

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA  
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO  
A LA SENTENCIA C-699 DE 2016**

**REF: Expediente D-11601**

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1° y 2° (parciales) del Acto Legislativo 1 de 2016 *“Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”*.

**Demandante:** Jesús Pérez González-Rubio.

**Magistrada sustanciadora:**  
**GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO**

1. Con el acostumbrado respeto, me aparto parcialmente del fallo de la Corte que decidió

*“Declarar EXEQUIBLES, por los cargos examinados, los artículos 1 y 2 (parciales) del Acto Legislativo 1 de 2016 ‘Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera’”*

La posición mayoritaria resolvió, como cuestión previa, que aunque el artículo 5° no fue demandado, ni procedía su enjuiciamiento por integración normativa, era necesario interpretarlo, pues define las condiciones de vigencia integral del Acto acusado, y determina el contexto en el cual deben entenderse las normas demandadas. Según el artículo 5° referido, el procedimiento legislativo especial diseñado en el Acto Legislativo, así como sus demás previsiones, solo entran en vigencia a partir de la “refrendación popular” del acuerdo final. Si bien el orden jurídico no da una definición expresa y cerrada de lo que debe entenderse por refrendación popular, tras una interpretación basada en todos los elementos constitucionales relevantes, la mayoría concluyó que la refrendación popular debe tener las siguientes características:

- (i) es un proceso,
- (ii) debe tener participación ciudadana directa,
- (iii) sus resultados deben ser respetados, interpretados y desarrollados de buena fe, en un escenario de búsqueda de mayores consensos,

- (iv) puede concluir en virtud de la decisión libre y deliberativa de un órgano revestido de autoridad democrática,
- (v) opera sin perjuicio de ulteriores espacios posibles de intervención ciudadana que garanticen una paz “estable y duradera”.

Según lo anterior, puede haber refrendación popular con participación ciudadana previa, caso en el cual se le reconoce poder al congreso para verificar la readecuación de lo sometido a su consideración, aunque tras la expresión ciudadana es legítimo que el proceso continúe y concluya en virtud de las competencias de una o más autoridades instituidas que le pongan fin. Cuando una autoridad de esta naturaleza (que puede ser el Congreso de la República) decida conforme a los anteriores principios que el acuerdo final surtió un proceso de refrendación popular, el Acto Legislativo 1° de 2016 entrará en vigencia, sin perjuicio del control constitucional posterior que tendrá lugar cuando los actos especiales respectivos surtan su revisión ante la Corte. El hecho de que esta decisión fije los principios para interpretar la norma que regula la entrada en vigencia del Acto Legislativo, pero no establezca si se verifican o no, se debe a que para asumir competencias de control sobre el citado acto reformativo basta con que haya sido promulgado y tenga vocación de entrar en vigor, mas no que además se encuentre vigente.

Posteriormente, la Corte examinó el primer cargo –sustitución de la Constitución por simplificar un mecanismo de reforma constitucional- y consideró que no prosperaba. Advirtió que la aprobación de reformas constitucionales en cuatro debates, con mayoría absoluta y control automático de constitucionalidad, por el procedimiento legislativo especial (pues su objeto es la transición hacia la terminación del conflicto), excepcional (solo para implementar el acuerdo) y transitorio (solo por 6 meses, prorrogables por un periodo igual) hace parte de un mecanismo más amplio, precedido por un proceso de refrendación popular. Este último componente no está presente en el procedimiento de formación de las leyes, y hace más difícil la reforma de la Constitución que la de estas últimas. Cuando todas las etapas se cumplan de manera articulada puede observarse lo siguiente:

- (i) su objetivo es lograr la paz, fin imperioso del orden constitucional y medio para conservar su integridad, objetivo que pretende garantizarse con el principio específico de rigidez;
- (ii) constituye un mecanismo especial, excepcional y transitorio de reforma, que adiciona un procedimiento al previsto en las cláusulas de enmienda constitucional, que no son intangibles;
- (iii) dentro del marco de la reforma, los procedimientos de expedición de actos legislativos y de leyes se diferencian entre sí por sus distintos niveles de dificultad;
- (iv) el dispositivo especial de enmienda constitucional mantiene el nivel de resistencia al cambio de las normas constitucionales superior al de las leyes expedidas fuera del procedimiento abreviado, no petrifica las cláusulas de reforma de la Constitución, no suprime ni reduce

drásticamente la diversidad en los mecanismos de enmienda y en sus formas de activación, ni equipara el poder constituyente a la competencia de revisión constitucional.

En cuanto al segundo cargo, dirigido contra el artículo 2º por la sustitución de la Constitución generada por el desconocimiento del principio de división de poderes, la Corte resolvió que en ejercicio del poder de reforma el Congreso puede delegar funciones legislativas dentro de ciertos límites. Estos no se desbordaron, y no hubo sustitución por las siguientes razones:

- (i) El artículo 2º confiere facultades al Presidente de la República mientras preserva el marco general de las funciones legislativas, lo cual no implica una transferencia de las mismas. El Legislador puede reclamar para sí la regulación, por vía ordinaria, de un asunto previa o potencialmente regulado por decretos con fuerza de ley, pues la reforma constitucional no se lo impide y el trámite excepcional autorizado en el Acto Legislativo, no excluye ni inhibe el poder legislativo del Congreso. En tal virtud, el Congreso puede modificar o derogar los decretos con fuerza de ley que expida el Presidente de la República en este contexto.
- (ii) La habilitación al Presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley está temporalmente limitada, pues puede ejercerse por un término de 180 días, y se funda en normas transitorias introducidas a la Constitución. Cubre un ámbito conceptualmente delimitado de la función legislativa, configurado por el contenido del Acuerdo Final para la terminación del conflicto. Además, esta delegación legislativa al Presidente no puede extenderse a la expedición de actos legislativos, leyes estatutarias, orgánicas, códigos, leyes que necesitan mayorías calificada o absoluta para su aprobación, ni para decretar impuestos, ni leyes que tengan reserva de ley.
- (iii) Finalmente, estas potestades no suprimen los controles interorgánicos que preservan el equilibrio entre los poderes públicos y aseguran la supremacía constitucional, pues los decretos tienen control constitucional automático y posterior, y el Congreso mantiene las competencias de control político y jurisdiccional sobre el Gobierno y sobre el Presidente de la República (arts. 114, 174 y 178 superiores).

2. Los motivos principales que me llevan a salvar parcialmente mi voto son: (i) la posición mayoritaria excedió sus competencias cuando asumió innecesaria, oficiosa e implícitamente, el estudio de constitucionalidad del artículo 5º del Acto Legislativo 1º de 2016 para pronunciarse sobre el sentido de la expresión “refrendación popular” en relación con todo el acto legislativo y no sólo respecto de las normas parcialmente acusadas, (ii) la Corte debió limitar los alcances del artículo 2º para asegurar la integridad y supremacía de la Constitución y evitar que se sustituya por otros principios que modifiquen la esencia de la Carta de 1991, como en efecto sucedió.

### **La Corte excedió su competencia al analizar el artículo 5°**

3. El artículo 5° no fue demandado en esta ocasión, por lo que no era viable un pronunciamiento general sobre el mismo, pues el control de constitucionalidad de los actos legislativos es rogado (art. 241.1 superior). No obstante, su contenido deóntico sólo era relevante para estudiar si las normas acusadas (los artículos 1° y 2°) están produciendo o podrían producir efectos jurídicos y por ende si la Corte era competente para analizar los reproches de inconstitucionalidad formulados únicamente contra las normas parcialmente impugnadas, pues de lo contrario no tendría sentido el control constitucional.

De acuerdo con los contenidos jurídicos demandados, el debate constitucional estaba circunscrito a dos asuntos sobre los cuales la Corte debía establecer si había operado una sustitución de la Constitución: (i) el cambio de un mecanismo de reforma constitucional para generar uno más simple y reducido a fin de implementar un acuerdo de paz y (ii) la afectación del principio de separación de poderes con las limitaciones impuestas al Congreso para expedir leyes en términos más reducidos y con las facultades legislativas dadas al ejecutivo para implementar el mismo acuerdo. Sin embargo, los argumentos usados por la mayoría para adelantar el análisis constitucional ahondaron en el establecimiento de la vigencia de todo el Acto Legislativo a través de la figura de la refrendación popular, aspecto que no deriva de los planteamientos de la demanda y sobre el cual esta Corte no tenía competencia para pronunciarse.

En mi opinión, era suficiente con establecer la producción de efectos jurídicos actual o potencial de los fragmentos acusados, tal como lo ha establecido la jurisprudencia en reiteradas ocasiones, pues el control de constitucionalidad genera un juicio de validez de la norma acusada, más no de vigencia de la misma. En el caso de normas cuya vigencia está sujeta a plazo o condición, no es necesario analizar el contenido de estos salvo circunstancias extremas e improbables que serían irrazonables. Por ejemplo, una norma cuya vigencia se someta a una condición que *prima facie* parezca imposible, puede llevar a la necesidad lógica de que el tribunal constitucional se pronuncie sobre el contenido de ese presupuesto para establecer su realidad capacidad de producción de efectos jurídicos. Sólo para esos fines la Corte es competente. De lo contrario, cuando la condición no llega a estos extremos, la Corte no tiene la facultad para pronunciarse sobre el contenido del enunciado que determina la vigencia.

La posición mayoritaria invoca la jurisprudencia actual en la materia, pero luego de un salto argumentativo inexplicable, decide estudiar la condición a la que se somete la vigencia del acto legislativo parcialmente acusado. El defecto argumentativo es evidente, pues afirma en el fundamento 21 que *“es precisa una decisión de fondo respecto de la demanda, sin necesidad de expedir un dictamen sobre la vigencia, en la medida en que el Acto Legislativo tiene vocación de entrar a regir”*, de acuerdo con ello bastaba verificar la

promulgación y la vocación de producción de efectos jurídicos. Estas circunstancias eran claras y, ya que la condición de vigencia no era absurda, irrazonable, o imposible de cumplir, no era necesario estudiarla y menos aún definirla, la Corte no tenía competencia para establecer lo que significa la “refrendación popular”. En síntesis, los reproches contra apartes de los artículos 1º y 2º, no autorizaban a la Corte a definir la vigencia de todo el Acto Legislativo 1 de 2016.

4. La revisión de la jurisprudencia constitucional que se ha pronunciado en diversas oportunidades respecto al control constitucional de los actos reformativos de la Constitución Política, asignado a esta Corporación en el artículo 241-1 Superior es uniforme. **Diversas sentencias han destacado el carácter rogado de esa atribución, en la medida en que se activa con la demanda de constitucionalidad y se circunscribe a los específicos cargos formulados por el demandante, los cuales sólo pueden denunciar vicios de procedimiento en la formación del acto.**

Los límites competenciales de la Corte Constitucional para el examen de los actos reformativos de la Carta Política se desprenden de (i) la forma en la que se previó su competencia, circunscrita a decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad; (ii) los particulares motivos por los que se pueden controvertir esos actos, limitados a vicios de procedimiento, y (iii) el término de caducidad de la acción de la acción pública de inconstitucionalidad establecido en el artículo 242-3 Superior.

La **sentencia C-292 de 2007**<sup>1</sup> reiteró “*el carácter estrictamente rogado del examen constitucional de los actos legislativos*” para descartar el análisis de un cargo adicional formulado por el Procurador General de la Nación en el concepto que emitió sobre la demanda formulada por un ciudadano en contra del párrafo transitorio 5º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005<sup>2</sup>. En esa oportunidad la Corte destacó que el examen de constitucionalidad debe limitarse a los cargos admitidos y, por ende, consideró inviable el estudio de la nueva censura propuesta por el Jefe del Ministerio Público. En el mismo sentido, y para el análisis de la aptitud de la demanda dirigida en contra del Acto Legislativo 01 de 2003<sup>3</sup>, la **sentencia C-572 de 2004**<sup>4</sup> indicó que el estudio de constitucionalidad de los actos legislativos se restringe a los cargos presentados.

De otra parte, la **sentencia C-614 de 2002**<sup>5</sup> precisó que la denuncia de un vicio de procedimiento que sea predicable de la totalidad del cuerpo normativo no amplía la competencia de la Corte para que adelante un examen exhaustivo o minucioso de todo el trámite legislativo, ya que el alcance de su decisión y los

---

<sup>1</sup> MP Rodrigo Escobar Gil.

<sup>2</sup> “*por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política.*”

<sup>3</sup> “*Por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones*”

<sup>4</sup> MP Rodrigo Uprimny Yepes.

<sup>5</sup> MP Rodrigo Escobar Gil.

aspectos que puede analizar están delimitados por las específicas censuras formuladas en la demanda.

Finalmente, cabe destacar que las decisiones que han reconocido el carácter rogado del control constitucional de los actos legislativos, también han precisado que la restricción de los motivos de enjuiciamiento y la consecuente limitación temporal, derivada del término de caducidad, se justifica para otorgarles un mayor grado de estabilidad jurídica a dichos actos.

En síntesis, las específicas previsiones de la Carta Política sobre el control de constitucionalidad de los actos legislativos evidencian diversos límites en esa competencia de esta Corporación, ya que está supeditada a la demanda de inconstitucionalidad y circunscrita a los cargos formulados por el demandante.

5. Este caso planteaba un elemento adicional que podría llevar a pensar en la reformulación de la subregla establecida por la Corte, en efecto, este Tribunal debía conocer sobre disposiciones cuya vigencia estaba sujeta a una condición incierta. Con todo, este rasgo particular no cambia el carácter rogado del control ni habilita un análisis oficioso de la norma contentiva de tal condición.

### **La vigencia de la normas no determina la competencia de la Corte Constitucional**

6. Uno de los criterios relevantes para adelantar el control de constitucionalidad está relacionado con la vigencia de las normas o la producción de efectos jurídicos, debido a que la competencia asignada en el artículo 241 Superior a la Corte Constitucional está dirigida a garantizar la armonía del sistema jurídico con las previsiones superiores. En esa medida, para establecer si un acto normativo contradice la Constitución Política es necesario que tenga la potencialidad de hacerlo, bien sea porque produce efectos o porque tiene la virtualidad de producirlos en el futuro.

En concordancia con lo anterior la Corte ha considerado, en términos generales, que no es posible estudiar la constitucionalidad de disposiciones que no hacen parte del sistema normativo por estar derogadas o porque han dejado de producir efectos, ya que en esas circunstancias no tendrían la posibilidad de confrontar las disposiciones de la Carta Política.

En efecto, la jurisprudencia ha establecido que la determinación de la competencia de la Corte se desprende de la posibilidad material de confrontación del orden constitucional. Ahora bien, esa circunstancia resulta más evidente cuando la norma está vigente. Sin embargo, existen diversos casos en los que a pesar de que la norma no se encuentra vigente produce efectos o tiene la virtualidad de hacerlo, características que, como se anotó, son determinantes para la activación de la competencia de esta Corporación.

7. De acuerdo con lo expuesto reconozco la necesidad de que la Corte establezca la condición material que habilita su competencia y determine la vigencia de la

norma sobre la que va a recaer el examen, la producción de efectos jurídicos o la potencialidad de hacerlo, pero la determinación de ese asunto no la habilita para adelantar, de oficio, el control de constitucionalidad de disposiciones que no fueron demandadas y que no tienen control automático a pesar de que éstas se ocupen de la vigencia de la disposición acusada.

En efecto, la consideración de una norma de vigencia sobre la que no recayó la demanda de inconstitucionalidad sólo puede servir para establecer la circunstancia que justifica el control, pero no amplía la competencia de esta Corporación para decidir sobre aquélla.

8. Ahora bien, esa restricción es más evidente si se considera que tal y como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional cuando la vigencia de la disposición acusada está sometida a condición o plazo la competencia de la Corte es clara, en la medida en que se trata de disposiciones con la virtualidad de producir efectos.

Por ejemplo, la **sentencia C-797 de 2014**<sup>6</sup> estudió la demanda de inconstitucionalidad dirigida en contra de una norma del Plan Nacional de Desarrollo en la que se otorgaban competencias reglamentarias a la Superintendencia de Puertos y Transporte por un plazo que había expirado sin que se hiciera uso de dichas facultades.

Para determinar la viabilidad del control por parte de la Corte, en la sentencia referida se hizo alusión a:

- (i) La regla general establecida por la jurisprudencia constitucional, según la cual “(...) *el referido escrutinio judicial únicamente recae sobre preceptos infra constitucionales que tienen la potencialidad de producir efectos jurídicos, y no frente a aquellos otros que carecen de esta virtualidad*”;
- (ii) Las excepciones a la regla general, de forma particular cuando se estudian disposiciones cuyo ámbito temporal de aplicación es particularmente estrecho y limitado, actos normativos que tienen control automático de constitucionalidad y cuando existe una manifiesta y grave vulneración del ordenamiento superior; y
- (iii) La regla de cierre para los casos dudosos, de acuerdo con la cual la duda se resuelve en favor de la competencia de la Corte para adelantar el control de constitucionalidad.

En concordancia con esas consideraciones se refirieron diversas hipótesis en las que la Corte ha analizado la procedencia del control de constitucionalidad cuando se ejerce la acción pública por fuera de la vigencia de la disposición acusada:

---

<sup>6</sup> MP Luis Guillermo Guerrero Pérez.

***“En este entendido, este mecanismo sí puede versar sobre disposiciones que no han entrado a regir porque la ley en la que se encuentran incorporadas difirió en el tiempo su aplicabilidad, ya que aunque actualmente no producen efectos jurídicos, sí tienen la potencialidad de hacerlo en el futuro, y existe una expectativa razonable de que así ocurrirá próximamente. (...)”*** (Resaltado no original)

Asimismo, en la **sentencia C-818 de 2011**<sup>7</sup>, la Corte decidió una demanda formulada en contra de los artículos de la Ley 1437 de 2011 que regulaban el derecho de petición, a pesar de que esas disposiciones, según el artículo 308 ibídem, regirían a partir del 2 de julio del 2012, es decir, luego de efectuado el análisis de constitucionalidad.

De otra parte, en la **sentencia C-634 de 2011**<sup>8</sup> la Corte analizó el cargo formulado en contra del artículo 10º parcial de la Ley 1437 de 2011 cuya vigencia estaba sometida al cumplimiento de un plazo que no había acaecido. Frente a la posible inviabilidad del control constitucional derivado de esa circunstancia la Corte destacó que se trataba de una norma que hacía parte del ordenamiento jurídico desde su sanción, y que “(...) *esta sola circunstancia habilita a la Corte para asumir el conocimiento de las acciones públicas de constitucionalidad que contra dicha disposición presenten los ciudadanos (...)*”. En concordancia con lo anterior precisó que la vigencia de las normas no es un requisito *sine qua non* para adelantar el control de constitucionalidad. Pueden citarse varios casos en los que la Corte ha adelantado el análisis de constitucionalidad de normas que aún no se encontraban vigentes, tal como sucedió en las **sentencias C-760 de 2001**<sup>9</sup> y **C-775 de 2001**<sup>10</sup>, en las que adelantó el examen de disposiciones de la Ley 600 de 2000<sup>11</sup>; y las sentencias **C-431 de 2001**<sup>12</sup> y **C-646 de 2001**<sup>13</sup> que estudiaron demandas dirigidas en contra de la Ley 599 de 2000<sup>14</sup>.

Ninguna decisión analizó la cláusula de vigencia, pues no había sido demandada, la Corte siguió el precedente consolidado y se limitó a los cargos a pesar de que la vigencia de las normas acusadas estaba sujeta a un plazo.

9. En el caso de normas cuya vigencia está sujeta a una condición diferente al paso del tiempo la previsión constitucional es la misma no tiene competencia para pronunciarse sobre la norma que establece la vigencia si no ha sido demandada en virtud del carácter rogado de este tipo de control. Considero que

---

<sup>7</sup> MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>8</sup> MP Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>9</sup> MP Marco Gerardo Monroy Cabra y Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>10</sup> MP Álvaro Tafur Galvis.

<sup>11</sup> Por cuanto el artículo 536 de la Ley 600 de 2000 precisó que el Código entraría en vigencia un año después de su promulgación.

<sup>12</sup> MP Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>13</sup> MP Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>14</sup> Debido a que el artículo 476 de la Ley 599 de 2000 estableció que el Código Penal entraría a regir un año después de su promulgación.

es lógicamente posible que se presente la necesidad de hacer este análisis en casos extremos, pero nunca ha sucedido.

En la **sentencia C-083 de 2014**<sup>15</sup> la Corte estudió los cargos formulados en contra del artículo 48 parcial de la Ley 1564 de 2012, según el cual la labor de *curador ad litem* se desempeña de forma gratuita, a pesar de que la vigencia de la norma estaba sujeta a una condición. El numeral 6º del artículo 627 *ibídem* se advirtió que “*los demás artículos*”, incluida la disposición acusada, entrarían en vigencia a partir del 1º de enero de 2014, en forma gradual, en la medida en que se hayan ejecutado los programas de formación de funcionarios y empleados, se disponga la infraestructura física y tecnológica del número de despachos requeridos al día y los demás elementos necesarios para el funcionamiento del proceso oral y por audiencias según lo determine el Consejo Superior de la Judicatura, en un plazo máximo de 3 años.

En esa oportunidad, la Sala Plena adelantó el examen de constitucionalidad de acuerdo con los cargos presentados por el demandante sin establecer el alcance y significado de la condición a la que estaba sometida la vigencia de la norma acusada ni verificar su cumplimiento, aunque se trataba de un asunto complejo y que se desarrollaría de manera gradual. En consecuencia, advirtió que la medida cuestionada propende por el goce efectivo del acceso a la justicia y está fundada en el deber de solidaridad, y declaró exequible la disposición acusada.

Asimismo, en la **sentencia C-086 de 2016**<sup>16</sup> la Corte estudió la demanda de inconstitucionalidad formulada en contra del artículo 167 parcial del Código General del Proceso, relacionado con el papel del juez en la distribución de la carga de la prueba, cuya vigencia está sometida a las condiciones referidas previamente. De nuevo, esta Corporación emprendió el análisis de fondo de los cargos presentados sin establecer el alcance de la condición a la que se supeditó la vigencia ni comprobar su cumplimiento.

10. De acuerdo con lo expuesto resulta claro que:

- (i) el control de constitucionalidad debe recaer, por regla general, sobre normas que tengan la virtualidad de controvertir el orden constitucional;
- (ii) el criterio que determina esa condición corresponde, principalmente, a la producción actual de efectos jurídicos o a la potencialidad de hacerlo,
- (iii) La jurisprudencia ha acogido la posición de diversos sectores de la Teoría Jurídica han coincidido en que las condiciones necesarias y suficientes de la vigencia de las normas jurídicas son: su promulgación y su publicación. En principio, cuando una norma ha sido establecida y no ha perdido su vigencia por haberse establecido

---

<sup>15</sup> MP María Victoria Calle Correa.

<sup>16</sup> MP Jorge Iván Palacio Palacio.

una norma derogatoria o por haber devenido inefectiva<sup>17</sup> se entiende que está vigente y que produce efectos jurídicos o tiene la virtualidad de producirlos.

- (iv) en los casos en los que la vigencia de las normas acusadas está sometida a plazo o condición la situación no cambia: la competencia de la Corte es clara ante la potencial producción de efectos jurídicos, salvo situaciones absurdas de las que no se ha tenido noticia (por ejemplo una condición imposible), y
- (v) la determinación de la vigencia de la disposición acusada no extiende la competencia de la Corte para el análisis de constitucionalidad de la norma que regula dicha vigencia cuando ésta no fue demandada.

Por lo tanto, la Corte no era competente para hacer el análisis de los contenidos del artículo 5° y no era lógicamente necesario hacerlo, la Corte se arrogó una facultad de la que no disponía para pronunciarse sobre el sentido de la “refrendación popular”, condición que sujeta la vigencia de la norma, a pesar de que la norma no fue demandada, situación que no tiene precedentes en la jurisprudencia de esta Corporación. Bastaba definir si la norma estaba produciendo efectos jurídicos o tenía el potencial para hacerlo y, como ya fue explicado, la metodología de análisis es mucho más sencilla. Además, como la ponencia misma lo afirmó en el fundamento 22 “*definir, en este fallo, si el Acto Legislativo entró en vigencia, es además improcedente*”, cabe preguntarse cuál fue el sentido del análisis de la condición a la que se sujetaba la vigencia de la norma si es claro que la Corte no debe definir si el Acto Legislativo estaba vigente o no. Desafortunadamente la argumentación mayoritaria no da razones al respecto.

**El fragmento del artículo 2° acusado tiene el potencial de sustituir la Constitución al afectar gravemente la separación y el equilibrio de poderes con la atribución de facultades legislativas excesivas al ejecutivo. La búsqueda y consolidación de la paz exige el respeto de las instituciones democráticas y asegurar la vigencia de la Constitución**

11. El segundo motivo por el que presento este salvamento parcial de voto deriva de mi convicción sobre la necesidad de restringir las facultades presidenciales para legislar en materia de paz. Estas atribuciones, tal y como están fijadas en el artículo 2° del Acto Legislativo, tienen el potencial de sustituir la Constitución si no se respetan algunos límites en su desarrollo, los mismos que debían ser establecidos por esta Corporación como guardiana de la integridad y supremacía constitucionales. Para llegar a esta conclusión deben considerarse, al menos, los siguientes elementos de análisis: (i) la teoría general sobre la separación de poderes, (ii) sus especificidades en los regímenes presidenciales, (iii) la historia constitucional colombiana y la voluntad constituyente en la materia, (iv) las disposiciones sobre la materia previstas en la Carta y (v) las necesidades propias de un proceso de paz, cuya

---

<sup>17</sup> Kelsen, Hans. Teoría general de las normas. Editorial Trillas. México. 2003.

implementación no puede convertirse en patente de corso para subvertir el orden constitucional vigente, pues asegurar la integridad del régimen constitucional y con él de la democracia, son los fines últimos de este tipo de procesos. De lo contrario carecería de sentido cualquier transición.

12. Efectivamente, un rasgo defensorio y esencial de la Constitución Política está instituido por los límites en el ejercicio de las potestades presidenciales para proferir normas con fuerza de ley. La voluntad del Constituyente en la materia es indiscutible, de hecho diseñó diversos dispositivos para reducir los poderes legislativos del ejecutivo y buscar un sistema equilibrado que minimizara las excesivas facultades del presidente que caracterizaron la historia constitucional colombiana durante gran parte del siglo XX, con todas las consecuencias negativas que esto implicó.

La amplitud de esta norma y su declaratoria de exequibilidad simple dejó de lado la necesidad de establecer criterios que, dentro del marco constitucional, también respondan adecuadamente a la situación excepcional que plantea el acuerdo de paz. La determinación de límites bajo los cuales fuera posible permitir, pero a la vez restringir las potestades legislativas del presidente era indispensable, más aun cuando de lo que se trata es de generar consensos propios de la democracia y que mejor se logran en el Congreso de la República, como espacio principal de deliberación democrática incluyente y por ende legitimadora del derecho. En efecto, en un escenario excepcional y de transición es necesario que el tribunal constitucional enuncie diversos estándares para permitir el logro de un objetivo constitucionalmente valioso, pero sin desdibujar la estructura constitucional que garantiza la existencia y continuidad de la democracia.

Existen temas de indiscutible urgencia que ameritan el uso de este mecanismo excepcional de poderes para el ejecutivo (por ejemplo las leyes de amnistía) pero otras materias pueden y deben tramitarse por la vía ordinaria en aras de priorizar y preservar la deliberación democrática y el mayor compromiso social para un futuro en paz. La Corte debió limitar la comprensión de esta norma para neutralizar el potencial de afectación a la separación de poderes y al principio democrático que entiende el consenso como único instrumento de producción normativa y legitimidad del poder público, rasgos esenciales y defensorios de la Constitución, al no hacerlo terminó por avalar la sustitución de la Carta Política.

13. El control a las facultades legislativas excepcionales del ejecutivo no es un tema menor ni puede perder valor por tratarse de atribuciones para implementar un acuerdo de paz. Estas son potestades propias de los excesos presidenciales que han sido catalogados por los estudiosos de la historia constitucional colombiana como una constante estructural<sup>18</sup> que ha dejado graves consecuencias en la situación del país. El estado de sitio permanente previo a la

---

<sup>18</sup> Valencia, Hernando, *Cartas de Batalla*, Bogotá, Panamericana, 2010.

Constitución de 1991 y algunos excesos del ejecutivo han mostrado las consecuencias negativas del presidencialismo extremo en Colombia. Desafortunadamente el deseo del constituyente de 1991 de restringir el poder del ejecutivo es un tema que hoy sufre grandes retrocesos y que el país no ha dimensionado, pues a pesar de que la Carta de 1991 tomó como uno de los principios que la identifican, cada vez más se cede y se afecta dicho principio. De hecho, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre los peligros de tal acumulación de poder.<sup>19</sup> Esta preocupación deriva de las distorsiones a las que ha sido sometida la Constitución, aunque inicialmente pretendió evitar los excesos del presidente a través del establecimiento de un sistema de pesos y contrapesos<sup>20</sup>.

Los estudios en la materia destacan diversas reformas a la Carta que pretendían regresar a los poderes presidenciales o, al menos, aumentar los existentes de forma injustificada<sup>21</sup> en ciertos periodos de la historia reciente del país. La gravedad del fenómeno para la democracia ha llevado a que incluso se hayan adelantado análisis académicos en los que se ha concluido la correlación entre el presidencialismo exagerado y la poca organización ciudadana, la debilidad de su compromiso con la defensa de las instituciones democráticas y el bajo respeto por la oposición<sup>22</sup>. No hay que justificar demasiado que la concentración de poder y la falta de control son causas de preocupación entre las democracias de la región<sup>23</sup>, pues se trata de poderes con el potencial suficiente para sustituir la Constitución y alterar completamente los regímenes políticos. En efecto, grandes transformaciones estatales recientes en América Latina se han dado por vías constitucionales lideradas por el ejecutivo con rasgos autoritarios notables. No obstante, en Colombia el control judicial de constitucionalidad ha sido un elemento clave para controlar excesos del ejecutivo.<sup>24</sup>

### **El control a las facultades legislativas excepcionales del ejecutivo en la Asamblea Nacional Constituyente**

14. Como quiera que en vigencia de la Constitución de 1886 hubo un traslado permanente de la función legislativa a la Rama Ejecutiva del poder público como consecuencia del uso desmedido del estado de sitio previsto en el artículo

<sup>19</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*, s.l.i., OEA/Ser. L/V/II.102 Doc 9 rev 1, 1999, nota 115.

<sup>20</sup> Por ejemplo, pueden verse los artículos 1, 5, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120 y 121 y todo el título de organización del Estado en la Constitución Política.

<sup>21</sup> García, Mauricio, *op. cit.*, nota 107, pp. 8-14. García, Mauricio, "Caracterización del Régimen Político Colombiano (1956-2008)", en García, Mauricio y Revelo, Javier (eds.), *Mayorías sin Democracia. Desequilibrio de Poderes y Estado de Derecho en Colombia 2002-2009*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2009, pp. 16-82.

<sup>22</sup> García, Mauricio, *op. cit.*, nota 107, pp. 8-14.

<sup>23</sup> Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, *Nuestra Democracia*, México D.F, Colección Obras de Sociología, Fondo de Cultura Económica, 2010.

<sup>24</sup> Uprimny, Rodrigo, "The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia", en Gargarella Roberto y Skaar Elin (eds.), *Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies*, Portland, Frank Cass Publishers, 2004, pp. 46-69.

121, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 estableció como uno de sus propósitos principales el fortalecimiento de la función legislativa en cabeza del Congreso de la República.

En efecto, en la sesión de la Comisión Tercera del 8 de mayo de 1991 se indicó que:

*“El tema fundamental de la nueva Constitución es sin duda cómo será el equilibrio de las ramas del poder público, (...) Sin duda que una de las principales maneras como se ha distorsionado la función legislativa en cabeza de su titular es el de las facultades extraordinarias (...)”*<sup>25</sup>

Para el fortalecimiento del Congreso de la República, como titular de la cláusula general de competencia en materia legislativa, se consideró necesario:

*“el establecimiento de un sistema equilibrado de distribución de funciones políticas entre los altos órganos del Estado, recuperando para la órbita del legislativo atribuciones que naturalmente le pertenecen en razón de la esencia propia de aquel y de éstas y que hoy, en razón de procesos históricos que han dejado de tener vigencia, forman parte del plexo operativo de otras autoridades”*<sup>26</sup>

El reconocimiento de la fractura del diseño estatal y la indebida cesión por parte del Congreso de República de su función principal constitucional llevó a que algunos delegatorios se opusieran radicalmente al otorgamiento de facultades legislativas excepcionales al Presidente de la República. Por ejemplo, en las discusiones en comisión sobre el tema, el delegatorio Luis Guillermo Nieto Roa señaló que:

*“A mí me parece que en las facultades extraordinarias del legislativo-ejecutivo, para que este legisle, no solo son inconvenientes sino innecesarias, son inconvenientes porque disminuye al Congreso en su función legislativa, y son innecesarios por cuanto en la nueva reforma el Congreso va a sesionar dos legislaturas en dos periodos en el año, y por lo tanto no hay necesidad de que el ejecutivo asuma funciones legislativas, porque siempre va a estar funcionando el Congreso.”*<sup>27</sup>

En la discusión sobre el diseño de los estados de excepción también se destacó la indebida concentración de poderes en el Presidente de la República derivada de la reglamentación del estado de sitio en el artículo 121 de la Constitución de 1886. Por ejemplo, en ponencia presentada por los delegatarios Alfredo

---

<sup>25</sup>Acta correspondiente a la Sesión de la Comisión Tercera del 8 de mayo de 1991. Antecedentes legislativos del artículo 150 Superior, p.p. 97.

<sup>26</sup> Informe-ponencia. Rama legislativa del poder público. Gaceta Constitucional No. 79. Pág. 2.

<sup>27</sup> Acta correspondiente a la Sesión de la Comisión Tercera del 8 de mayo de 1991. Antecedentes legislativos del artículo 150 Superior, p.p. 99.

Vásquez Carrizosa y José Matías Ortiz se indicó que bajo esa disposición superior:

*“(...) la facultad legisladora que se le reconoce al Presidente de la República, con todos sus ministros, durante la vigencia del Estado de sitio por disposición expresa del mencionado artículo 121, la amplia latitud del campo de aplicación del Estado de sitio para dictar medidas sobre los más diversos asuntos de interés público(...)”*<sup>28</sup>

En concordancia con los graves efectos que para la separación de poderes generó la reglamentación del estado de sitio, se consideró necesario fijar límites temporales a los estados de excepción, pues:

*“(...) se ha convertido en una muleta para gobernar casi al margen del estado de derecho. Ha desordenado las estructuras institucionales, por los frecuentes cambios de orientación en la búsqueda de soluciones que no llegan, por la vía excepcional.”*<sup>29</sup>

Las discusiones que se presentaron en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente evidencian el reconocimiento de: (i) la ruptura del principio de separación de poderes como consecuencia de la cesión frecuente al Presidente de la República, bajo el estado de sitio, de la función legislativa; (ii) la necesidad de fortalecer las ramas del poder público y, de forma particular, el Congreso de la República como titular de la cláusula general de competencia en materia legislativa, y (iii) la necesidad de que se restrinja la cesión de la facultad legislativa al Presidente de la República.

### **El rol del ejecutivo y equilibrio de poderes en un sistema presidencial**

15. El artículo 113 Superior es la manifestación evidente, aunque no la única, del principio de separación de poderes en la Carta Política de 1991, el cual *“surge como resultado de la búsqueda de mecanismos institucionales enderezada a evitar la arbitrariedad de los gobernantes y a asegurar la libertad de los asociados.”*<sup>30</sup>

Dicho principio ha sido reconocido como un eje axial del texto constitucional, debido a que irradió toda la configuración del Estado. En efecto, en la **sentencia C-285 de 2016**<sup>31</sup> la Corte refirió los pronunciamientos jurisprudenciales que lo han reconocido como pilar de la Carta Política, y precisó que éste exige:

<sup>28</sup> Informe-ponencia. Comisión Primera. Sobre el estado de sitio y la emergencia económica. 30 de abril de 1991.

<sup>29</sup> Informe-Ponencia para primer debate en plenaria, titulado “Normas de Excepción. El Estado de Sitio y el Estado de Excepción. La Emergencia Económica y Social”. Gaceta Constitucional núm. 767, sábado 4 de mayo de 1991.

<sup>30</sup> Sentencia C-312 de 1997 MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>31</sup> MP Luis Guillermo Guerrero Pérez.

*“(i) la identificación de las funciones del Estado; (ii) la atribución de dichas funciones a órganos estatales diferenciados, en principio, de manera exclusiva y excluyente; (iii) la garantía de que cada órgano goce de independencia, en el sentido de que debe estar exento de injerencias externas en el desarrollo de su función; (iv) la garantía de que cada órgano goce de autonomía, en el sentido de que debe poder desenvolverse y desplegar su actividad por sí mismo, y autogobernarse.”*

Bajo la percepción del principio de separación de poderes como pilar de la Constitución de 1991, la Corte declaró inexecutable las disposiciones del Acto Legislativo demandado que preveían un sistema de remplazo del gobierno de la Rama Judicial del Poder Público por un diseño que no es capaz de encarnar el postulado del autogobierno judicial, ya que éste es manifestación y expresión del principio de separación de poderes y de la independencia y la autonomía judicial.

En la **sentencia C-141 de 2010**<sup>32</sup>, que constituye uno de los pronunciamientos en los que se ha desarrollado con mayor profundidad el principio de separación de poderes, la Corte concluyó que la posibilidad de que el Presidente de la República pudiera ser reelegido en dos oportunidades consecutivas quebrantaba el equilibrio entre los poderes públicos, y provocaba una concentración de poder incompatible con el modelo de Estado adoptado en la Constitución.

Frente a la previsión del principio de separación de poderes en la Carta Política la Sala Plena indicó que:

*“la pluralidad de órganos dotados de competencias propias para servir de tal manera a la moderación en el ejercicio del poder y a la libertad del hombre define, dentro de la forma política constitucionalmente prescrita, el sistema de gobierno escogido por el Constituyente primario.*

*De conformidad con lo indicado, en la Constitución de 1991 ese sistema no es de confusión, sino de separación de poderes y las relaciones que se presentan entre los diversos órganos, en lugar de configurarse a partir de la dependencia jerárquica, se estructuran con base en la paridad, así como en las responsabilidades encomendadas a cada uno y en los controles recíprocos que se cumplen en el entramado institucional.”*

Asimismo destacó frente a la previsión de ese eje axial en el modelo de organización política de la Constitución de 1991 que:

*“Resultado del creciente traslado de la función legislativa fue su progresivo debilitamiento y, por ello, la Asamblea Nacional Constituyente, reunida en 1991, se propuso fortalecerla y revalorizarla, con base en una modernización del Congreso de la República que*

---

<sup>32</sup> MP Humberto Antonio Sierra Porto.

*permitiera ‘colocarlo nuevamente como instrumento productivo de la voluntad popular’ y ‘como espacio privilegiado a la solución de las necesidades ciudadanas’”*

En armonía con las previsiones de la Carta relacionadas con el principio de separación de poderes y las modificaciones que estableció para evitar la concentración excesiva de atribuciones, la Corte hizo énfasis en los riesgos que apareja la fractura del diseño establecido para la institución presidencial, pues:

*“A causa del papel primordial que en un sistema presidencial le corresponde al Presidente de la República y del cúmulo de funciones constitucionalmente atribuidas que le permiten cumplir su obra de gobierno y entrar en relación con las restantes ramas del poder público y con los órganos autónomos e independientes que cumplen otras funciones estatales, es claro que cualquier alteración que ocurra en el ámbito competencial reservado al Presidente o en su estatuto jurídico tiene notables repercusiones en toda la estructura estatal y en el conjunto de valores y principios que la sustentan, como lo ha puesto de manifiesto la doctrina al señalar que, mientras en el parlamentarismo las crisis son de gobierno, en un sistema presidencial las crisis comprometen todo el régimen, ya sea porque el Presidente se debilite o porque acreciente sus poderes.” (Resaltado no original)*

Así las cosas, ante las consecuencias que provoca la concentración excesiva de poder en el ejecutivo, la Corte consideró que la previsión de una segunda reelección presidencial quebranta la forma política plasmada en la Constitución de 1991 y, en consecuencia, declaró inexecutable la Ley 1354 de 2009 *“Por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional”*.

La Corte se pronunció sobre la delegación legislativa en favor del Presidente de la República y la eventual fractura del equilibrio de poderes en la **sentencia C-971 de 2014**<sup>33</sup>, en la que se estudió la demanda dirigida en contra del párrafo transitorio del artículo 3° del Acto Legislativo 1° de 2003<sup>34</sup> en el que se otorgaban facultades al Gobierno Nacional para la reglamentación de asuntos relacionados con elecciones departamentales y municipales.

Para el demandante, el Congreso desbordó su poder de reforma de la Constitución Política, ya que al facultar al Gobierno para que expidiera un decreto con fuerza de ley que regulara materias propias de una ley estatutaria en materia electoral, suplantó el principio democrático.

Para el análisis del cargo formulado, la Corte destacó que el modelo por el que optó el constituyente de 1991 mantiene el criterio según el cual, por virtud del principio de separación, las funciones necesarias para la realización de los fines

<sup>33</sup> MP Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>34</sup> *“Por el cual se adopta una reforma política constitucional y se dictan otras disposiciones”*.

del Estado se atribuyen a órganos autónomos e independientes. Sin embargo, precisó que dicha separación no es absoluta, ya que el diseño permite la colaboración y los controles recíprocos entre los distintos órganos del Estado, se prevén excepciones a las reglas generales de competencia y se admite la delegación legislativa.

Por ejemplo, señaló que en materia legislativa la Constitución previó la competencia general en cabeza del Congreso de la República, estableció la posibilidad de delegación sujeta a específicas condiciones fijadas en el artículo 150-10 Superior y en artículos transitorios facultó al Presidente de la República para regular materias que, de acuerdo con la cláusula general, son indelegables.

Como quiera que los principios de separación de poderes y de reserva de ley no son absolutos y admiten excepciones, la Sala Plena indicó que el análisis de la sustitución de dichos principios derivado de un acto de delegación legislativa a través de un acto reformativo de la Constitución exige que el juez analice la concesión de las facultades para establecer si por las condiciones a las que se sujetó requería “(...) *la expresión directa del constituyente primario en un nuevo acto fundacional.*”

Sobre el análisis de las condiciones particulares que rodean la delegación legislativa, la sentencia indicó que:

*“(...) lo que en las hipótesis de delegación legislativa resulta relevante desde la perspectiva del control, es establecer, no la mera titularidad formal en el ejercicio de la función legislativa, sino las condiciones en las cuales, de manera excepcional, se permite que la misma se radique en cabeza del Ejecutivo. Y tal análisis puede hacerse tanto en relación con actuaciones que de manera general reformen las normas que establecen la reserva, como frente a disposiciones por virtud de las cuales, en el ámbito de una reforma constitucional, se disponga, con carácter transitorio, una excepción al principio general.”*

De acuerdo con lo expuesto se advierte que en el sistema constitucional colombiano:

- (i) la función legislativa bajo la Constitución de 1886 se debilitó como consecuencia de su traslado frecuente, razón por la que la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 decidió fortalecerla y revalorizarla;
- (ii) la separación de poderes constituye un eje axial de la Carta Política, en el cual hay cláusulas generales de competencias, que se integran a través de la colaboración armónica de los diferentes órganos del Estado;
- (iii) la separación de poderes es una garantía institucional para el funcionamiento del Estado Constitucional, pues permite que haya que un manejo contenido del poder por parte de cada una de las ramas del

- poder público, de tal forma se previene que los poderes más fuertes del Estado usurpen las competencias de otras más débiles<sup>35</sup>.
- (iv) la delegación legislativa es plausible bajo los específicos límites establecidos en la Carta Política o en situaciones excepcionales, en las que se debe determinar si las condiciones de la delegación socavaron la separación de poderes como eje axial de la Carta Política, y
  - (v) el excesivo incremento de competencias en cabeza del Presidente de la República puede provocar notables repercusiones en toda la estructura estatal.

**No es posible fortalecer el Estado de Derecho a partir de la negación de sus elementos esenciales: el carácter excepcional de un proceso de paz no justifica la concesión de poderes excesivos al ejecutivo ni asegura la vigencia de la integridad y supremacía de la Constitución**

16. La valoración de las facultades extraordinarias para que el ejecutivo legisle y el cambio en las condiciones propias de la legislación ordinaria pueden y deben considerar las especificidades de la búsqueda de la paz a través de mecanismos transicionales. Las categorías asociadas a las transiciones a la paz se han definido desde diversas disciplinas, particularmente desde la Filosofía y la Ciencia Política, sus orígenes conceptuales son normativos y empíricos y, en la actualidad, a fin de establecer los elementos básicos del discurso, existen definiciones operativas que reconocen los problemas del concepto. No obstante, se ha constatado la falta de claridad y contundencia para definir lo que es una transición, en particular en materia de justicia transicional<sup>36</sup>. Sin embargo, la transición se desarrolla en circunstancias excepcionales, opera bajo escenarios difíciles y de cierta polarización, bajo dilemas casi irresolubles en términos morales, jurídicos y políticos.<sup>37</sup> Admitir el carácter excepcional de la transición es fundamental, pues los dilemas que ésta afronta habilitan a los Estados a adoptar decisiones complejas que distan de la unanimidad. Con todo, el concepto de transición es de aplicación excepcional y es central en la discusión de cualquier régimen en busca la democratización<sup>38</sup> especialmente en una región que ya no enfrenta dictaduras en sentido clásico sino que ahora debe asumir los retos de sistemas democráticos deficitarios y excluyentes que aún así son, al menos formalmente, democracias representativas.

<sup>35</sup> Forsthoft, Ernst. Estado de derecho en mutación. Trabajos constitucionales 1954-1973. Madrid: Tecnos. 2015.

<sup>36</sup> Roth-Arriaza, Naomi, "The New Landscape of Transitional Justice", en Roth-Arriaza, Naomi y Meriezcurrera, Javier, eds, *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006. Uprimny, Rodrigo y Saffon, María Paula, *Uses and Abuses of Transitional Justice Discourse in Colombia*, Oslo, International Peace Research Institute, 2007.

<sup>37</sup> Nino, Carlos Santiago, *Radical Evil on Trial*, New Haven, Yale University Press, 1996.

<sup>38</sup> Los conceptos de democratización y desdemocratización son tomados de: Tilly, Charles, *Democracia*, Madrid, Akal, 2010, y corresponden a una pareja conceptual fundamental en su teoría de la democracia. La desdemocratización se refiere a rasgos y procesos que disminuyen el carácter democrático de un régimen y lo acercan a la autarquía o a otras formas políticas. Un ejemplo de una situación desdemocratizadora por excelencia sería la suspensión de elecciones libres.

## La paz y sus límites

17. No cabe duda de que la paz constituye uno de los fines esenciales del modelo de Estado adoptado en la Constitución Política de 1991, lo que evidencia su reconocimiento expreso en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991<sup>39</sup>, la inclusión de la consecución de la paz como una de las finalidades establecidas en el Preámbulo de la Carta Política y la previsión del artículo 22 Superior como derecho y deber de obligatorio cumplimiento. En efecto, la paz es un presupuesto para la eficacia del Estado Social de Derecho, por cuanto constituye una condición necesaria para el goce efectivo de los derechos fundamentales.

Ahora bien, en el proceso para la obtención de ese fin esencial resultan necesarios el diseño e implementación de diversos mecanismos, los cuales se erigen sobre el orden constitucional vigente y deben propender por su fortalecimiento. En efecto, la búsqueda de la paz como objetivo constitucional esencial debe evitar la fractura del orden constitucional ya que éste le sirve de fundamento a ese objetivo y blinda el proceso de otras rupturas que generen nuevos conflictos por el quebrantamiento de las reglas de juego.

18. En ese sentido, es importante destacar algunas consideraciones que ha expuesto la jurisprudencia constitucional, principalmente frente a instrumentos de justicia transicional, en las que se ha reconocido la indiscutible relevancia de la paz, pero también ha precisado que no se trata de un valor absoluto y, por ende, que los procesos dirigidos a su consecución no pueden perder de vista otros objetivos -como el fortalecimiento de la democracia- ni transgredir límites infranqueables, por ejemplo, los derechos de las víctimas.

Recientemente la **sentencia C-379 de 2016**<sup>40</sup> reconoció que las medidas de transición hacia la paz no sólo persiguen la finalización del conflicto, sino que también procuran la reconciliación, la eficacia de los derechos y el fortalecimiento del Estado de Derecho. En efecto, precisó que *“En cuanto a los valores que se pretenden proteger a través de las medidas de transición hacia la paz, la reconciliación y el fortalecimiento del Estado de Derecho y la democracia tienen un lugar central.”*

Por su parte, la **sentencia C-577 de 2014**<sup>41</sup> decidió el cargo que indicó que la habilitación al Congreso para que mediante ley estatutaria estableciera, como un instrumento de justicia transicional, la participación en política de personas

---

<sup>39</sup> El constituyente Misael Pastrana Borrero destacó en la Asamblea Nacional Constituyente que *“[l]a organización política tiene como fin primordial la convivencia pacífica. La paz fue uno de los principales fines buscados en el nuevo consenso social, al punto de ser llamado ese cuerpo “la Constituyente de la paz”.* Cita tomada de la sentencia C-577 de 2014 MP Martha Victoria SÁCHICA.

<sup>40</sup> MP. Luis Ernesto Vargas Silva. En esta sentencia la Corte examinó la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria *“Por la cual se regula el plebiscito para la referendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.”*

<sup>41</sup> MP Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano. En esta sentencia analizaron los cargos formulados en contra del Artículo 3º del Acto Legislativo 1 de 2012 *“Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”* por el desbordamiento del poder de reforma de la Constitución por parte del Congreso de la República.

responsables de algunos delitos para que puedan ser elegidos a cargos de elección popular y desempeñar cargos públicos sustituía “*el marco jurídico democrático de la Constitución Política*”. La Sala abordó el estudio de diferentes temas, entre los que incluyó la justicia transicional, que definió como “*(...) un conjunto de procesos de transformación social y política profunda en los cuales es necesario utilizar gran variedad de mecanismos con el objeto de lograr la reconciliación y la paz, realizar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, restablecer la confianza en el Estado y fortalecer la democracia, entre otros importantes valores y principios constitucionales*”

En concordancia con dicho concepto, estableció que ese conjunto de procesos tiene como finalidad “*(...) afrontar un pasado convulso, fruto de un conflicto entendido en un sentido amplio para alcanzar la reconciliación, que derive en estabilidad. Se trata de lograr entonces un equilibrio entre las tensiones que se dan entre la justicia y la paz.*”

Admitida la justicia transicional como una herramienta para alcanzar la reconciliación, la Sala Plena de la Corporación desarrolló el alcance de esa consideración en el marco del modelo de Estado adoptado en la Constitución Política de 1991, en el que hizo especial **énfasis en el fortalecimiento del Estado Social de Derecho y de la Democracia**. En efecto indicó que:

*“Uno de los aspectos que delimitan las transiciones está dado por el establecimiento de una estructura democrática, siendo la democratización de las sociedades una parte esencial del proceso. El cambio a modelos más democráticos o el fortalecimiento de los mismos ha sido una constante en el intento de solventar las diferencias del pasado que dieron origen a los conflictos o regímenes que se intentan superar con un proceso de justicia transicional”.*

También precisó que el logro de esos objetivos debe considerar “*el principio de funcionamiento democrático, lo que implicará que las decisiones de razón pública deben satisfacer las exigencias que del concepto de ‘democracia’ se derivan para las instituciones públicas.*”

Asimismo, la **sentencia C-771 de 2011**<sup>42</sup> en la que se estudió la demanda de inconstitucionalidad formulada contra los artículos 1º, 4º, 6º y 7º (parciales) de la Ley 1424 de 2010<sup>43</sup>, la Corte reiteró frente a los derechos de las víctimas en el marco de procesos de justicia transicional que:

*“Sin embargo, al relieves también el valor e importancia reconocidos por la Constitución al concepto de justicia, y precisamente como resultado de ese ejercicio de ponderación, señaló esta corporación que, pese a la enorme importancia de la paz como valor, como derecho y como*

<sup>42</sup> MP Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>43</sup> “Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones”.

*deber ciudadano, el posible logro de ese objetivo no es razón suficiente para justificar cualquier tipo de sacrificio de otros intereses igualmente protegidos por el ordenamiento superior, específicamente los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, como consecuencia de las acciones que les hubieren afectado.*” (Resaltado no original)

Por su parte, la **sentencia C-370 de 2006**<sup>44</sup> en la que se estudió la demanda de inconstitucionalidad formulada en contra de varios artículos de la Ley 975 de 2005<sup>45</sup> la Sala Plena estableció que la paz constituye:

*“(i) uno de los propósitos fundamentales del Derecho Internacional; (ii) un fin fundamental de Estado colombiano; (iii) un derecho colectivo en cabeza de la Humanidad, dentro de la tercera generación de derechos; (iv) un derecho subjetivo de cada uno de los seres humanos individualmente considerados; y (v), un deber jurídico de cada uno de los ciudadanos colombianos, a quienes les corresponde propender a su logro y mantenimiento.”*

No obstante esas diversas acepciones y roles de la paz en el ordenamiento, la sentencia reconstruyó una línea jurisprudencial para evidenciar que la Corte ha fijado parámetros que:

*“(...) aunque no se refieren específicamente a estándares aplicables dentro de procesos de consolidación de la paz y de tránsito a la plena vigencia del Estado de Derecho, **resultan ineludibles para el legislador en todo tiempo, por encontrar un fundamento permanente en las normas superiores que no se suspenden durante tales procesos de transición.** Tales parámetros tienen que ver con asuntos como los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad, la reparación y la no repetición, la razonabilidad de los términos judiciales, las condiciones en que pueden ser concedidas amnistías o indultos, la imprescriptibilidad de la acción penal respecto de ciertos delitos, y la necesidad de que ciertos recursos judiciales reconocidos dentro del proceso penal se establezcan no sólo a favor del procesado sino también de las víctimas, cuando el delito constituye un grave atentado en contra de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario.”* (Resaltado no original)

Al mismo tiempo reconoció la tensión que se presenta entre la paz, la justicia y los derechos de las víctimas cuando se adoptan instrumentos para promover la transición hacia la paz, y señaló que frente a esa circunstancia el Legislador debe:

<sup>44</sup> MsPs Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>45</sup> “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”

*“(...) identificar las dimensiones en que se expresa dicha tensión y definir las fórmulas para superarla, en ejercicio de las atribuciones que claramente le ha confiado el Constituyente. Así, el legislador puede diseñar los mecanismos que estime conducentes a lograr la paz, valorando las circunstancias específicas de cada contexto. **Lo anterior no significa que esta amplia competencia del legislador carezca de límites constitucionales. Compete al juez constitucional identificar tales límites y hacerlos respetar, sin sacrificar ninguno de los elementos constitucionales en tensión y sin sustituir al legislador en el ejercicio de las competencias que le son propias.**”* (Resaltado no original)

En concordancia con los deberes que surgen para el Legislador y el juez constitucional como consecuencia de las tensiones que se presentan en los instrumentos diseñados para materializar el derecho a la paz, la Corte identificó la ponderación como el método apropiado para el ejercicio de la función asignada al juez constitucional. En ese sentido, destacó la necesidad de sopesar los derechos constitucionales que colisionan y estableció los términos de referencia para la ponderación, particularmente la paz, la justicia como valor objetivo, la justicia como derecho de las víctimas y los demás derechos de éstas.

19. De acuerdo con lo expuesto y con base en los pronunciamientos jurisprudenciales resulta claro que:

- (i) La paz es uno de los fines esenciales del modelo de Estado adoptado en la Carta Política de 1991, pero no es un valor absoluto;
- (ii) la búsqueda de la paz permite adoptar medidas que provocan fuertes tensiones con otros principios y derechos de raigambre superior;
- (iii) el juez constitucional debe determinar los límites a las medidas adoptadas para el logro de la paz frente a las tensiones que generan y hacerlos respetar;
- (iv) en esa medida la jurisprudencia constitucional ha señalado algunos límites no taxativos de los procesos dirigidos a la consecución de la paz, tales como los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación, el núcleo básico del derecho al debido proceso y la imprescriptibilidad de la acción penal respecto de ciertos delitos, y
- (v) los procesos de justicia transicional deben propender por objetivos estructurales que van más allá de la sola terminación del conflicto, por ejemplo el fortalecimiento del Estado Social de Derecho y de la democracia.

20. La posición mayoritaria abordó el tema con una brevísima argumentación, lo que no sería un defecto si hubiera considerado todos los elementos relevantes para fundamentar su conclusión. Aunque en el fundamento 56 la providencia se refiere a la necesidad de evitar la concentración excesiva del poder por considerarse que propicia el abuso, el irrespeto a los derechos y las libertades constitucionales e interfiere en la eficacia de la función del estado, decidió no

limitar las facultades legislativas presidenciales otorgadas por el Acto Legislativo. La argumentación se concentró en casos en los que las facultades presidenciales eran subsidiarias, situación que dista del contexto analizado que, por su naturaleza, impone la necesidad de que el ejecutivo actúe como legislador si se considera la necesidad urgente de cierta legislación para implementar el acuerdo de paz. En efecto, el desarrollo de la premisa mayor del juicio de sustitución no enfatizó en el eventual exceso de poderes atribuidos al presidente, sólo describe las facultades legislativas otorgadas a entes diferentes del Congreso.

En mi opinión, las razones expuestas por la mayoría minimizan un elemento central que debe ser controlado en cualquier régimen constitucional presidencial: la atribución de facultades legislativas es otorgada al ejecutivo. No hay ninguna reflexión que se refiera al punto a pesar de la historia constitucional del país y del riesgo que genera este tipo de atribuciones. No obstante, debo insistir en que es razonable y necesario otorgar facultades legislativas presidenciales en ciertas materias en el marco de la implementación de un acuerdo de paz, pero el establecimiento de límites es igualmente indispensable, especialmente porque las supuestas restricciones son imprecisas y por referirse a un amplio conjunto de materias, admiten interpretaciones que van más allá de la necesidad propia del contexto, dotan al ejecutivo de potestades extremas que pueden no sólo desdibujar al legislador sino, consecuentemente afectar elementos centrales y decisivos del orden constitucional vigente.

La mayoría consideró que las facultades legislativas del presidente establecidas en la norma demandada contienen sus propios límites, estos pueden ser establecidos con base en un criterio de conexidad objetiva, estricta y suficiente con el acuerdo final (fundamento 65). Por otra parte, el mismo acto legislativo impone restricciones expresas, el presidente no puede usar sus facultades para expedir “*actos legislativos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes códigos, leyes que necesitan mayorías calificada o absoluta para su aprobación, ni para decretar impuestos*”. Otros límites estarían fijados por las materias que tienen estricta reserva de ley que no son expresamente mencionadas, o cuando resulte estrictamente necesario acudir a las facultades en lugar de acudir al congreso. Para la mayoría, los límites competenciales se concretaron después o al expedirse la reforma (fundamento 66).

En mi opinión, teniendo en cuenta las razones teóricas sobre los regímenes presidenciales, el sentido de los límites a las facultades presidenciales en la Constitución y el contexto de implementación de los acuerdos de paz, estas condiciones no son suficientes y, debido a su vaguedad, pueden sustituir la Carta al alterar la separación y el equilibrio de poderes, elementos fundamentales del régimen y de la democracia misma.

La argumentación de la ponencia toma elementos del acto legislativo, que en parte coinciden con las generalidades clásicas que limitan las atribuciones legislativas del presidente en nuestro ordenamiento constitucional: el carácter

temporal de las competencias, la justificación de la alteración de la cláusula general de competencia legislativa —en este caso la implementación de los acuerdos de paz—, la relación directa con los temas para los que se otorgaron las facultades, las restricciones para regular asuntos que merecen mayor legitimidad democrática (códigos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, decreto de impuestos). Conuerdo con esos criterios.

Sin embargo, a causa de las especificidades que implica la implementación de los acuerdos de paz, creo que son insuficientes las líneas planteadas por la ponencia para efectos de limitar las facultades legislativas del ejecutivo. Por ejemplo, la Corte debió establecer algunos criterios para determinar la conexidad objetiva, estricta y suficiente con el acuerdo final. En efecto, del texto de los acuerdos pueden derivarse múltiples temas que no revisten carácter urgente, y que además requieren de la mayor legitimidad democrática posible si es que en realidad se pretende la democratización. Por ejemplo, los acuerdos mencionan temas como: la ley de participación ciudadana y política, las reformas a temas de delimitación de frontera agrícola, las reformas al código penal para la reducción de penas en temas de drogas, el aumento de penas para delitos contra las elecciones, entre otros. ¿Cómo establecer la conexidad objetiva, estricta y suficiente con los acuerdos sin abarcar prácticamente todo el ordenamiento jurídico si se tiene en cuenta que incluyen temas tan variados como los que acabo de mencionar? Si los acuerdos incluyen tantas materias relevantes, ¿acaso no terminarían por abarcar muchos más asuntos que aquellos indispensables para su implementación directa?

De otro lado, que el acto legislativo incluya límites clásicos y obvios no elimina el riesgo de excesos derivados de una afectación por consecuencia generada de la indeterminación mencionada en el punto anterior y la inclusión de variados temas en el texto de los acuerdos de paz. Aunque el presidente no pueda usar sus facultades para expedir leyes estatutarias, si podría, según los acuerdos, expedir normas sobre participación ciudadana y política, materias que claramente tienen reserva de ley estatutaria (art. 152 superior). Sin duda se trata de un límite poco útil.

Las restricciones que estarían fijadas por materias que tienen estricta reserva de ley que no son expresamente mencionadas, o cuando resulte estrictamente necesario acudir a las facultades en lugar de acudir al congreso debieron ser precisadas por la Corte, además, teniendo en cuenta la posible afectación indirecta de estas materias que se genera por la alteración temporal de las atribuciones constitucionales en materia legislativa, es posible enunciar algunos criterios elementales, que debieron ser desarrollados en la argumentación mayoritaria si realmente se quería garantizar la vigencia del régimen constitucional y que lógicamente deben ser ponderados con las necesidades de la paz son los siguientes:

- (i) Las regulaciones que impliquen la afectación indirecta del núcleo esencial de los derechos fundamentales,

- (ii) Todos los temas que por su complejidad en la búsqueda de consensos –argumento tantas veces mencionado pero no desarrollado por la mayoría- requieran de mayor legitimación democrática en términos temporales –no deberían someterse a términos de discusión abreviados- y de representatividad –no han logrado obtener consensos a lo largo de la historia del país-, por ejemplo las reformas a temas de delimitación de frontera agrícola<sup>46</sup>.
- (iii) Las regulaciones con vocación de permanencia que no son indispensables ni urgentes para la implementación de los acuerdos, pues implicarían eludir el debate democrático y desdibujar la labor del congreso.
- (iv) La normativa sobre la protección a minorías o la que requiere participación de minorías en procesos de consulta previa.
- (v) Las disposiciones sobre los derechos de las víctimas no relacionados de manera urgente y directa con el desarme, desmovilización, reinserción, resocialización. Por ejemplo las disposiciones sobre los derechos a la verdad y a la reparación en sus dimensiones colectivas.<sup>47</sup>

La sustracción de estos temas del debate democrático, no sólo sustituye la Constitución por razones normativas ya explicadas, sino que se convierte en un elemento desdemocratizador que no contribuye al fortalecimiento del Estado Social de Derecho ni al logro de la paz, objetivo último del acto legislativo estudiado.

Por las razones anteriores me separo parcialmente de la decisión adoptada por la mayoría.

Fecha ut supra,

  
**GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO**  
**Magistrada**

---

<sup>46</sup> Sin duda el tema agrario ha sido un elemento que ha generado enormes discrepancias, incluso es considerado un generador del conflicto que ahora pretende resolverse. Ver, Palacios, Marco, *Violencia Pública en Colombia, 1958-2010*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2012.

<sup>47</sup> Este derecho pretende establecer las razones y circunstancias de las violaciones a los derechos humanos así como contribuir al deber de recordar para construir la historia. Ver Joinet, L, *Informe Final Revisado Acerca de la Cuestión de la Impunidad de los Autores de Violaciones de los Derechos Humanos (Civiles y Políticos) Preparado por el Sr. L. Joinet de Conformidad con la Decisión 2001/103 de la Subcomisión*, Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II, ONU, Comisión de Derechos Humanos, 49º período de sesiones, 1997. Este concepto también ha sido utilizado en muchas ocasiones por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

