo fin.

Frente a la **proporcionalidad en sentido estricto**, es necesario que la Corte exija del Presidente de la República una suficiente explicación sobre la importancia de satisfacer un principio determinado, como el derecho a la paz, en la toma de las medidas normativas y que justifique porque resulta menos costoso la insatisfacción de otro u otros principios que resulten contrapuestos. En concreto, para ello, es necesario que

- 1) El ejecutivo justifique por qué debe ser priorizado un determinado principio sobre otro y;
- 2) El ejecutivo exponga qué medidas tomó para la mitigación de los efectos perjudiciales sobre los principios contrapuestos.

Tercera cuestión: análisis del respeto a la reserva de ley.

Como se advirtió en el acápite anterior, el Presidente de la República está facultado exclusivamente a expedir *decretos ley*. En efecto, el artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2016 establece que las facultades del Presidente de la República “(..) *no podrán ser utilizadas para expedir actos legislativos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes códigos, leyes que necesitan mayorías calificada o absoluta para su aprobación, ni para decretar impuestos.*” Se trata de los mismos límites que establece el numeral 10 del artículo 150 para

la expedición de decretos ley bajo la delegación del Congreso. En otras palabras, a través de las facultades extraordinarias del artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2016, el presidente no puede sobrepasar las reservas de ley establecidas por la Constitución.

Las medidas establecidas en el *Decreto Ley para la paz* 121 de 2017 modifican “transitoriamente” las normas con las cuales se llevará a cabo el control de constitucionalidad tanto de las reformas constitucionales y las leyes a través del *fast track*, como de los *decretos ley por la paz*. Esta medida *a priori* podría intervenir en el ámbito material de una ley estatutaria puesto que por un lado 1) determina unas normas sobre la administración de la justicia constitucional y por el otro 2) Puede afectar el derecho a participar en las acciones de constitucionalidad. Por esta razón, resulta necesario determinar si es predicable una reserva de ley estatutaria de las medidas tomadas por el Decreto Ley por la paz 121 de 2017.

A) *Frente a la reserva de ley estatutaria de administración de justicia*

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, con oportunidad del examen del proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia

“expuso que un cuerpo normativo de esta naturaleza “debe ocuparse esencialmente sobre la estructura general de la administración de justicia y sobre los principios sustanciales y procesales que deben guiar a los jueces en su función de dirimir los diferentes conflictos o asuntos que se someten a su conocimiento”, y en esa medida “no todo aspecto que de una forma u otra se relacione con la administración de justicia debe necesariamente hacer parte de una ley estatutaria”⁷

“La jurisprudencia ha optado por una interpretación restrictiva respecto del principio de reserva de ley estatutaria en materia de administración de justicia, según la cual dicha reserva no es extensible a asuntos no contemplados en el artículo 152 constitucional por una parte, y adicionalmente que a través de este procedimiento deben reglamentarse los elementos estructurales esenciales de la función pública de justicia, la determinación de los principios que informan la administración de justicia, así como los órganos encargados de ejercerla y sus competencias generales.”⁸

Según lo anterior, es necesario determinar si el decreto ley objeto de control a) afecta los elementos estructurales de la administración de la justicia constitucional o si; b) perturba los principios que rigen la actuación de la

⁷ C-818 de 2011 refiriéndose a la C-037 de 1996.

⁸ C-818 de 2011 refiriéndose a la jurisprudencia contenida en la sentencia C-670 de 2001 y reiterada en la sentencia C-295 de 2002 y C-162 de 2003.

administración de justicia o si; c) cambia las competencias generales de los órganos encargados de ejercerlas.

De un análisis de las disposiciones del Decreto ley sub examine, podemos concluir que a) no afecta elementos estructurales de la administración de justicia; ni b) perturba los principios que rigen su actuación; ni c) cambia las competencias del órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad.

B) Frente a la reserva de ley estatutaria sobre derechos fundamentales

En cuanto al contenido reservado en ley estatutaria en cuanto a los derechos fundamentales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha decantado ciertos criterios para determinar la aplicación de la reserva de ley:

“(i) efectivamente se trate de derechos y deberes de carácter fundamental; (ii) el objeto directo de la regulación sea el desarrollo del régimen de derechos fundamentales o el derecho; (iii) la normativa pretenda regular de manera integral, estructural y completa un derecho fundamental; (iv) verse sobre el núcleo esencial y los principios básicos del derecho o deber, es decir, que regule los aspectos inherentes al ejercicio del derecho; y (v) se refiera a la afectación o el desarrollo de los elementos estructurales del derecho, esto es, que consagre límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que afecten la estructura general y los principios del derecho.”⁹

Si bien el decreto ley para la paz 121 de 2017 regula ámbitos del derecho fundamental a participar en la conformación y control del poder público a través de la interposición de acciones constitucionales o su participación en ellas (i), es claro que no se trata de una reglamentación que desarrolle el régimen de este derecho fundamental (ii) ni pretende regularlo de manera integral, estructural y completa (iii) aunque regula un aspecto inherente al ejercicio del derecho, como es el término para ejercerlo (iv), no hace cosa diferente que establecerlo de la manera más amplia puesto que se le da el mismo término que en un proceso ordinario de constitucionalidad (v)

4. CONCLUSIONES:

Más que abogar por la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma sometida a control, esta intervención pretende mostrar a la Corte la importancia de determinar de manera completa y clara la metodología y los parámetros de control de los actos normativos expedidos por mandato del

⁹ C-007 de 2017

Acto Legislativo 1 de 2016, en especial de los *decretos ley para la paz*. En efecto, esto es de suma importancia puesto que el rasero que determine la Corte debe ser consistente frente a todos los actos normativos de la misma naturaleza.

El Acto Legislativo 1 de 2016 establece 3 tipos de límites: uno temporal, uno sustantivo y la no afectación de la reserva de ley.

El límite temporal, si bien es cumplido, exige de la Corte Constitucional determinar cómo debe ser entendido el plazo de 180 días.

El límite sustantivo se puede determinar a partir de los verbos rectores *facilitar y asegurar* y los complementos directos la implementación y el desarrollo normativo del complemento indirecto Acuerdo final. Esto supone la exigencia de un juicio teleológico o de idoneidad.

Sin embargo, los decretos ley para la paz adolecen de un déficit de deliberación y escrutinio público en tanto que no solo las medidas son tomadas directamente por el Presidente de la República sino porque no se exige una autorización congresional específica de las facultades extraordinarias. Esta situación supone la exigencia de un control de constitucionalidad riguroso de estos actos normativos. Así, resulta altamente aconsejable utilizar un examen de necesidad tanto del ejercicio de las facultades extraordinarias como de las medidas en específico; y un examen de proporcionalidad en sentido estricto que permita justificar por qué ha de dársele prioridad a un principio determinado y qué se ha hecho para mitigar los efectos adversos sobre el principio contrapuesto.

Es aquí donde puede haber dificultades de constitucionalidad para el *decreto ley para la paz* 121 de 2017. Puesto que no es evidente que se necesite una reglamentación sobre la materia, puesto que el decreto ley 2067 puede ser aplicable para satisfacer el requerimiento de prontitud del control de constitucionalidad. Esto en especial frente al control automático de las reformas constitucionales y de las leyes en ejercicio del *fast track*, puesto que este control debe ser ejercido a través de un procedimiento abreviado en un tercio, cosa que ya existe para el control de los decretos legislativos.

Un elemento de importante consideración es si en este caso, no habiendo antecedentes en *stricto sensu*, se debe juzgar con un rasero tan exigente o si puede ser un poco menos exigente para el caso, estableciendo criterios de alta exigencia hacia el futuro. De esta consideración dependería en gran medida la constitucionalidad del decreto examinado, pues la ausencia de justificación suficiente en la expedición del decreto supone una fragilidad importante que la Corte debe valorar para determinar su constitucionalidad.

El límite frente al respeto de la reserva de ley, exige la aplicación de los criterios jurisprudenciales que han servido para identificar cuándo se trata de materias que deben ser reguladas por tipos reservados de leyes. En el caso en concreto, a pesar de tener relación con la administración de justicia y con el

derecho fundamental a participar en el proceso de control de constitucionalidad de las leyes, no parece haber una afectación a los estándares planteados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

