

Sentencia C-565/17

INSTRUMENTOS PARA FACILITAR Y ASEGURAR LA IMPLEMENTACION Y DESARROLLO
NORMATIVO DEL ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACION DEL CONFLICTO Y CONSTRUCCION
DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA-Procedimiento legislativo especial para la paz (fast track)
y facultades presidenciales para la paz/INSTRUMENTOS PARA FACILITAR Y ASEGURAR LA
IMPLEMENTACION Y DESARROLLO NORMATIVO DEL ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACION
DEL CONFLICTO Y CONSTRUCCION DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA-Control automático de
constitucionalidad a decreto ley mediante el cual se expiden normas tendientes a la
implementación del Plan Nacional de Electrificación Rural en el marco del Acuerdo Final para
la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera/DECRETO LEY
MEDIANTE EL CUAL SE EXPIDEN NORMAS TENDIENTES A LA IMPLEMENTACION DEL PLAN
NACIONAL DE ELECTRIFICACION RURAL EN EL MARCO DEL ACUERDO FINAL PARA LA
TERMINACION DEL CONFLICTO Y LA CONSTRUCCION DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA-
Resulta ajustado a la Constitución

Correspondió a la Sala Plena de la Corte Constitucional establecer si el Decreto Ley 884 del 26 de mayo de 2017, “Por el cual se expiden normas tendientes a la implementación del Plan Nacional de Electrificación Rural en el marco del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”, cumplió con los requisitos de forma y competencia en su expedición. Paso seguido se procedió al análisis material del Decreto Ley 884 de 2017, con el propósito de determinar si su contenido se ajusta a la Constitución Política. Específicamente, la Sala decidió sobre la constitucionalidad de los 8 artículos que integran el Decreto Ley, a saber: a) el artículo 1 define las entidades competentes para formular y adoptar el Plan Nacional de Electrificación Rural -PNER; b) el artículo 2 determina las finalidades a las que debe responder el PNER; c) el artículo 3 establece la articulación de los mecanismos de financiación del PNER; d) los artículos 4 y 5

fijan las medidas de modificación y aplicación legal tendientes a garantizar la oferta de energía eléctrica que permita atender el aumento de la demanda que se genere con la implementación del PNER; e) el artículo 6 dispone los mecanismos de participación ciudadana en relación con la formulación del PNER; f) el artículo 7 sujeta la aplicación del Decreto Ley a la Constitución Política; y, g) el artículo 8 puntualiza aspectos sobre la vigencia del Decreto Ley. La Corporación consideró que este estudio requería un contexto sobre el servicio público de energía eléctrica, y en esa medida, se refirió: i) al deber del Estado de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional; ii) el servicio público de energía eléctrica; iii) la prestación del servicio público de energía eléctrica en Colombia; y iv) los contenidos del Acuerdo Final relacionados con la prestación del servicio público de energía eléctrica. Luego, recordó el alcance del control de los Decretos Leyes expedidos en virtud de las facultades presidenciales para la paz y procedió a aplicar las reglas al Decreto Ley 884 de 2017. Como corolario de este análisis, la Corporación determinó que el contenido del decreto ley estudiado es admisible a la luz de la Constitución y en consecuencia decidió declarar su exequibilidad.

FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Control de constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley expedidos en virtud del Acto Legislativo 01 de 2016

RECONOCIMIENTO Y PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS-Vínculo con la materialización de derechos fundamentales

El artículo 365 de la Carta Política incorpora la base constitucional frente al reconocimiento y prestación de los servicios públicos, en tanto inherentes a las finalidades sociales del Estado y cuya realización eficiente debe ser asegurada “a todos los habitantes del territorio nacional”. En desarrollo de este mandato, desde sus inicios esta Corporación ha señalado que la constitucionalización de la garantía efectiva de tales servicios se deriva de su innegable vínculo con la materialización de derechos fundamentales tales como la vida y la salud.

SERVICIOS PUBLICOS-Universalidad, eficiencia, eficacia, calidad y ampliación de cobertura

El deber de prestación antes mencionado, en perspectiva de esta Corporación, corresponde a una obligación positiva de la que es titular el Estado, orientada al efectivo suministro del servicio respectivo, a través de los instrumentos o estrategias de política pública que se estimen necesarios para su evolución. Con base en lo anterior, se ha dicho que los servicios públicos y su adecuada materialización se encuentran soportados, por lo menos, en los criterios de (i) universalidad, pues exigen que su prestación busque un acceso igualitario a todas las personas titulares de las necesidades susceptibles de superación a través de estos; (ii) eficiencia, por mandato constitucional, como ya se expuso con anterioridad, (iii) eficacia, (iv) calidad y (v) ampliación de cobertura.

SERVICIOS PUBLICOS-Finalidad social del Estado/SERVICIOS PUBLICOS EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Jurisprudencia constitucional

La Corte ha entendido que la valoración constitucional de los servicios públicos se basa esencialmente en las obligaciones del Estado que se desprenden de la garantía de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. En armonía con ello, se ha resaltado la connotación eminentemente social de la prestación de tales servicios, cuya correcta ejecución se torna de la mayor relevancia constitucional dado que, “(...) por una parte, de la realización de los derechos fundamentales de las personas depende en gran medida de la adecuada prestación de los servicios públicos -p.ej. de agua, salud, saneamiento básico, energía, transporte, etc.- y, por otra, el Constituyente ha optado por una forma estatal, el Estado social de derecho, destinada a corregir la deuda social existente en el país con los sectores sociales más desfavorecidos mediante un sistema político que busca la progresiva inclusión de todos en los beneficios del progreso.”

DISPONIBILIDAD Y ACCESO A LOS SERVICIOS PUBLICOS-Adecuación de la vivienda digna

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha referido a la necesidad de garantizar “los servicios” para hacer efectivo el derecho a la “vivienda adecuada”, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, especialmente, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, intérprete autorizado del PIDESC, en su Observación General Nº 4 estableció que el concepto de “adecuación”, propio de la vivienda digna, está determinado por aspectos como, por un lado, la “disponibilidad de servicios”, aludiendo al “acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”; y por otro, la “adecuación cultural”, en referencia al acceso a, por ejemplo, “los servicios tecnológicos modernos.”

PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS-Mandato al Estado asociado a la garantía de la vivienda digna

La prestación de servicios públicos es una carga que debe ser asumida por el Estado como garante de los derechos fundamentales de sus ciudadanos y ciudadanas. El acceso, la eficiencia, la eficacia, la calidad y la cobertura en la prestación de servicios públicos hacen parte de los mandatos perentorios que se imponen al Estado por normas constitucionales e internacionales asociadas a la garantía de la vivienda digna.

ENERGIA ELECTRICA-Bien público no transable/ENERGIA ELECTRICA-Carácter indispensable para desarrollo de actividades sociales y económicas

Desde sus primeros pronunciamientos, este Tribunal identificó a la energía como un “bien público esencial de carácter no transable”, en el sentido de asumirlo como un servicio indispensable “para el desenvolvimiento de las actividades sociales y económicas del país”, asociado sustancialmente al bienestar de las poblaciones contemporáneas, el fortalecimiento de la calidad de vida y el acercamiento con el avance de la tecnología.

ACCESIBILIDAD AL SERVICIO DE ENERGIA-Impacto en el desarrollo social y reducción de la pobreza

La accesibilidad al servicio de energía se torna especialmente importante, pues allí es donde se ve reflejada de manera clara su impacto en el desarrollo social y, especialmente, su impacto frente a la reducción de la pobreza y las brechas de la sociedad. Al respecto, el Banco Mundial ha insistido en que la electrificación tiene una fuerte incidencia en la prestación del servicio de salud, pues fortalece la infraestructura sanitaria, a la vez que potencia el contacto tecnológico, así como facilita la conservación de vacunas, medicamentos y alimentos. Como lo ha señalado la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), el vínculo entre energía y pobreza es una realidad evidente que se deriva de la dependencia de dicho servicio con el desarrollo de “prácticamente todas las actividades de la vida cotidiana de las personas”. De ahí que sea innegable reconocer hoy en la energía un motor de desarrollo de las sociedades, alrededor de la cual la agenda global ha venido insistiendo para propender por el acceso universal. En el año 2010, por ejemplo y observando la relevancia del servicio público en mención, el entonces Secretario General de la Naciones Unidas, con ocasión de su participación en la Cumbre de Alto Nivel de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, anunció la meta global de los Estados para lograr la universalidad en el suministro de energía.

ENERGIA ELECTRICA-Actividades que permiten la prestación del servicio

La operación y regulación del mercado de la energía eléctrica en Colombia parte de una separación vertical de las actividades que permiten la prestación del servicio. De esta manera, el mercado está compuesto por cuatro actividades distintas: (i) producción o generación; (ii) transmisión o transporte; (iii) distribución; y (iv) comercialización. El conjunto de estas actividades conforma el servicio público esencial de energía eléctrica en Colombia. Ahora bien, para la Corte el transporte o transmisión de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición, es considerado un servicio público domiciliario esencial sujeto a la intervención del Estado.

ENERGIA ELECTRICA-Clasificación de zonas del territorio nacional de acuerdo a su prestación a través del Sistema Interconectado Nacional

En materia de transmisión y distribución de energía eléctrica, las diferentes zonas del territorio nacional se encuentran clasificadas en aquellas en las que se presta el servicio público de electricidad a través del Sistema Interconectado Nacional (SIN) y aquellas en las que no. Estas últimas se denominan Zonas No Interconectadas (ZNI). A su vez, el Decreto 1623 de 2015, clasifica las ZNI en aisladas e interconectables. Las primeras son zonas no interconectadas cuya conexión al SIN no resulta eficiente económicamente; las segundas, en cambio, son zonas no interconectadas cuya conexión es económicamente eficiente.

ENERGIA ELECTRICA-Zonas no interconectadas del territorio colombiano

Actualmente, según la Unidad de Planeación Minero Energética -UPME, las ZNI ocupan aproximadamente el 52% del territorio nacional y se ubican en 90 municipios, 20 territorios especiales, 1448 localidades, 39 cabeceras municipales y 5 capitales departamentales. En

ellas la prestación del servicio de energía eléctrica se hace principalmente mediante plantas de generación diesel, paneles solares y pequeñas centrales hidroeléctricas. Estas zonas se caracterizan por contar con un alto índice de necesidades básicas insatisfechas y por una capacidad reducida de pago del servicio de energía. A esto se suma que, debido a su distancia de los centros urbanos, los costos de interconexión y prestación del servicio de energía eléctrica son muy elevados.

REFORMA RURAL INTEGRAL-Ejes de acción

En la Reforma Rural Integral se acordaron tres ejes de acción. En el primer eje, se establecieron las condiciones para el acceso y uso de la tierra y para la formalización de la propiedad rural. De esta manera, el Punto 1.1. del Acuerdo Final creó un Fondo de Tierras de carácter permanente para regularizar los derechos de propiedad y promover una distribución equitativa de la tierra. Asimismo, el Gobierno Nacional se comprometió a crear otros mecanismos para promover el acceso a la tierra, como los subsidios integrales para la compra de tierras por parte de las personas beneficiarias y los créditos especiales para la compra de tierras. En este punto, entonces, el compromiso incluye crear condiciones para el acceso integral a la tierra y para la formalización de la pequeña y mediana propiedad rural. El segundo eje de acción de la Reforma Rural Integral consistió en la formulación de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), en el punto 1.2. del Acuerdo Final. Estos programas tienen como fin lograr la transformación estructural del campo y un relacionamiento equitativo entre el campo y la ciudad. Con ellos, se busca priorizar la elaboración y ejecución de planes de acción para la transformación regional en los territorios del país más afectados por el conflicto, con niveles elevados de pobreza, debilidad institucional administrativa y presencia de cultivos de uso ilícito y otras economías ilegítimas. Por último, el tercer eje acordado en la Reforma Rural Integral fue la formulación de los Planes Nacionales para la Reforma Rural Integral, en el punto 1.3. del Acuerdo Final. Este tercer punto supone que la Reforma Rural Integral es de aplicación universal en el territorio nacional y que, por lo tanto, si bien es necesario priorizar algunas zonas por sus condiciones especiales de vulnerabilidad y afectación, también se requiere superar las brechas entre el

campo y la ciudad y asegurar el ejercicio de los derechos en la generalidad del campo y del territorio colombiano. En consecuencia, los planes nacionales para la Reforma Rural Integral tienen por objetivo una acción conjunta de planes en distintos frentes, como infraestructura, salud, educación y vivienda, cuya articulación en todo el territorio nacional logre la erradicación de la pobreza extrema, la reducción en todas sus dimensiones de la pobreza rural en un 50%, la disminución de la desigualdad y la creación de mejores niveles de vida en la ciudad y en el campo.

DECRETOS LEY DICTADOS EN EJERCICIO DE FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ- Requisitos formales

FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Temporalidad

Los vicios referidos a la competencia se analizan teniendo en cuenta los siguientes criterios: [...] Temporal, esto es, debe verificarse que el decreto ley se haya expedido dentro del término de los 180 días calendario siguientes a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2016 [del 1 de diciembre de 2016 al 29 de mayo de 2017];

FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Requisito de conexidad objetiva

Los vicios referidos a la competencia se analizan teniendo en cuenta los siguientes criterios: [...] Conexidad objetiva, que se satisface con la demostración de que entre el contenido del Acuerdo Final y la materia de la regulación proferida por el Gobierno Nacional existe un vínculo cierto, verificable y específico. Ahora bien, que el asunto previsto en el Acuerdo Final que da lugar al vínculo citado deba cumplir con tales condiciones no se traduce en que deba

estar expresa o taxativamente contemplado. Es viable que, superando la mera literalidad, existan tópicos de regulación que tengan relación intrínseca con los allí previstos y tengan por objeto facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final.

FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Requisito de conexidad estricta o juicio de finalidad

Los vicios referidos a la competencia se analizan teniendo en cuenta los siguientes criterios: [...] Conexidad estricta o teleológica, que exige la comprobación de que la normativa prevista por el Gobierno Nacional se constituye en un instrumento potencial para la realización de la finalidad para la cual fue considerada, teniendo en cuenta, externamente, el aspecto preciso que dentro del Acuerdo Final haya sido señalado por el Gobierno, e internamente, las consideraciones que llevaron a su expedición.

FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Requisito de necesidad estricta

Los vicios referidos a la competencia se analizan teniendo en cuenta los siguientes criterios: [...] Estricta necesidad, en virtud de la cual debe acreditarse la falta de idoneidad del procedimiento legislativo ordinario y del procedimiento legislativo especial, previsto en el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2016, para la expedición de la regulación objeto del decreto ley. Teniendo en cuenta que el ejercicio de la competencia legislativa extraordinaria implica una restricción legítima, pero considerable del principio democrático [por el déficit deliberativo y participativo de los decretos con fuerza de ley], deben acreditarse los requisitos de urgencia e imperiosidad.

FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Asuntos expresa e implícitamente excluidos

Los vicios referidos a la competencia se analizan teniendo en cuenta los siguientes criterios: [...] Asuntos expresa e implícitamente prohibidos para ser desarrollados a través del ejercicio de las facultades legislativas extraordinarias conferidas por el constituyente derivado. Para el efecto debe tenerse en cuenta las materias que de manera expresa excluyó el constituyente derivado en el artículo 2 inciso 2 del Acto Legislativo 01 de 2016, así como aquellas con reserva estricta de ley, las que no podrán ser objeto de regulación por parte del Gobierno Nacional.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Particularidades en contexto de justicia transicional

Es oportuno insistir en que el estudio sobre la validez del ejercicio de la habilitación legislativa para el Gobierno Nacional no puede desconocer la existencia de un contexto especial, que tiende a la construcción de un escenario de paz; principio, derecho y deber del Estado, y objetivo propuesto por la sociedad a través de la adopción de la Constitución Política de 1991. En estas condiciones, atendiendo obviamente a los pilares fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, el estudio a cargo de la Corte debe ser sensible a los elementos asociados al proceso transicional, como respuesta ineludible a su misión de ser la guardiana de la supremacía de la Carta.

CONSULTA PREVIA-Derecho fundamental

Principios fundantes del Estado colombiano, como los de participación y el de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, han confluído con la protección internacional derivada del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, que forma parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto (artículos 93 y 94 constitucionales), para consolidar el derecho fundamental a la consulta previa de comunidades étnicamente diferenciadas, bajo un enfoque que parte del reconocimiento y garantía de su identidad y de la integridad de sus prácticas, usos y costumbres.

CONSULTA PREVIA-Obligatoriedad

La consulta previa es obligatoria en aquellos eventos en los que las medidas legislativas o administrativas afectan directamente a la comunidad; en los demás casos sus vías de participación serán similares a las del resto de la población.

CONSULTA PREVIA-Afectación directa

La afectación directa se configura cuando (i) se interviene cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) se desarrolla el Convenio 169 de la OIT; (iii) se imponen cargas o atribuyen beneficios que modifican la situación o posición de la comunidad; (iv) se interfieren elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo; y, (v) pese a la generalidad de la medida, se afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a pueblos étnicamente diferenciados. Sobre este último supuesto, la Corte Constitucional precisó en la providencia C-077 de 2017 que: “el Relator de las Naciones Unidas sobre la situación de derechos indígenas plantea que la afectación directa consiste en una incidencia diferencial de la medida frente a los pueblos indígenas y en comparación con el resto de la población.”

CONSULTA PREVIA-Consentimiento libre, previo e informado ante medidas de intervención en territorios étnicos

La consulta pretende la obtención del consentimiento previo, libre e informado de las

comunidades étnicamente diferenciadas sobre las medidas que las afectan; debe adelantarse a través de procedimientos guiados por el principio de buena fe y garantías del orden constitucional; y deben garantizar una participación activa y efectiva.

DECRETO LEY MEDIANTE EL CUAL SE EXPIDEN NORMAS TENDIENTES A LA IMPLEMENTACION DEL PLAN NACIONAL DE ELECTRIFICACION RURAL EN EL MARCO DEL ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACION DEL CONFLICTO Y LA CONSTRUCCION DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA- No contiene regulaciones que afecten directamente a las comunidades étnicamente diferenciadas

La Sala evidencia que el Decreto Ley [884 de 2017] no contiene una regulación que afecte directamente a las comunidades étnicamente diferenciadas.

UNIDAD DE PLANEACION MINERO ENERGETICA- Características

La Unidad de Planeación Minero Energética UPME, es una Unidad Administrativa Especial de carácter técnico, adscrita al Ministerio de Minas y Energía. El objeto de esta Unidad es “planear en forma integral, indicativa, permanente y coordinada con los agentes del sector minero energético, el desarrollo y aprovechamiento de los recursos mineros y energéticos; producir y divulgar la información requerida para la formulación de política y toma de decisiones; y apoyar al Ministerio de Minas y Energía en el logro de sus objetivos y metas.”

PLAN NACIONAL DE ELECTRIFICACION RURAL-Formulación y adopción

PLAN NACIONAL DE ELECTRIFICACION RURAL-Elaboración y adopción no puede desconocer derecho fundamental a la consulta previa de comunidades indígenas y afrodescendientes

PLAN NACIONAL DE ELECTRIFICACION RURAL-Finalidades por las que se deberá propender en su elaboración y adopción resultan ajustadas a la Carta

FONDO DE APOYO FINANCIERO PARA LA ENERGIZACION DE ZONAS RURALES INTERCONECTADAS-Objetivos y destinación de recursos

El objetivo del FAER [Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de Zonas Rurales Interconectadas] es ampliar la cobertura del servicio de energía eléctrica y procurar la satisfacción de la demanda de energía en las zonas rurales interconectadas, conforme con los planes de ampliación de cobertura que estructurarán cada uno de los Operadores de Red y que deberá contar con la viabilidad de la Unidad de Planeación Minero Energética -UPME. En este sentido, los recursos de este fondo, así como los rendimientos que genere su inversión temporal se utilizan para financiar planes, programas o proyectos de inversión para la construcción e instalación de nueva infraestructura eléctrica en zonas rurales interconectadas, y para la reposición y rehabilitación de la infraestructura existente en zonas de difícil gestión y en zonas rurales de menor desarrollo.

FONDO DE APOYO FINANCIERO PARA LA ENERGIZACION DE LAS ZONAS NO INTERCONECTADAS-Naturaleza, destinación de recursos y finalidad

El Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas No Interconectadas -FAZNI- es un fondo creado por el artículo 82 de la Ley 633 de 2000. Se trata de un fondo cuenta especial del Ministerio de Minas y Energía sin personería jurídica. Los recursos de este Fondo y los rendimientos que genera su inversión temporal se destinan a la energización de las zonas no interconectadas, según lo determine el Ministerio de Minas y Energía y conforme a los lineamientos de política establecidos por los documentos CONPES 3108 de 2001 y 3453

de 2006. De manera específica, estos recursos son destinados a la financiación de planes, programas y/o proyectos priorizados de inversión para la construcción e instalación de nueva infraestructura eléctrica y para la reposición o rehabilitación de la infraestructura existente. Con ello, se busca ampliar la cobertura del servicio de energía eléctrica en las ZNI y satisfacer la demanda en estas zonas. El FAZNI tiene vigencia hasta el 31 de diciembre de 2021.

PROGRAMA DE NORMALIZACION DE REDES ELECTRICAS-Creación, objetivos y vigencia

El Programa de Normalización de Redes Eléctricas -PRONE- fue creado por el artículo 1 de la Ley 1117 de 2006, con el objetivo de financiar planes, programas o proyectos que propendan por legalizar usuarios del servicio de energía eléctrica y adecuar las redes existentes a los reglamentos técnicos vigentes, en barrios subnormales, situados en municipios del SIN [Sistema Interconectado Nacional -SIN estableciendo]. La vigencia del PRONE está sujeta a la vigencia de los diferentes fondos que financian el programa, entre los cuales se encuentra el FAER [Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de Zonas Rurales Interconectadas].

FONDOS ESPECIALES-Jurisprudencia constitucional

FONDOS ESPECIALES DE LA NACION-Concepto y finalidad

Expediente: RDL-019

Revisión oficiosa de constitucionalidad del Decreto 884 del 26 de mayo de 2017, “Por el cual se expiden normas tendientes a la implementación del Plan Nacional de Electrificación Rural en el marco del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”.

Magistrada Ponente:

DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá, D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, Carlos Libardo Bernal Pulido, Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado, José Fernando Reyes Cuartas, Cristina Pardo Schlesinger, Alberto Rojas Ríos y Diana Fajardo Rivera, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y una vez cumplidos los requisitos y trámites establecidos en los Decretos 2067 de 1991 y 121 de 2017, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

2. Mediante Auto del 5 de junio de 2017, la Corte Constitucional asumió el conocimiento del Decreto Ley 884 de 2017, y ordenó a la Presidencia de la República informar sobre los siguientes aspectos:

(i) ¿Cuáles son las razones por las cuales se justificó, en el presente caso, el uso de las facultades presidenciales para la paz otorgadas por el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016?

(ii) ¿Por qué en el marco de la adopción del Plan Nacional de Electrificación Rural es necesario aplicar la Ley 1682 de 2013 y modificar la Ley 56 de 1981?

(iii) ¿Por qué en el marco de la adopción del Plan Nacional de Electrificación Rural se requiere utilizar los recursos de los fondos eléctricos FAER, FAZNI y PRONE?

3. La Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, mediante comunicación del 9 de junio de 2017, atendió a cada uno de los cuestionamientos en los siguientes términos:

3.1. En relación con el primero, destaca que la debilidad institucional en algunas zonas del país ha sido una de las causas del conflicto, y que, por lo tanto, uno de los desafíos del actual proceso de transición colombiano consiste en permitir el retorno de grupos poblacionales que fueron sujeto de desplazamiento a sus territorios en condiciones de dignidad, lo que exige la inmediata normalización de redes eléctricas. Agrega que las enseñanzas de procesos de pacificación previos en el orden nacional e internacional, indican que no solo se requiere la

garantía de la seguridad en todo el territorio, sino de unas condiciones mínimas de posibilidad para la reconstrucción del tejido social más afectado, de la mano de la institucionalidad, y de su reincorporación en la vida nacional sin desventajas competitivas. Medidas que, además de inmediatas, deben ser urgentes, dado que las negociaciones de paz no involucraron a todos los grupos violentos.

Advierte, finalmente, que la presencia estatal inmediata en las zonas más afectadas es necesaria para garantizar el derecho a la paz, y para asegurar la implementación del Acuerdo Final, en consecuencia, es clara la urgencia de expedir el Plan Nacional de Electrificación Rural por el procedimiento especial, pues no implica solamente la instalación de infraestructura física, sino la presencia material del Estado en el territorio como una herramienta para generar capacidades democráticas de las comunidades beneficiarias mediante la implementación de procesos participativos alrededor de proyectos energéticos.

3.2. Respecto del segundo, afirma la Secretaría que la incorporación al marco del Plan Nacional de Electrificación Rural de algunas disposiciones de la Ley 1682 de 2013, mediante el artículo 4º del Decreto Ley 884 de 2017, obedece a la necesidad de contar con instrumentos jurídicos que permitan viabilizar la ejecución de los proyectos energéticos; en particular, la gestión predial y la declaratoria de utilidad pública que en la Ley 1682 de 2013 se prevé para proyectos de infraestructura del transporte, dado que estos instrumentos son más expeditos que los previstos en materia energética de manera ordinaria.

La modificación que el artículo 5º del Decreto Ley objeto de análisis realiza al inciso 1º del artículo 27 de la Ley 56 de 1981, continúa la interviniente, tiene por objeto dar claridad jurídica sobre quien ostenta la legitimación en la causa por activa para promover los procesos necesarios para obtener los predios que se requieran en la aplicación del Plan Nacional de Electrificación Rural, [d]ejar un vacío jurídico al respecto, haría nugatorio todo el esfuerzo que el Estado colombiano aplica a la adopción de medidas urgentes que atiendan a las necesidades de respuesta inmediata en un escenario de posconflicto, según se ha

explicado.

3.3. Por último, en relación con el tercero, la utilización de los recursos de los fondos eléctricos FAER, FAZNI y PRONE en el marco del Plan Nacional de Electrificación Rural, la Secretaría indica que (i) la prestación continua del servicio público de electricidad es una obligación estatal, dada su relación estrecha con la dignidad humana (valor, principio y derecho); (ii) la mejora en la cobertura y calidad del servicio, teniendo en cuenta los estudios realizados por la Unidad de Planeación Minero Energética que se plantea metas ambiciosas para el año 2030; (iii) la ampliación de cobertura, empero, está asociada a la situación de particular indefensión de la población rural. En ese escenario, (iv) a través de la financiación de los fondos FAER, FAZNI y PRONE se han logrado objetivos importantes en el periodo comprendido entre los años 2003 y 2015.

A continuación, la Secretaría precisa que la utilización de estos recursos para el Plan previsto en el Decreto Ley 884 de 2017 – PNER – salvaguarda la destinación inicial de los recursos, pues existe una relación directa con la utilización que permite la normativa en estudio, así: (i) el FAER tiene por objeto satisfacer la demanda energética de zonas rurales interconectadas, mientras que el PNER tiene por objeto la misma población; (ii) el FAZNI se dirige a financiar proyectos de inversión para la construcción e instalación de infraestructura eléctrica en zonas no interconectadas, ubicadas, entre otros, en departamentos tales como el Chocó, Vichada, Guainía, Caquetá, Putumayo, Amazonas y Vaupés, esto es, zonas tradicionalmente afectadas por el conflicto armado; y, (iii) el PRONE tiene por objeto legalizar usuarios y adecuar las redes a los requisitos técnicos vigentes en municipios del sistema de interconectado nacional, encontrándose coincidencia con el objeto del PNER, que pretende ampliar cobertura y mejorar calidad en barrios sub normales habitados por personas sujeto de desplazamiento forzado por el conflicto armado. Al respecto, concluyó que:

“... resulta necesario crear mecanismos jurídicos tendientes a lograr que los fondos financieros del sector eléctrico se constituyan en herramientas efectivas para lograr el fin

constitucional de la paz. Es por ello que dichos fondos deben acompañarse con varias figuras previstas en el Acuerdo Final, como los Planes Nacionales para la Reforma Rural Integral y los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial.”

4. Por medio de Auto del 14 de junio de 2017, una vez calificada la prueba ordenada, y en cumplimiento de los numerales 3 y 4 del artículo 3º del Decreto 121 de 2017, así como del Auto del 5 de junio de 2017, se comunicó la iniciación del proceso al Presidente de la República y a los ministros del Interior, de Justicia y del Derecho, de Hacienda y Crédito Público, de Agricultura y Desarrollo, de Minas y Energía. Asimismo, se invitó para que participaran en el presente proceso a las siguientes entidades, organizaciones y universidades:

i. i) Oficina del Alto Comisionado para la Paz, Departamento Nacional de Planeación, Superintendencia de Servicios Públicos, Comisión de Regulación de Energía y Gas, Instituto de Panificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas No Interconectadas, Unidad de Planeación Minero Energética y Defensoría del Pueblo.

) Asociación Nacional de Empresas Generadoras ANDEG, Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones ANDESCO, Asociación Colombiana de Distribuidores de Energía Eléctrica ASOCODIS, Asociación Colombiana de Generadores de Energía Eléctrica ACOLGEN.

) Facultades de Derecho de las Universidades Externado de Colombia, Javeriana, Nacional de Colombia, Sergio Arboleda, Libre, de Los Andes, del Rosario, Eafit de Medellín, de Antioquia, del Atlántico y de Ibagué.

Por último, se ordenó correr traslado al Procurador General de la Nación con el fin de que

rindiera concepto sobre el asunto, y fijar en lista el proceso para efectos de las intervenciones ciudadanas.

5. Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Sala Plena de la Corte Constitucional procede a decidir la demanda de la referencia.

II. NORMA OBJETO DE REVISIÓN

6. A continuación se transcribe el Decreto Ley bajo revisión, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 50.245 de 26 de mayo de 2017:

“DECRETO LEY 884 DE 2017

(Mayo 26)

Por el cual se expiden normas tendientes a la implementación del Plan Nacional de Electrificación Rural en el marco del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere el artículo 2° del Acto Legislativo número 01 de 2016, y

CONSIDERANDO:

1. Aspectos generales

Que en la búsqueda de una paz estable y duradera y la terminación definitiva del conflicto armado, el Gobierno nacional suscribió el 24 de noviembre de 2016 con el grupo armado Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército del Pueblo (FARC-EP) un Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, en adelante Acuerdo Final;

Que el día 30 de noviembre de 2016, el Congreso de la República, adoptó la decisión política de refrendar el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera;

Que con base en la suscripción del Acuerdo Final se dio apertura a un proceso amplio e inclusivo de justicia transicional en Colombia, enfocado principalmente en los derechos de las víctimas del conflicto armado y que como parte esencial de ese proceso, el Gobierno nacional está en obligación de implementar los puntos del Acuerdo, entre otras, mediante la expedición de normas con fuerza de ley;

Que el Acuerdo Final desarrolla ejes temáticos relacionados con i) una Reforma Rural Integral; ii) Participación Política; iii) Fin del Conflicto; iv) Solución Integral al Problema de las Drogas Ilícitas; v) Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto, y vi) implementación, verificación y refrendación de dichos acuerdos;

Que en el Acuerdo Final se da especial relevancia al enfoque territorial, entendido como el reconocimiento de las necesidades, características y particularidades económicas, culturales y sociales de los territorios y la adopción de medidas y acciones integrales para ser implementadas con participación activa de las comunidades;

Que el punto 1 del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera contiene, entre otros temas, el pacto sobre “Reforma Rural Integral”, mediante el cual se busca contribuir a la transformación estructural del campo, cerrando las brechas entre el campo y la ciudad, creando condiciones de bienestar y buen vivir para la población rural;

Que en el punto 1.2.5. se prevé que los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) constituyen el mecanismo de ejecución en las zonas priorizadas de los diferentes planes nacionales que se deriven del Acuerdo, de conformidad con los criterios señalados en el Punto 1.2.2. de los Planes Nacionales derivados del Acuerdo Final;

Que según el punto 1.3. “Planes Nacionales para la Reforma Rural Integral” del Acuerdo sobre “Reforma Rural Integral”, las autoridades competentes deberán elaborar y poner en marcha los Planes Nacionales en el territorio, los cuales pretenden erradicar la pobreza extrema, reduciendo en todas sus dimensiones la pobreza rural, así como la desigualdad, creando una tendencia hacia la mejora de los niveles de vida en la ciudad y en el campo;

Que la Honorable Corte Constitucional mediante Sentencias C-699 de 2016, C-160 de 2017 y C-174 de 20017 definió los criterios de validez constitucional que deben cumplir los decretos con fuerza de ley expedidos para 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, por lo que, el Gobierno nacional es consciente de la obligatoriedad y trascendencia de estos criterios y su importancia en un Estado Social de Derecho;

Que el contenido del presente Decreto-ley tiene una naturaleza instrumental, en el sentido de que tiene por objeto facilitar o asegurar la implementación y desarrollo normativo del punto 1.3.1.3. del Acuerdo Final. En consecuencia este Decreto-ley cumple los requisitos de conexidad objetiva, estricta y suficiente entre el decreto y el Acuerdo Final, así como el requisito de necesidad estricta de su expedición, tal como se expone en la presente parte motiva.

2. Requisitos materiales de validez constitucional

2.1. El juicio de conexidad objetiva

Que en cumplimiento del requisito de conexidad objetiva el presente decreto (i) tiene un vínculo cierto y verificable entre su materia y articulado y el contenido del Acuerdo Final; (ii) sirve para facilitar o asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo; y (iii) no regula aspectos diferentes, ni rebasa el ámbito de aquellos asuntos imprescindibles para el proceso de implementación del Acuerdo;

Que según el punto 1.3. “Planes Nacionales para la Reforma Rural Integral” del Acuerdo sobre “Reforma Rural Integral”, las autoridades competentes deberán elaborar y poner en marcha los Planes Nacionales en el territorio, los cuales pretenden erradicar la pobreza extrema, reduciendo en todas sus dimensiones la pobreza rural, así como la desigualdad, creando una tendencia hacia la mejora de los niveles de vida en la ciudad y en el campo;

Que el Acuerdo también reconoce que para la solución al problema de las drogas ilícitas es necesario poner en marcha un nuevo programa que, como parte de la transformación estructural del campo que busca la Reforma Rural Integral, contribuya a generar condiciones de bienestar y buen vivir para las poblaciones afectadas por esos cultivos, a través de la prestación eficiente de servicios públicos;

Que dentro del numeral 4.1.2., que contiene los objetivos del Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito, se establece que este programa se implementará en el marco y como parte de la Reforma Rural Integral (RRI), entre cuyos objetivos se señala la provisión de infraestructura y servicios públicos, para lo cual resulta necesario establecer los lineamientos que permitan la adopción de un Plan Nacional de Electrificación Rural para adelantar los proyectos eléctricos;

Que las disposiciones contenidas en el presente decreto presentan total armonía con los principios, valores y reglas contenidas en la Constitución Política de Colombia;

Que el artículo 365 de la Constitución Política señala que: “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”;

Que el artículo 334 de la Constitución Política Colombiana dispone que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado, el cual intervendrá en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo y en los servicios públicos para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

Estas disposiciones constitucionales son el reflejo de la importancia de los servicios públicos,

especialmente los domiciliarios, porque en ellos, como dice la doctrina “descansa la vida social: la de cada individuo y la de la sociedad en la que se inserta”;

Que igualmente, la doctrina extranjera también ha aceptado el hecho de que la prestación de servicios públicos no es una simple actividad de soberanía, sino una actividad indispensable para la vida en sociedad, lo que justifica muchas notas distintivas del régimen jurídico que se adopta en esta materia. La prestación de estos servicios está dirigida a la utilidad general del público y en tal virtud, como consecuencia del carácter imprescindible para la vida social de estos servicios debe haber regularidad y continuidad en su prestación a todos los ciudadanos, para lo cual debe ser técnicamente posible la extensión del mismo;

Que la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-450 de 1995, manifestó lo siguiente: “El carácter esencial de un servicio público se predica, cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales, ello es así, en razón de la preeminencia que se reconoce a los derechos fundamentales de la persona y de las garantías dispuestas para su amparo, con el fin de asegurar su respeto y efectividad”;

Que el modelo actual de expansión del sector eléctrico presenta dificultades para llevar el servicio de electricidad a la población que vive en las zonas rurales y no interconectadas;

Que los institutos especializados del país han considerado que “entre las diversas formas de energía, la eléctrica es la que más ha contribuido a elevar la calidad de vida de la sociedad porque permite a las comunidades asegurar el acceso a otros servicios básicos como la salud, la educación, la información, proponer las actividades sociales y productiva, mejorar el confort al crear ambientes más saludables y brindar más oportunidades para el desarrollo económico”;

Que la implementación de soluciones energéticas estructurales y sostenibles en zonas aisladas y no interconectadas, con baja densidad de población y carencia en infraestructura básica, requieren de un entorno institucional y legal que tenga en cuenta las particularidades de la dinámica social, económica y ecológica de dichas zonas;

Que con el fin de contar con recursos para financiar la promoción y capacitación en el uso de energía eléctrica, capacidades organizativas de las comunidades para el mantenimiento y sostenibilidad de las obras, asistencia técnica, eficiencia energética, en los términos del Plan Nacional de Electrificación Rural, se hace necesario habilitar la posibilidad de utilizar recursos de los fondos eléctricos FAER, FAZNI y PRONE para estos efectos; Que con las medidas que se adoptan en el presente decreto, se materializan mecanismos tendientes a asegurar la oferta de energía eléctrica que permita atender el incremento de la demanda que se genere con la implementación del Plan Nacional de Electrificación Rural, mediante la agilización de los trámites para la ejecución de proyectos, aplicando por remisión algunos procedimientos de la Ley 1682 de 2013 y modificando disposiciones de la Ley 56 de 1981;

Que la aplicación de las disposiciones legales mencionadas en el considerando anterior así como la modificación señalada, solo puede ser establecida por una norma del mismo rango, con lo que se ampara e impulsa el desarrollo de proyectos de generación de energía eléctrica, lo que garantiza la implementación y desarrollo del Plan Nacional de Electrificación Rural.

2.2. El juicio de conexidad estricta

Que la mención expresa contenida en el numeral 1.3.1.3 del Acuerdo sustenta la conexidad estricta exigida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, toda vez que su claridad contundente elimina toda posibilidad de inferencias genéricas o relaciones indirectas e incidentales.

2.3. El juicio de conexidad suficiente

Que en efecto, existe un vínculo cierto y verificable entre el contenido del numeral 1.3.1.3 del Acuerdo Final y la materia del presente Decreto-ley, toda vez que este último regula lo respectivo a: Entidades competentes para implementar y adoptar el Plan Nacional de Electrificación Rural (PER) (artículo 1°), Criterios que deberá atender el PNER (artículo 2°), articulación de los mecanismos financieros para la implementación del PNER (artículo 3°); medidas tendientes a garantizar la oferta de energía eléctrica que permita atender el incremento de la demanda que se genere con la implementación del PNER, mediante la agilización de los trámites para la ejecución de proyectos (artículos 4° y 5°); participación ciudadana en relación al PNER (artículo 6°); una declaración general sobre la sujeción de las disposiciones del presente Decreto-ley a los principios, valores y reglas de la Constitución Política de Colombia, con el objetivo de garantizar total sujeción y armonía del operador jurídico al ordenamiento jurídico superior (artículo 7°);

Que en virtud de lo anterior, existe total coincidencia entre las materias objeto de regulación y el contenido preciso del Acuerdo porque todas ellas constituyen un instrumento para su realización;

Que el presente Decreto-ley refuerza el Principio Democrático, toda vez que incluye mecanismos de participación de las comunidades a las cuales están dirigidas las medidas;

Que la implementación de proyectos de energía en la ruralidad colombiana, implica el estudio específico del territorio en aspectos tales como: contexto histórico, aspectos socioculturales, demografía, caracterización geográfica, ubicación espacial, vías de acceso, ecosistemas, condiciones climáticas, caracterización económica, condiciones de vida, aspectos políticos, aspectos ambientales relativos a zonas que conforman el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SINAP), presencia de comunidades étnicas diferenciadas, oferta hídrica, potencial solar, entre otras;

Que en la actualidad, los habitantes de las regiones aspiran a ser protagonistas en las decisiones acerca de su participación en los procesos de desarrollo del posacuerdo, y en cómo desean que las instituciones externas realicen su intervención, ya que existen procesos que no son adecuados al territorio, de allí la importancia de la organización y cooperación de comunidades, a través de las cuales surjan procesos de paz y reconciliación, mediante plataformas de organizaciones sociales;

Que en este sentido, el artículo 6° del presente Decreto-ley contiene mecanismos de participación ciudadana, incluida la intervención de comunidades y organizaciones rurales, que permiten garantizar que los proyectos de energización atenderán de primera mano las necesidades específicas de las poblaciones beneficiarias;

Que en virtud de lo anterior, es proporcional que el Gobierno nacional profiera este Decreto-ley, toda vez que resulta más adecuado a los fines constitucionales perseguidos crear mecanismos de diálogo social con las comunidades directamente afectadas;

Que las medidas adoptadas en el presente Decreto-ley presentan total armonía con leyes proferidas por el Congreso de la República como son: Ley 1757 de 2015 (artículo 111) Estatutaria de Participación Democrática y Ley 1715 de 2014 que regula la integración de las energías renovables no convencionales al Sistema Energético Nacional, en la cual se otorgan

amplias facultades de reglamentación al Gobierno;

Que por lo anteriormente expuesto, debe concluirse que los parámetros esenciales de regulación del presente Decreto-ley están dados por la Constitución Política y por la ley; así mismo, la presente norma profundiza y materializa dichos parámetros constitucionales y legales.

2.4. Demostración de la Necesidad Estricta

Que la ausencia de Estado en áreas de difícil acceso, se refleja en las dificultades de esta institución para integrarse en las dinámicas regionales, ya que estas últimas muchas veces se regulan sin la presencia de la institucionalidad pública;

Que las experiencias recogidas en los diferentes procesos de paz desarrollados a nivel internacional y nacional, demuestran la necesidad de que, una vez firmados los acuerdos, el Estado intervenga con urgencia, especialmente en las zonas afectadas por el conflicto, no solamente con el objetivo de garantizar la seguridad del territorio, sino también con miras a implementar acciones que contribuyan al bienestar y buen vivir de las comunidades, en orden a evitar la repetición de las mismas situaciones que constituyeron la raíz del conflicto armado;

Que la reconciliación en un posconflicto está relacionada con los procesos de reconstrucción de confianza entre los ciudadanos y las instituciones estatales. De esta manera, uno de los factores que impiden la reconciliación es, entre otros, la incipiente presencia de instituciones estatales y procesos transicionales que puedan desarrollar un marco específico respecto a la capacidad del Estado;

Que así por ejemplo, uno de los retos inmediatos identificados para el posconflicto guatemalteco, fue generar una institucionalidad fuerte, que apoyado de organizaciones de la sociedad civil, pudiera ejecutar un conjunto de obras con mayor eficacia y propiedad en pro del desarrollo socioeconómico de los territorios;

Que los pasados acuerdos de paz celebrados en Colombia, han dejado como lección histórica, que para la consolidación de dichos acuerdos, no es importante solamente que los actores violentos encuentren un espacio en la sociedad, sino también que las regiones que sufrieron el embate directo de la violencia se reincorporen, sin desventajas competitivas, al desarrollo general del país; lo anterior cobra un carácter urgente cuando las negociaciones de paz no se realizan simultáneamente con todos los grupos armados porque se genera el riesgo que el territorio objeto del acuerdo sea apropiado por grupos violentos diferentes; 6

Que en virtud de lo anterior, resulta imperioso asegurar la presencia inmediata del Estado en la ruralidad colombiana y en tal virtud, el trámite del presente Decreto-ley, resulta ser la medida más adecuada para lograrlo frente al trámite legislativo ordinario y el procedimiento legislativo especial, por las condiciones de urgencia institucional superlativa requeridas para la implementación material del Acuerdo Final en el territorio;

Que las medidas contenidas en el presente Decreto-ley están dirigidas a garantizar la implementación material del Acuerdo Final en el territorio colombiano, en orden a obtener la realización efectiva del derecho a la paz;

Que la implementación del Plan Nacional de Electrificación Rural en el marco del Acuerdo Final, no implica solamente la instalación de infraestructura física, sino la presencia material del Estado en el territorio como una herramienta para generar capacidades democráticas de

las comunidades beneficiadas mediante la implementación de procesos participativos alrededor de proyectos energéticos;

Que en este contexto, la adopción urgente de normas tendientes a promover la electrificación de las zonas rurales del país, especialmente las más afectadas por el conflicto armado, es necesaria para asegurar y facilitar la implementación real del Acuerdo Final, y justifica el ejercicio de las facultades extraordinarias previstas en el artículo 2° del Acto Legislativo número 01 de 2016 con el objetivo de lograr una paz estable y duradera;

Que en mérito de lo expuesto,

DECRETA:

Artículo 1°. Plan Nacional de Electrificación Rural -PNER. El Ministerio de Minas y Energía, con el apoyo técnico del Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas No Interconectadas -IPSE y la Unidad de Planeación Minero Energética -UPME, elaborará y adoptará cada dos (2) años un Plan Nacional de Electrificación Rural para las Zonas No Interconectadas -ZNI y para el Sistema Interconectado Nacional -SIN estableciendo, entre otros, mecanismos que permitan la administración, operación y mantenimiento sostenible de las soluciones energéticas que se construyan para su uso.

La formulación del Plan Nacional de Electrificación Rural PNER tendrá en cuenta las diferentes soluciones aplicables en materia energética, las necesidades reportadas por las entidades territoriales y las comunidades, y las condiciones socioambientales de los hogares, así como alternativas de electrificación individual o colectiva.

El contenido del Plan Nacional de Electrificación Rural PNER se armonizará con los Planes Nacionales para la Reforma Rural Integral, los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) y el Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos Ilícitos (PNIS).

Artículo 2°. Criterios del Plan Nacional de Electrificación Rural (PNER). Teniendo en cuenta los criterios contenidos en el punto 1.3.1.3. del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, el Plan Nacional de Electrificación Rural de que trata el artículo anterior deberá propender por:

1. La ampliación de la cobertura eléctrica.
2. La promoción y aplicación de soluciones tecnológicas apropiadas de generación eléctrica, de acuerdo con las particularidades del medio rural y de las comunidades, para lo cual se utilizarán de manera preferente Fuentes No Convencionales de Energía (FNCE).
3. La asistencia técnica y la promoción de las capacidades organizativas de las comunidades para propender por el mantenimiento y la sostenibilidad de las obras.
4. La capacitación en el uso adecuado de la energía para su sostenibilidad.

Artículo 3°. Articulación de los Fondos Eléctricos para la implementación del Plan Nacional de Electrificación Rural (PNER). Sin perjuicio de la destinación de cada uno de los Fondos FAER, FAZNI y PRONE, para la implementación del Plan Nacional de Electrificación Rural, el Ministerio de Minas y Energía establecerá criterios de priorización para que los proyectos que se presenten a cada uno de los correspondientes Comités de Administración para aprobación de recursos guarden coherencia con dicho Plan y con las priorizaciones regionales realizadas a partir de los Planes de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET).

Parágrafo 1°. A efectos de facilitar la aplicación de los criterios a que hace referencia el artículo 2º de este Decreto-ley, en la asignación de los recursos de los Fondos FAER, FAZNI y PRONE el Ministerio de Minas y Energía definirá un valor máximo anual del valor proyectado de su recaudo para atender costos asociados a:

1. Promoción y capacitación en el uso de energía eléctrica y de capacidades organizativas de las comunidades para el mantenimiento y sostenibilidad de las obras.

2. Asistencia técnica.

3. Eficiencia energética.

Parágrafo 2°. En los proyectos que se adelanten con recursos de los Fondos FAER, FAZNI y PRONE, además de las cargas residenciales podrá financiarse la supervisión e interventoría de los proyectos, así como usos productivos en el ámbito rural e instalaciones internas.

Parágrafo 3°. Para el establecimiento, adopción e implementación del Plan Nacional de Electrificación Rural, PNER, el Ministerio de Minas y Energía podrá articular y coordinar actividades y/o recursos con otros fondos públicos, entidades públicas, entidades de cooperación y asistencia internacional, organismos multilaterales, personas extranjeras de derecho público, organismos de derecho internacional, sector privado e iniciativas de la comunidad.

Parágrafo 4°. Se propenderá porque el Plan Nacional de Electrificación Rural sea financiado con recursos de los Fondos de que trata el presente artículo.

Parágrafo 5°. El Ministerio de Minas y Energía implementará lo previsto en este artículo en un plazo no mayor a un (1) año, contado a partir de la fecha de publicación del presente Decreto-ley.

Artículo 4°. Aplicación de la Ley 1682 de 2013. Para determinar los valores que se han de pagar por los predios o inmuebles afectados por proyectos y ejecución de obras de energía eléctrica, amparadas por la declaratoria de utilidad pública e interés social, así como para el saneamiento de tales predios, se dará aplicación a lo establecido en los artículos 21, 22, 23, 24,25 y 26 de la Ley 1682 de 2013, con excepción de la expropiación por vía administrativa.

Parágrafo. Para efectos de la aplicación de lo aquí dispuesto, se entenderá por entidad estatal al propietario del proyecto declarado de utilidad pública e interés social, sin importar que se trate de entidad pública o privada.

“Corresponde al propietario del proyecto que lo haya adoptado y ordenado su ejecución, promover en calidad de demandante los procesos que sean necesarios para hacer efectivo al gravamen de servidumbre de conducción de energía eléctrica”.

Artículo 6°. Participación ciudadana. El Plan Nacional de Electrificación Rural PNER se formulará con sujeción a los mecanismos de participación ciudadana previstos para el desarrollo de los Planes de Energización Rural Sostenible -PERS, incluida la intervención de

comunidades y organizaciones rurales en el marco de los Planes Nacionales para la Reforma Rural Integral, los PDETs y el PNIS.

Artículo 7°. Principios. Las disposiciones contenidas en el presente Decreto-ley se aplicarán conforme a los principios, valores y reglas previstas en la Constitución Política de Colombia.

Artículo 8°. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 56 de 1981 y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dado en Bogotá, D. C., 26 de mayo de 2017

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN

El Ministro de Minas y Energía,

Germán Arce Zapata”

III. INTERVENCIONES Y CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

7. Los planteamientos de las intervenciones y el concepto del Ministerio Público serán presentados, según corresponda, en el análisis formal o material del Decreto Ley, con el propósito de facilitar un mejor orden metodológico.

Con todo, se puede advertir que la Vista Fiscal y la mayoría de los intervinientes solicitaron la exequibilidad del Decreto Ley 884 de 2017. En efecto, aunque algunos piden la constitucionalidad condicionada de ciertos artículos, coinciden en que el contenido del Decreto Ley se ajusta a la Constitución Política: la Cumbre Nacional de Mujeres y Paz, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, la Asociación Colombiana de Generadores de Energía Eléctrica, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la Defensoría del Pueblo y la Organización Nacional Indígena de Colombia. Por el contrario, los delegados de las Comunidades Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras ante el Espacio Nacional de Consulta Previa solicitan declarar la inexequibilidad integral del Decreto Ley 884 de 2017, por no haberse agotado de forma adecuada el procedimiento de consulta con sus comunidades. Por último, las Autoridades Tradicionales Indígenas de Colombia solicitan a la Corte que se declare la inaplicabilidad del Decreto Ley 884 respecto de los pueblos indígenas por ausencia de consulta previa.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

8. La Corte Constitucional es competente para revisar este Decreto Ley, en virtud de lo previsto en el artículo 2º del Acto Legislativo 1 de 2016 y el artículo 3 del Decreto Ley 121 de 2017.

Problema jurídico y estructura de la decisión

Específicamente, la Sala decidirá sobre la constitucionalidad de los 8 artículos que integran el Decreto Ley, a saber: a) el artículo 1 define las entidades competentes para formular y adoptar el Plan Nacional de Electrificación Rural -PNER; b) el artículo 2 determina las finalidades a las que debe responder el PNER; c) el artículo 3 establece la articulación de los mecanismos de financiación del PNER; d) los artículos 4 y 5 fijan las medidas de modificación y aplicación legal tendientes a garantizar la oferta de energía eléctrica que permita atender el aumento de la demanda que se genere con la implementación del PNER; e) el artículo 6 dispone los mecanismos de participación ciudadana en relación con la formulación del PNER; f) el artículo 7 sujeta la aplicación del Decreto Ley a la Constitución Política; y, g) el artículo 8 puntualiza aspectos sobre la vigencia del Decreto Ley.

10. Si bien se realizará el análisis descrito en el párrafo precedente únicamente si el Decreto Ley 884 de 2017 supera el examen formal, lo cierto es que incluso este estudio requiere un contexto sobre el servicio público de energía eléctrica, y en esa medida, la Corte se referirá: i) al deber del Estado de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional; ii) el servicio público de energía eléctrica; iii) la prestación del servicio público de energía eléctrica en Colombia; y iv) los contenidos del Acuerdo Final relacionados con la prestación del servicio público de energía eléctrica. Luego, recordará el alcance del control de los Decretos Leyes expedidos en virtud de las facultades presidenciales para la paz y procederá a aplicar las reglas al Decreto Ley 884 de 2017.

11. El deber del Estado de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional

11.1. El artículo 365 de la Carta Política incorpora la base constitucional frente al

reconocimiento y prestación de los servicios públicos, en tanto inherentes a las finalidades sociales del Estado y cuya realización eficiente debe ser asegurada “a todos los habitantes del territorio nacional”. En desarrollo de este mandato, desde sus inicios esta Corporación ha señalado que la constitucionalización de la garantía efectiva de tales servicios se deriva de su innegable vínculo con la materialización de derechos fundamentales tales como la vida y la salud.

11.2. La prestación de los servicios públicos se inscribe, por tanto, dentro de aquellos deberes sociales cuyo desarrollo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 Superior, constituye el fundamento existencial de las autoridades colombianas.

A su vez, el Constituyente de 1991 reconoció como finalidades sociales del Estado, entre otros, la garantía del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población. De ahí que sea posible indicar que, la prestación de los servicios públicos, está íntimamente ligada al “telos” estatal, se estatuye en nuestro ordenamiento como fórmula constitucional destinada a potenciar el desarrollo humano de los asociados, en satisfacción de, por lo menos, las dos finalidades antes enunciadas y en procura de, como lo ha reconocido la Corte, hacer efectiva la igualdad material de quienes integran la comunidad.

11.3. El deber de prestación antes mencionado, en perspectiva de esta Corporación, corresponde a una obligación positiva de la que es titular el Estado, orientada al efectivo suministro del servicio respectivo, a través de los instrumentos o estrategias de política pública que se estimen necesarios para su evolución. Con base en lo anterior, se ha dicho que los servicios públicos y su adecuada materialización se encuentran soportados, por lo menos, en los criterios de (i) universalidad, pues exigen que su prestación busque un acceso igualitario a todas las personas titulares de las necesidades susceptibles de superación a través de estos; (ii) eficiencia, por mandato constitucional, como ya se expuso con anterioridad, (iii) eficacia, (iv) calidad y (v) ampliación de cobertura.

11.4. De modo que tempranamente la Corte ha entendido que la valoración constitucional de los servicios públicos se basa esencialmente en las obligaciones del Estado que se desprenden de la garantía de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. En armonía con ello, se ha resaltado la connotación eminentemente social de la prestación de tales servicios, cuya correcta ejecución se torna de la mayor relevancia constitucional dado que, “(...) por una parte, de la realización de los derechos fundamentales de las personas depende en gran medida de la adecuada prestación de los servicios públicos -p.ej. de agua, salud, saneamiento básico, energía, transporte, etc.- y, por otra, el Constituyente ha optado por una forma estatal, el Estado social de derecho, destinada a corregir la deuda social existente en el país con los sectores sociales más desfavorecidos mediante un sistema político que busca la progresiva inclusión de todos en los beneficios del progreso.”

11.5. En nuestro ordenamiento jurídico, la Ley 142 de 1992, artículo primero, integra un listado de servicios públicos domiciliarios, haciendo alusión, por ejemplo, al acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural. De ahí que sea posible indicar, como lo ha sostenido esta Corporación, que el acceso a los servicios domiciliarios encuentra un especial sustento constitucional en el artículo 51 de la Carta Política, relativo al derecho a la vivienda digna, y el artículo 64, sobre el acceso progresivo a, entre otros, los servicios de educación, salud y vivienda en favor de los trabajadores rurales.

11.6. Asimismo, la Constitución, en su artículo 370, vincula al Presidente de la República de manera especial, pero no exclusiva (artículo 365), con la garantía de los servicios públicos domiciliarios, asignándole la obligación de “señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia” de los mismos, así como, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ejercer “el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.”

11.7. En sistematicidad con lo dicho, resulta pertinente recordar que, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha referido a la necesidad de garantizar “los servicios” para hacer efectivo el derecho a la “vivienda adecuada”, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, especialmente, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, intérprete autorizado del PIDESC, en su Observación General Nº 4 estableció que el concepto de “adecuación”, propio de la vivienda digna, está determinado por aspectos como, por un lado, la “disponibilidad de servicios”, aludiendo al “acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”; y por otro, la “adecuación cultural”, en referencia al acceso a, por ejemplo, “los servicios tecnológicos modernos.”

Siendo, entonces, la prestación de los servicios públicos, en perspectiva de la vivienda digna, una manifestación de los derechos económicos, sociales y culturales, el Estado se encuentra abocado a propender por su plena realización, en cumplimiento, principalmente, de la obligación de progresividad y prohibición de regresividad derivadas del artículo 2 del PIDESC.

De manera que la satisfacción plena de cada uno de estos derechos se logre a través de la disposición de “hasta el máximo de los recursos disponibles (...) por los medios apropiados”, pues, como fue dispuesto en los Principios de Limburgo de 1986, relativos a la aplicación del PIDESC, los Estados se encuentran investidos con la exigencia internacional de “actuar tan rápidamente como les sea posible” en dirección a la completa efectividad de las garantías sociales.

11.8. En suma, la prestación de servicios públicos es una carga que debe ser asumida por el Estado como garante de los derechos fundamentales de sus ciudadanos y ciudadanas. El

acceso, la eficiencia, la eficacia, la calidad y la cobertura en la prestación de servicios públicos hacen parte de los mandatos perentorios que se imponen al Estado por normas constitucionales e internacionales asociadas a la garantía de la vivienda digna.

12. El servicio público de energía eléctrica

12.1. Desde sus primeros pronunciamientos, este Tribunal identificó a la energía como un “bien público esencial de carácter no transable”, en el sentido de asumirlo como un servicio indispensable “para el desenvolvimiento de las actividades sociales y económicas del país”, asociado sustancialmente al bienestar de las poblaciones contemporáneas, el fortalecimiento de la calidad de vida y el acercamiento con el avance de la tecnología.

12.2. Ahora bien, la accesibilidad al servicio de energía se torna especialmente importante, pues allí es donde se ve reflejada de manera clara su impacto en el desarrollo social y, especialmente, su impacto frente a la reducción de la pobreza y las brechas de la sociedad. Al respecto, el Banco Mundial ha insistido en que la electrificación tiene una fuerte incidencia en la prestación del servicio de salud, pues fortalece la infraestructura sanitaria, a la vez que potencia el contacto tecnológico, así como facilita la conservación de vacunas, medicamentos y alimentos.

Como lo ha señalado la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), el vínculo entre energía y pobreza es una realidad evidente que se deriva de la dependencia de dicho servicio con el desarrollo de “prácticamente todas las actividades de la vida cotidiana de las personas”. De ahí que sea innegable reconocer hoy en la energía un motor de desarrollo de las sociedades, alrededor de la cual la agenda global ha venido insistiendo para propender por el acceso universal. En el año 2010, por ejemplo y observando la relevancia del servicio público en mención, el entonces Secretario General de la Naciones Unidas, con ocasión de su participación en la Cumbre de Alto Nivel de los Objetivos de Desarrollo del

Milenio, anunció la meta global de los Estados para lograr la universalidad en el suministro de energía.

En ese contexto, la pobreza energética ha emergido como un concepto que ilustra las dificultades de los sectores sociales que, por distintas razones, se han visto obligados a no contar con el suministro de energía y que, como lo ha dicho esta Corporación, corresponde a aquella condición en la que “una persona o núcleo familiar: (i) es incapaz de pagar una cantidad mínima de electricidad para la satisfacción de sus necesidades domésticas (calefacción, iluminación, refrigeración y cocción de alimentos) o; (ii) en los eventos en que se ve obligada a destinar una parte excesiva de sus ingresos a pagar la factura energética de su vivienda.”

12.3. En ese sentido, se presenta la energía como un servicio claramente esencial que comporta especiales dimensiones sociales, pues la existencia de obstáculos para su acceso involucra la agudización de la pobreza extrema, y por tanto, potencia la vulnerabilidad de los sectores alejados de las fuentes energéticas. Por ello, entendiendo la garantía del servicio público como un deber estatal, claramente su incumplimiento deviene, sin duda, en el alejamiento institucional que, en virtud del imperativo de progresividad, exige ser reducido de manera urgente, máxime si se tiene en cuenta que la necesidad energética se robustece aún más en el contexto de la globalización en el que se hallan las sociedades.

13. La prestación del servicio público de energía eléctrica en Colombia

13.1. La operación y regulación del mercado de la energía eléctrica en Colombia parte de una separación vertical de las actividades que permiten la prestación del servicio. De esta manera, el mercado está compuesto por cuatro actividades distintas: (i) producción o generación; (ii) transmisión o transporte; (iii) distribución; y (iv) comercialización. El conjunto de estas actividades conforma el servicio público esencial de energía eléctrica en Colombia. Ahora bien, para la Corte el transporte o transmisión de energía eléctrica desde las redes

regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición, es considerado un servicio público domiciliario esencial sujeto a la intervención del Estado.

13.2. En materia de transmisión y distribución de energía eléctrica, las diferentes zonas del territorio nacional se encuentran clasificadas en aquellas en las que se presta el servicio público de electricidad a través del Sistema Interconectado Nacional (SIN) y aquellas en las que no. Estas últimas se denominan Zonas No Interconectadas (ZNI). A su vez, el Decreto 1623 de 2015, clasifica las ZNI en aisladas e interconectables. Las primeras son zonas no interconectadas cuya conexión al SIN no resulta eficiente económicamente; las segundas, en cambio, son zonas no interconectadas cuya conexión es económicamente eficiente.

13.3. Actualmente, según la Unidad de Planeación Minero Energética –UPME, las ZNI ocupan aproximadamente el 52% del territorio nacional y se ubican en 90 municipios, 20 territorios especiales, 1448 localidades, 39 cabeceras municipales y 5 capitales departamentales. En ellas la prestación del servicio de energía eléctrica se hace principalmente mediante plantas de generación diesel, paneles solares y pequeñas centrales hidroeléctricas. Estas zonas se caracterizan por contar con un alto índice de necesidades básicas insatisfechas y por una capacidad reducida de pago del servicio de energía. A esto se suma que, debido a su distancia de los centros urbanos, los costos de interconexión y prestación del servicio de energía eléctrica son muy elevados.

13.4. Asimismo, según datos del Banco Interamericano de Desarrollo, el 97% de la población colombiana cuenta con el servicio de energía eléctrica. De acuerdo con la UPME, la meta de alcanzar el 100% de cobertura aún no se logra debido, principalmente, a que los usuarios sin servicio de energía eléctrica se encuentran dispersos en áreas rurales de difícil acceso. En efecto, en el nivel nacional a 2015, aproximadamente 425.000 viviendas no tenían acceso a la electricidad. Adicionalmente, la UPME ha identificado que más del 70% de los usuarios que no tienen servicio de energía eléctrica se encuentran en ZNI de carácter interconectable,

mientras que el 30% restante se ubican en ZNI aisladas.

13.5. Las características y condiciones especiales de las áreas geográficas que componen el SIN y las ZNI impiden que la prestación del servicio de energía se realice de la misma manera en todo el territorio nacional. Por esta razón el Estado ha establecido un marco normativo con reglas diferenciadas para cada una de las zonas, encaminado a garantizar la prestación del servicio y a cumplir con la actual política de universalización del servicio de energía eléctrica establecida en el Plan Nacional de Desarrollo (Ley 1753 de 2015).

13.6. Finalmente, se debe mencionar que el Gobierno Nacional, con el objeto de lograr la universalización del servicio de energía eléctrica, ha buscado articular la prestación del servicio a través de fuentes no convencionales de energía y de la ampliación del SIN. Además, a nivel internacional, Colombia ha adoptado, entre otros, los Objetivos de Desarrollo Sostenible -ODS de las Naciones Unidas y el programa de energía sostenible para todos SE4ALL del Banco Interamericano de Desarrollo. Igualmente, ha empezado a incorporar metas ambiciosas en eficiencia energética, participación de fuentes renovables no convencionales, cobertura y acceso universal del servicio de energía eléctrica.

14. Los contenidos del Acuerdo Final para la Terminación del conflicto y la Construcción de una Paz estable y duradera (en adelante Acuerdo Final) relacionados con la prestación del servicio público de energía eléctrica

14.1. El punto 1 del Acuerdo Final busca crear condiciones de bienestar y buen vivir para la población rural que contribuyan a cerrar las brechas entre el campo y la ciudad y que permitan la transformación estructural del campo. En este sentido, está previsto que con los programas que se promuevan en el marco de la Reforma Rural Integral, se logre integrar a las regiones, se erradique la pobreza y se asegure el pleno disfrute de los derechos de la

ciudadanía.

14.2. Con estos objetivos en mente, en la Reforma Rural Integral se acordaron tres ejes de acción. En el primer eje, se establecieron las condiciones para el acceso y uso de la tierra y para la formalización de la propiedad rural. De esta manera, el Punto 1.1. del Acuerdo Final creó un Fondo de Tierras de carácter permanente para regularizar los derechos de propiedad y promover una distribución equitativa de la tierra. Asimismo, el Gobierno Nacional se comprometió a crear otros mecanismos para promover el acceso a la tierra, como los subsidios integrales para la compra de tierras por parte de las personas beneficiarias y los créditos especiales para la compra de tierras. En este punto, entonces, el compromiso incluye crear condiciones para el acceso integral a la tierra y para la formalización de la pequeña y mediana propiedad rural.

El segundo eje de acción de la Reforma Rural Integral consistió en la formulación de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), en el punto 1.2. del Acuerdo Final. Estos programas tienen como fin lograr la transformación estructural del campo y un relacionamiento equitativo entre el campo y la ciudad. Con ellos, se busca priorizar la elaboración y ejecución de planes de acción para la transformación regional en los territorios del país más afectados por el conflicto, con niveles elevados de pobreza, debilidad institucional administrativa y presencia de cultivos de uso ilícito y otras economías ilegítimas.

Por último, el tercer eje acordado en la Reforma Rural Integral fue la formulación de los Planes Nacionales para la Reforma Rural Integral, en el punto 1.3. del Acuerdo Final. Este tercer punto supone que la Reforma Rural Integral es de aplicación universal en el territorio nacional y que, por lo tanto, si bien es necesario priorizar algunas zonas por sus condiciones especiales de vulnerabilidad y afectación, también se requiere superar las brechas entre el campo y la ciudad y asegurar el ejercicio de los derechos en la generalidad del campo y del territorio colombiano. En consecuencia, los planes nacionales para la Reforma Rural Integral tienen por objetivo una acción conjunta de planes en distintos frentes, como infraestructura,

salud, educación y vivienda, cuya articulación en todo el territorio nacional logre la erradicación de la pobreza extrema, la reducción en todas sus dimensiones de la pobreza rural en un 50%, la disminución de la desigualdad y la creación de mejores niveles de vida en la ciudad y en el campo.

14.3. El punto 1.3. del Acuerdo Final contempló la creación de planes nacionales en materia de infraestructura y adecuación de tierras (punto 1.3.1.) y de desarrollo social (punto 1.3.2.). El PNER creado por el Decreto Ley 884 de 2017 se enmarca dentro del primer grupo de planes nacionales, pues está encaminado a crear infraestructura eléctrica en el territorio. En efecto, el punto 1.3.1.3. del Acuerdo Final establece:

“1.3.1.3. Infraestructura eléctrica y de conectividad: con el propósito de garantizar condiciones de vida digna y mejorar la conectividad, el Gobierno Nacional diseñará e implementará un Plan Nacional de Electrificación Rural y un Plan Nacional de Conectividad Rural, con los siguientes criterios:

- * La ampliación de la cobertura eléctrica.
- * La promoción y aplicación de soluciones tecnológicas apropiadas de generación eléctrica de acuerdo con las particularidades del medio rural y de las comunidades.
- * La asistencia técnica y la promoción de las capacidades organizativas de las comunidades para garantizar el mantenimiento y la sostenibilidad de las obras.
- * La capacitación en el uso adecuado de la energía para garantizar su sostenibilidad.
- * La instalación de la infraestructura necesaria para garantizar el acceso a internet de alta velocidad en las cabeceras municipales.
- * La oferta de soluciones de acceso comunitario a internet para centros poblados.”

14.4. Por último, frente a su articulación con el resto del Acuerdo, vale la pena resaltar que el artículo 1 del Decreto Ley 884 de 2017 señala que el contenido del PNER deberá estar armonizado con el Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos Ilícitos (PNIS). En efecto, el Punto 4 del Acuerdo Final que abarca la Solución al Problema de las drogas ilícitas, reconoce la importancia de la transformación estructural del campo en la solución al problema de los cultivos de uso ilícito y, por lo tanto, bajo el punto 4.1.1. del Acuerdo, se integra el PNIS a la Reforma Rural Integral.

15. Alcance del control de los decretos leyes expedidos en virtud de las facultades presidenciales para la paz

15.1. Constitucionalidad de la habilitación legislativa extraordinaria concedida al Presidente de la Republica por el Acto Legislativo 01 de 2016

El desarrollo de un proceso de justicia transicional en el marco constitucional vigente, legítimo y estructurado a partir de la Carta Política de 1991, determinó la expedición del Acto Legislativo 01 de 2016. Una de las herramientas previstas por el constituyente derivado en dicha normativa, cuyo objeto es asegurar y facilitar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final suscrito entre el Gobierno y las FARC-EP, consistió en el otorgamiento de facultades legislativas especiales al Presidente de la República.

El artículo 2 ibídem configuró esta habilitación con los siguientes rasgos característicos: (i) delimitación temporal, por 180 días contados a partir de la entrada en vigencia del acto reformativo; (ii) restricción competencial en orden a la materia, con el objeto de expedir decretos con fuerza de ley dirigidos a facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo del Acuerdo; y, con la prohibición de proferir actos legislativos, leyes estatutarias, leyes

orgánicas, leyes códigos, leyes que necesiten mayoría calificada o absoluta para su aprobación o que decreten impuestos; y, (iii) control jurisdiccional, ante la Corte Constitucional, de manera automática y posterior a su entrada en vigencia.

La conformidad al ordenamiento Superior de esta disposición fue declarada en la Sentencia C-699 de 2016, en la que se afirmó que no sustituía el principio de separación de poderes o funciones. En síntesis, se sostuvo que: (i) el otorgamiento de facultades legislativas extraordinarias al Presidente de la República a través de actos reformativos no constituye, per se, un exceso del poder de reforma, tal como en otras ocasiones lo ha considerado la Corporación.

Y, (ii) que en este caso la habilitación es constitucional pues: se activa previo un proceso de refrendación popular; el Congreso no se ve privado de su competencia legislativa, dado que la competencia presidencial se encuentra delimitada positiva [decretos con fuerza de ley que tengan conexidad objetiva, estricta y suficiente con el Acuerdo Final] y negativamente [asuntos excluidos de esta atribución de manera expresa, o derivados del ordenamiento Superior, como aquellos sobre los que recae reserva estricta de ley]; el Congreso ostenta la habilitación principal para legislar con el objeto de implementar y desarrollar normativamente el Acuerdo, por lo tanto la intervención legislativa del Presidente está reservada para aquellos casos en que sea estrictamente necesaria; y, no se suprimen los controles interorgánicos, expresión del equilibrio entre los poderes públicos y de la supremacía constitucional.

15.2. Alcance del control jurisdiccional que ha adelantado la Corte Constitucional sobre los decretos con fuerza material de ley en el marco del Acto Legislativo 01 de 2016

En la providencia C-160 de 2017, a través de la cual la Corporación se pronunció por primera vez sobre la constitucionalidad de un decreto ley proferido en virtud de la competencia

concedida en el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016, se consideró que, pese a sus particularidades, el derecho constitucional de excepción brindaba elementos importantes para la comprensión del alcance del control a cargo de la Corte en estos nuevos casos, en los que se verificaba una alteración temporal del diseño institucional de la Carta Política.

Partiendo del presupuesto según el cual las facultades concedidas debían ser de estricta interpretación y aplicación restrictiva, dado que se inscriben en una situación de alteración institucional, se sostuvo que, sin perjuicio del control político, el control jurídico no podía ser simplemente ritual, y que los principales referentes institucionales estaban dados por los siguientes aspectos: (i) la configuración estatal como social y de derecho; (ii) el principio de separación de poderes; (iii) la democracia; (iv) la participación ciudadana; y, (v) el respeto por los derechos humanos intangibles.

El diseño que garantiza que incluso en estas situaciones no se configure una excesiva concentración en el ejercicio del poder y, por lo tanto, una lesión del sistema constitucional, parte de la misma regulación prevista en el artículo 2 del Acto Legislativo, del cual se extrae que el control constitucional material tiene las siguientes características: (i) es expreso; (ii) es objetivo – jurídico, esto es, su parámetro de control es la Constitución Política, afirmación que no descarta que en el ejercicio hermenéutico se tenga en cuenta el contexto transicional; (iii) debe garantizar la vigencia del Estado Social de Derecho; (iv) comprende una revisión formal y otra material; (v) es automático; (vi) es posterior; (vii) debe considerar el escenario particular, por lo tanto, los límites impuestos deben tener por presupuesto que el objeto de la habilitación legislativa es la búsqueda de la paz, y que esto se enmarca en un contexto complejo de justicia transicional; y, (viii) la habilitación tiene precisas restricciones temporales y materiales.

Esta delimitación es similar a la efectuada por la Corte en la providencia C-174 de 2017, en la que se afirmó que el control era (i) jurisdiccional, por lo tanto no eran dables consideraciones de conveniencia u oportunidad; (ii) automático; (iii) participativo, pues cualquier ciudadano

puede intervenir en el proceso conforme a lo previsto en el artículo 242.1 de la CP; (iv) posterior; y, (v) único.

Atendiendo a tales características, las sentencias C-160 y C-174 de 2017 precisaron los aspectos relevantes del control a efectuar por la Corte Constitucional en cuanto al procedimiento de formación, con fundamento en lo sostenido en la sentencia C-699 de 2016, en los términos que se sintetizan a continuación.

C-160 de 2017

Límites formales

- (i) Adopción por parte del Gobierno Nacional (Art. 115 CP)
- (ii) Expedición dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2016
- (iii) Motivación suficiente: que demuestre su condición de instrumento para la implementación del Acuerdo Final. Con todo, la evaluación sobre esa motivación corresponde a los límites materiales.

Límites materiales: el presupuesto consiste en que el objeto de la habilitación legislativa extraordinaria consiste en facilitar y asegurar la implementación y desarrollo del Acuerdo Final

- (i) Conexidad objetiva: necesidad de que el Gobierno demuestre un vínculo cierto y verificable entre el contenido del Acuerdo Final y la materia del decreto respectivo. No se satisface este requisito cuando se regulan aspectos que excedan los propósitos de la implementación
- (ii) Conexidad estricta, o juicio de finalidad: refiere a la carga argumentativa para el

Gobierno, consistente en demostrar que el desarrollo normativo contenido en el decreto responde de manera precisa a un aspecto definido y concreto del Acuerdo Final

Primer nivel: el Gobierno debe identificar cuál es el contenido preciso del Acuerdo que es objeto de implementación

Segundo nivel: el Gobierno debe demostrar que la medida respectiva está vinculada con dicho contenido

(iii) Conexidad suficiente: vinculada al deber del Gobierno de demostrar el grado de estrecha proximidad entre las materias objeto de regulación por parte del decreto respectivo y el contenido preciso del Acuerdo a implementar

(iv) Estricta necesidad: referida a que el Gobierno demuestre la falta de idoneidad del trámite legislativo ordinario y del procedimiento legislativo especial previsto en el Art. 1 del Acto Legislativo 01 de 2016 para regular la materia objeto del Decreto Ley. Se exige que se demuestre el carácter urgente e imperioso de regular la materia.

Asuntos expresamente excluidos

Actos legislativos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes códigos, leyes que necesitan mayorías calificada o absoluta y leyes para decretar impuestos. Y asuntos con reserva estricta de ley.

C-174 de 2017

Vicios de Procedimiento

(i) Adoptarse por parte del Gobierno Nacional (Art. 115 CP.)

(ii) Asignarse un título (Art. 169 CP.)

(iii) Invocarse la facultad en la que se funda la expedición del decreto ley

(iv) Exponer los motivos que justifican la expedición de la normativa: en virtud del principio de publicidad (Arts. 133, 209 y 228 CP.) y como condición de participación de los ciudadanos en su control (Arts. 40 y 242.1 CP.)

Vicios de competencia

(i) Competencia temporal: 180 días siguientes a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2016

(ii) Conexidad teleológica: en la medida en que las facultades legislativas extraordinarias tienen por objeto “facilitar” y “asegurar” la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final, esta conexidad significa que debe probarse que el acto enjuiciado es instrumental a la realización de los objetivos o compromisos del Acuerdo. Debe mostrarse la potencialidad del Decreto ley para “facilitar” o “asegurar” la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final

Justificación interna: conexidad probada entre la motivación y sus propias disposiciones

Justificación externa: justificación teleológica del Decreto ley con el Acuerdo final

(iii) Restricción para la expedición de actos legislativos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes códigos, leyes que necesitan mayorías calificada o absoluta y leyes para decretar impuestos. Y, tal como se advirtió en la Sentencia C-699 de 2016, “tampoco pueden usarse las facultades extraordinarias para regular asuntos sujetos a reserva de ley que no estén mencionados en el artículo 150-10 de la Carta Política o en el artículo 2 acusado, tales como la restricción de la libertad de expresión, la creación de delitos o el incremento penas (CP arts. 29 y 93)”

(iv) Estricta necesidad: usualmente el ejercicio de las facultades legislativas extraordinarias se justifica en la conveniencia de contar con legislación oportuna y tecnicada. En este caso, esto puede lograrse a través del procedimiento legislativo especial previsto en el Acto Legislativo 01 de 2016, por lo tanto, debe haber un imperativo de regulación no susceptible de este último

Según el esquema propuesto por estas dos providencias, que entre sí presentan algunas diferencias, la Corte Constitucional ha venido adelantando el control inicial de cada uno de los decretos con fuerza material de ley proferidos por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades conferidas a través del artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016. En algunos, la Corte ha seguido estrictamente los criterios expuestos por cada una de ellas, por ejemplo, en la Sentencia C-224 de 2017 se atendieron rigurosamente los criterios expuestos en la Sentencia C-174 de 2017; mientras que en la providencia C-253 de 2017 se acogió el esquema planteado por la decisión C-160 de 2017. En otros casos, la Corte ha acudido a los criterios planteados por la Sentencia C-160 de 2017, aunque precisando el alcance de algunos de ellos.

En este último sentido, en la Sentencia C-331 de 2017 se precisó que: (i) el término de 180 días previsto para el ejercicio de las facultades legislativas extraordinarias tiene como referente la categoría de días calendario; (ii) la conexidad objetiva exige la demostración, de manera genérica, de un vínculo cierto y verificable entre un contenido del Acuerdo final y la materia del decreto respectivo; y, (iii) la conexidad estricta o teleológica, referida a demostrar que el objetivo del desarrollo normativo del decreto se dirige de manera precisa a implementar un aspecto definido y concreto del Acuerdo, tiene dos niveles, uno externo, que implica la necesidad de que el Gobierno identifique de manera exacta el contenido del Acuerdo que pretende desarrollar; y, el otro interno, en el que debe demostrarse el vínculo entre la motivación del uso de las facultades y la regulación expedida.

Agregó que se incumplía con el primer nivel, cuando el gobierno no identifique de manera exacta el contenido del Acuerdo Final que pretende desarrollar, o cuando no existe un vínculo verificable entre esa materia precisa y los contenidos del Decreto respectivo. Se incumple con el segundo nivel, de acuerdo a dicha decisión, cuando las motivaciones expuestas por el gobierno no guarden coherencia con lo efectivamente regulado.

15.3. Síntesis de los criterios a ser valorados sobre el procedimiento de formación de los decretos ley expedidos en virtud del artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016

Una primera precisión derivada del estudio efectuado sobre las decisiones proferidas por la Corporación en casos similares al presente, está dirigida a afirmar que, con independencia de la terminología utilizada y de las variaciones en la definición de algunos elementos, el control realizado ha partido de idénticas premisas teóricas, normativas y contextuales, siguiendo de manera relevante el pronunciamiento de constitucionalidad que sobre el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016 realizó la Corte en la providencia C-699 de 2016.

El esquema metodológico establecido en todos los casos presupone la garantía del principio de separación de poderes o funciones, que identifica a nuestro sistema constitucional a partir de la Carta de 1991; y, la vigencia, pese a la situación de alteración institucional temporal, del sistema de contrapesos y de la supremacía de la Carta Política, asumiendo una interpretación restrictiva y sometida a controles de las facultades extraordinarias.

En este sentido, la idea fundamental que guía la siguiente recapitulación parte de una interpretación sistemática del artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2016 con la Constitución Política en que se inserta, concretamente con el artículo 241 que prevé el tipo de vicios sobre los cuales puede pronunciarse esta Corporación en ejercicio de su función jurisdiccional de guardar la integridad y supremacía constitucional.

Tomando tal referente, como lo hicieron las sentencias C-174 y C-224 de 2017, el alcance del control de la Corte sobre estos decretos ley partirá de la clasificación entre vicios de procedimiento en la formación del acto, y vicios relacionados con su contenido material.

Entre los primeros, de los que se ocupa este acápite, se incluirán aquellos relacionados con (i) la forma y con (ii) la competencia. Veamos.

En tratándose del control sobre los vicios de forma, la siguiente es la sistematización de las 4 reglas en las cuales se concentra el estudio que debe adelantar esta Corporación: (i) la verificación de la suscripción del decreto ley especial por el Presidente de la República y el ministro del ramo o el director de departamento administrativo respectivo, por cuanto el artículo 115 de la Constitución consagra que los actos del Presidente de la República tienen “valor y fuerza” en la medida que estén suscritos y comunicados por el ministro del ramo respectivo o por el director del departamento administrativo correspondiente, quienes constituyen el Gobierno Nacional. Así mismo, se debe verificar (ii) que el decreto ley tenga un título y que éste corresponda con su contenido (art. 169 Superior); (iii) que se invoque expresamente la facultad en virtud de la cual el Presidente de la República adquiere atribuciones para dictar el decreto ley, ello con el fin de precisar la naturaleza jurídica del acto y la garantía del control constitucional por la autoridad competente; y, por último, (iv) debe dar cuenta de las consideraciones que justifican la expedición del decreto ley mediante las facultades extraordinarias habilitadas a través del denominado fast track o vía rápida.

Los vicios referidos a la competencia se analizan teniendo en cuenta los siguientes criterios:

i. (i) Temporal, esto es, debe verificarse que el decreto ley se haya expedido dentro del término de los 180 días calendario siguientes a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2016 [del 1 de diciembre de 2016 al 29 de mayo de 2017];

() Conexidad objetiva, que se satisface con la demostración de que entre el contenido del Acuerdo Final y la materia de la regulación proferida por el Gobierno Nacional existe un vínculo cierto, verificable y específico.

Ahora bien, que el asunto previsto en el Acuerdo Final que da lugar al vínculo citado deba cumplir con tales condiciones no se traduce en que deba estar expresa o taxativamente contemplado. Es viable que, superando la mera literalidad, existan tópicos de regulación que tengan relación intrínseca con los allí previstos y tengan por objeto facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final.

() Conexidad estricta o teleológica, que exige la comprobación de que la normativa prevista por el Gobierno Nacional se constituye en un instrumento potencial para la realización de la finalidad para la cual fue considerada, teniendo en cuenta, externamente, el aspecto preciso que dentro del Acuerdo Final haya sido señalado por el Gobierno, e internamente, las consideraciones que llevaron a su expedición.

Satisfechas las conexidades referidas, es dable para la Corte afirmar que, con suficiencia, la materia objeto de regulación tiene por objeto facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final, razón de la habilitación competencial conferida en el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016.

() Estricta necesidad, en virtud de la cual debe acreditarse la falta de idoneidad del procedimiento legislativo ordinario y del procedimiento legislativo especial, previsto en el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2016, para la expedición de la regulación objeto del decreto ley. Teniendo en cuenta que el ejercicio de la competencia legislativa extraordinaria implica una restricción legítima, pero considerable del principio democrático [por el déficit deliberativo y participativo de los decretos con fuerza de ley], deben acreditarse los requisitos de urgencia e imperiosidad.

() Asuntos expresa e implícitamente prohibidos para ser desarrollados a través del ejercicio de las facultades legislativas extraordinarias conferidas por el constituyente derivado. Para el efecto debe tenerse en cuenta las materias que de manera expresa excluyó el constituyente

derivado en el artículo 2 inciso 2 del Acto Legislativo 01 de 2016, así como aquellas con reserva estricta de ley, las que no podrán ser objeto de regulación por parte del Gobierno Nacional.

Por último, es oportuno insistir en que el estudio sobre la validez del ejercicio de la habilitación legislativa para el Gobierno Nacional no puede desconocer la existencia de un contexto especial, que tiende a la construcción de un escenario de paz; principio, derecho y deber del Estado, y objetivo propuesto por la sociedad a través de la adopción de la Constitución Política de 1991. En estas condiciones, atendiendo obviamente a los pilares fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, el estudio a cargo de la Corte debe ser sensible a los elementos asociados al proceso transicional, como respuesta ineludible a su misión de ser la guardiana de la supremacía de la Carta.

15.4. La omisión del deber de consulta previa a las comunidades étnicamente diferenciadas como vicio que afecta el procedimiento de formación de las leyes

Además de los anteriores vicios, y antes de efectuar el control material respectivo, debe precisarse que la Corte Constitucional ha reconocido que el proceso de formación legislativa se afecta sustancialmente cuando quiera que se quebranta el deber de consulta previa a las comunidades étnicamente diferenciadas.

Principios fundantes del Estado colombiano, como los de participación y el de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, han confluído con la protección internacional derivada del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, que forma parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto (artículos 93 y 94 constitucionales), para consolidar el derecho fundamental a la consulta previa de comunidades étnicamente diferenciadas, bajo un enfoque que parte del reconocimiento y garantía de su identidad y de la integridad de sus prácticas, usos y costumbres.

El artículo 6, numeral 1 literal a, del Convenio citado prevé la consulta a los pueblos interesados, a través de procedimientos apropiados y de sus instituciones representativas, de aquellas medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Esta previsión, excede el marco de protección del derecho de participación de toda la comunidad en términos generales, y da paso, a un procedimiento especial de participación activa y efectiva reservado para aquellas medidas que tengan incidencia particular y directa en los intereses de las comunidades diferenciadas, configurando una posición de derecho fundamental que, del otro lado, genera un deber estatal correlativo de llevar a cabo los trámites idóneos y eficaces para que las comunidades tradicionales participen en el diseño de políticas que, habida cuenta su contenido material, les conciernen.

En atención a lo anterior, la Corte ha construido unas reglas claras que ahora se reiteran, con miras a analizar posteriormente si en el presente caso se configura una lesión o no a este deber constitucional.

En tal sentido, la consulta previa es obligatoria en aquellos eventos en los que las medidas legislativas o administrativas afectan directamente a la comunidad; en los demás casos sus vías de participación serán similares a las del resto de la población.

Conforme a los estándares desarrollados por la Corte, la afectación directa se configura cuando (i) se interviene cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) se desarrolla el Convenio 169 de la OIT; (iii) se imponen cargas o atribuyen beneficios que modifican la situación o posición de la comunidad; (iv) se interfieren elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo; y, (v) pese a la generalidad de la medida, se afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a pueblos étnicamente diferenciados. Sobre este último supuesto, la Corte Constitucional precisó en la providencia C-077 de 2017 que: “el Relator de las Naciones Unidas sobre la situación de derechos indígenas plantea que la afectación directa consiste en una incidencia diferencial de la medida frente a los pueblos indígenas y en comparación con el resto de la población.”

La consulta pretende la obtención del consentimiento previo, libre e informado de las comunidades étnicamente diferenciadas sobre las medidas que las afectan; debe adelantarse a través de procedimientos guiados por el principio de buena fe y garantes del orden constitucional; y deben garantizar una participación activa y efectiva.

15.5. Conclusiones

De conformidad con lo expuesto a lo largo de este acápite, el control jurisdiccional que esta Corporación debe efectuar sobre los decretos con fuerza de ley proferidos por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016, comprende los presuntos vicios de procedimiento en su formación e, indiscutiblemente, aquellos referidos a su contenido material.

En esta sección el énfasis se ha efectuado sobre los primeros, clasificados como vicios formales y vicios relacionados con la competencia.

A estos, se añadió la lesión del deber de consulta previa, el cual ha sido considerado por la Corte como sustancial pero con efectos en el trámite legal. También debe aclararse que la Corte ha hecho este control respecto de actos legislativos, leyes estatutarias y leyes ordinarias; siendo posible su extensión a los decretos ley proferidos en el marco del Acto Legislativo 01 de 2016 dada su condición material de ley, y la amplitud del derecho fundamental a la consulta que involucra todas aquellas medidas que los afectan directamente (políticas, planes, leyes, actos administrativos, etc.)

Finalmente, el estudio constitucional material a partir de lo previsto en el artículo 241 de la

CP es jurisdiccional, siendo el parámetro de control la Constitución Política y aquellas disposiciones incorporadas en virtud del bloque de constitucionalidad, en los términos de los artículos 93 y 94. En todo caso, ello no es óbice para la observación del contexto transicional en tanto ello se enmarque, nuevamente, en el ordenamiento Superior.

V. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO LEY 884 DE 2017

1. Con las consideraciones presentadas, la Sala procederá al estudio del cumplimiento de los requisitos de formales y de competencia en la expedición del Decreto Ley y luego examinará la constitucionalidad de cada uno de sus artículos.

En cada una de las partes se sintetizarán las intervenciones y el concepto del Ministerio Público. Al respecto, es pertinente precisar que en el análisis del articulado se exponen de forma preliminar cuestiones generales planteadas por los intervinientes y luego se puntualiza lo solicitado frente a cada artículo.

2. Examen sobre el cumplimiento de los requisitos de forma y competencia en la expedición del Decreto Ley 884 de 2017

2.1. Intervenciones

2.1.1. La Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la Defensoría del Pueblo, la Asociación Colombiana de Generadores de Energía Eléctrica – Acolgen y la Cumbre Nacional de Mujeres y Paz intervienen para solicitar la constitucionalidad del Decreto Ley 884 de 2017. Los intervinientes sostienen que la expedición del decreto por el Presidente de la República, en virtud de las facultades presidenciales para la paz, satisface los requisitos de forma y competencia exigidos por el

artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016 y desarrollados en las sentencias C-160 de 2017, C-174 de 2017, C-224 de 2017, C-253 de 2017, C-289 de 2017 y C-331 de 2017.

Específicamente, señalaron que cumple con los requisitos procedimentales en su formación, ya que: (i) fue expedido y promulgado el 26 de mayo de 2017, superándose así la condición de los 180 días de que trata el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016; (ii) fue suscrito por el Presidente de la República y el Ministro del ramo correspondiente; (iii) se invocó expresamente la facultad legislativa extraordinaria; y (iv) se expusieron las razones por las cuales se expidió.

Adicionalmente, explican que el Decreto cuenta con una extensa motivación que consta de 45 considerandos relativos al sustento jurídico y al objetivo de la norma, así como a su finalidad y conexidad con el Acuerdo Final, y a su necesidad de adopción. En primer lugar, frente a la conexidad objetiva, observan que el Decreto está estrechamente relacionado con el contenido de los puntos 1.3.1.3. y 4.1.2. del Acuerdo Final. Señalan que el Decreto fija los lineamientos para la formulación e implementación del PNER que surgió como un compromiso directo adquirido por el Gobierno Nacional en el punto 1.3.1.3. De la misma manera, afirman que el PNER fue diseñado con un enfoque territorial destinado a fortalecer la presencia institucional del Estado en los territorios afectados por el conflicto armado y por los cultivos de uso ilícito, y por lo tanto, también está vinculado al punto 4.1.2. del Acuerdo Final. En segundo lugar, explican que el Decreto cumple con el criterio de conexidad estricta porque el mismo no tiene otro propósito que facilitar la implementación del Acuerdo Final, en su eje de Reforma Rural Integral, como desarrollo estricto del compromiso del Gobierno Nacional de proveer infraestructura y servicios públicos en el campo. Y, en tercer lugar, evidencian una conexidad suficiente entre la motivación de la norma y el contenido de la misma.

Además, respaldan el cumplimiento del requisito de estricta necesidad en tanto la implementación del PNER en el marco del Acuerdo Final no implica solamente la instalación

de infraestructura física, sino la presencia material del Estado en el territorio como una herramienta para generar capacidades democráticas de las comunidades beneficiarias. A partir de lo anterior, sostienen que es clara la necesidad de que el Estado intervenga con urgencia y de manera inmediata las zonas afectadas por el conflicto con el objeto de garantizar seguridad en el territorio y con miras a implementar acciones que contribuyan al bienestar y a la calidad de vida de las comunidades, en orden a evitar la repetición de las mismas situaciones que constituyeron la raíz del conflicto armado.

Lo anterior, es complementado por algunos intervinientes en el sentido de que la necesidad estricta sugiere que la urgencia está dada por la implementación del punto 1 del Acuerdo Final, Reforma Rural Integral, según el plazo contenido en el numeral 6.1.10., el cual si bien la Corte estableció que no es per se suficiente para el empleo de las facultades especiales para la paz sí da cuenta de la importancia y priorización del tema rural para el cumplimiento del Acuerdo Final. Aunado a esto, el parágrafo 5º el artículo 4 del Decreto 884 de 2017 fija un plazo de un año para la articulación de los Fondos Eléctricos, lo que se traduce en la garantía para implementar con prontitud el PNER establecido en el Decreto Ley.

De forma particular la Cumbre Nacional de Mujeres y Paz en lo relacionado con la estricta necesidad, contextualiza la función de la energía eléctrica en el bienestar de la sociedad, a partir de lo establecido por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo como parte de los Objetivos de Desarrollo Sostenible- ODS, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y el concepto de “pobreza energética”. En tal sentido, estima prioritario la pronta implementación del Acuerdo Final, en especial, lo relacionado con el Punto 1, toda vez que permitiría a la ruralidad el acceso al servicio público de energía en consonancia con el goce efectivo de derechos fundamentales a la vida a la salud y a la integridad.

Finalmente, explican que el Decreto Ley 884 de 2017 no desconoce los límites materiales impuestos por el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016. En este sentido, expresan que el

Decreto Ley 884 de 2017 no constituye un acto legislativo; no es una ley estatutaria, ni contiene reglas sobre materias que deban ser objeto de ley estatutaria; no es una ley orgánica, ni contiene reglas sujetas a la reserva de ley orgánica; no es un código, ni modifica ningún código vigente; no regula asuntos que exijan una mayoría calificada o absoluta en el Congreso para su aprobación, y no decreta impuestos.

2.1.2. Por su parte, la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC presenta varias solicitudes a la Corte Constitucional. En primera medida, declarar la omisión legislativa relativa del Decreto Ley 884 de 2017 respecto a la implementación del enfoque étnico que, a su parecer, no está presente. Seguidamente, pide a la Corte declarar la exequibilidad condicionada por la falta de consulta previa y del desarrollo e inclusión de las necesidades y particularidades de los pueblos indígenas. Igualmente, pide ordenar la expedición de un decreto especial para el desarrollo del PNER en los territorios indígenas. Por último, la ONIC solicita a la Corte que defina medidas de reparación y garantías de no repetición frente a la omisión legislativa relativa.

En relación con los requisitos de procedimiento, la ONIC sostiene que la formulación del PNER afecta directamente sus derechos a la consulta previa, al territorio, a la autonomía, al reconocimiento de la diversidad cultural, al debido proceso y a la paz, y que, por lo tanto, el Decreto Ley 884 de 2017 debía haber sido objeto de consulta previa. En razón a lo anterior, considera necesaria la realización de una consulta previa para la expedición de un decreto especial que desarrolle el PNER en los territorios indígenas.

2.1.3. De otra parte, las Autoridades Tradicionales Indígenas de Colombia, Gobierno Mayor, solicitan a la Corte declarar la inaplicabilidad del Decreto Ley 884 de 2017 para los pueblos indígenas y exigir al Gobierno que dentro de los tres meses siguientes al fallo realice la respectiva consulta previa. Para las intervinientes, la implementación del PNER en territorios indígenas afectados por el conflicto debe atender a los planes de vida de cada pueblo indígena, según sus prioridades e intereses. Por lo tanto, afirman que el Gobierno Nacional

violó su derecho fundamental a la consulta previa, al no permitirles participar en la formulación del PNER. En línea con lo anterior, indican que la expedición del Decreto violó el capítulo étnico del Acuerdo Final y, particularmente, el literal b del punto 6.2.3..

2.1.4. En cuanto a los delegados de las Comunidades Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras ante el Espacio Nacional de Consulta Previa solicitan declarar la inexecuibilidad integral del Decreto Ley 884 de 2017, por no haberse agotado de forma adecuada el procedimiento de consulta con sus comunidades, a través del Espacio Nacional de Consulta Previa (ENCP).

Como sustento de lo anterior, los intervinientes sostienen que el cuerpo normativo bajo revisión se expidió sin observancia del procedimiento dispuesto por el ENCP para la protocolización de la consulta respecto de iniciativas administrativas y legislativas susceptibles de afectar a las Comunidades Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras. Al respecto, señalan que en sesiones de octubre de 2015, marzo, abril y junio de 2016 se consolidó el ENCP, al que se le atribuyó, entre otras funciones, la creación y adopción del Protocolo de Consulta Previa. En razón de ello, junto con el Gobierno Nacional se concertaron las etapas del proceso de consulta de las iniciativas legislativas y administrativas, correspondientes a (i) fase de preconsulta, (ii) desarrollo de la consulta previa propiamente dicha, (iii) protocolización y (iv) seguimiento.

No obstante, exponen que, con ocasión del Acto Legislativo 01 de 2016 y la puesta en marcha del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, el Ministerio del Interior ha venido insistiendo ante el ENCP sobre la reestructuración del proceso de consulta para las iniciativas normativas cuyo objeto sea el desarrollo del “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Consolidación de una Paz Estable y Duradera”.

Respecto de lo anterior, los intervinientes indican que distintas dependencias de la cartera

mencionada han propuesto integrar un escenario al interior del ENCP, conformado por un determinado número de delegados, en el que se surtan las etapas de consulta. Sin embargo, los miembros de las comunidades se han opuesto a la reducción del número de integrantes, pues ello no sólo limita la representación, sino que desconoce el proceso de conformación del ENCP adelantado entre el año 2015 y 2016 de forma concertada.

Exponen los miembros de las comunidades que sin haberse establecido un procedimiento especial aprobado por el ENCP, el Director de Asuntos para las Comunidades Negras del Ministerio del Interior decidió enviar, vía correo electrónico, una serie de iniciativas legislativas “fast track” susceptibles de consulta previa, “para las consideraciones y propuestas de los delegados” que integran el Espacio, dentro de las que se encontraba el Decreto Ley 884 de 2017. En ese sentido, señalan los intervinientes que el establecimiento de consultas virtuales por parte de instancias del Gobierno vulnera abiertamente el acuerdo de protocolización del proceso de consulta previa adelantado en el ENCP, ignorando etapas importantes como lo es la preconsulta, y desconociendo principios constitucionales como la buena fe de las comunidades colectivas.

Manifiestan que el accionar de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras del Ministerio del Interior es contraria a los contenidos del Acuerdo celebrado entre el Gobierno y las FARC-EP, específicamente los puntos 6.2.2 y 6.2.3, en los que se hace referencia a la necesidad de establecer un enfoque étnico en la implementación, y al respeto por el carácter principal, no subsidiario, de la consulta previa, respectivamente.

2.2. Concepto del Procurador General de la Nación

El Ministerio Público consideró que el Decreto Ley 884 de 2017 satisface los requisitos de

procedimiento, esto es de forma y de competencia, que ha venido analizando la Corte Constitucional a partir de las sentencias C-160 y C-174 de 2017 para decidir sobre la sujeción o no al ordenamiento superior de este tipo de normativa.

Los requisitos de forma se acreditan dado que el Decreto Ley: (i) fue suscrito por el Presidente de la República y el Ministro de Minas y Energía, esto es, por quienes conforman Gobierno en los términos del artículo 115 de la Constitución Política; (ii) justifica su expedición en la parte motiva, y ésta tiene conexidad con la resolutive, destacando que la razón principal de expedición radica en la necesidad de diseñar y adoptar medidas concretas para superar las dificultades existentes para prestar el servicio de electricidad a la población que habita en las zonas rurales fundamentalmente a las no interconectadas; y, (iii) su título describe sin equívoco la temática que desarrolla y refiere las facultades en ejercicio de las cuales se expide, permitiendo identificar su naturaleza y jerarquía.

También se satisfacen los requisitos de competencia, así: (i) el temporal, en razón a que el Decreto Ley 884 se profirió el 26 de mayo de 2017, esto es, dentro de los 180 días siguientes a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2016; (ii) la conexidad teleológica, pues una de las medidas previstas en el Acuerdo Final se cifra en superar la pobreza ancestral, a través, entre otras medidas, de prestar a la población más alejada del centro del país servicios y bienes públicos (Art. 365 CP), entre los que se encuentran el de energía. Y, (iii) otras limitaciones especiales, dado que el Decreto Ley estudiado no supera las barreras implícitas y explícitas estipuladas en el Acto Legislativo 01 de 2016, esto es, no decreta impuestos ni regula una materia con reserva de acto legislativo, de ley estatutaria, de ley orgánica, de código o de otra normativa con mayorías calificadas o absolutas para su aprobación.

Ahora bien, continúa el Ministerio Público, (iv) el uso de las facultades extraordinarias concedidas al Gobierno Nacional en el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016 se justifica, en este caso, en la necesidad de conceder inmediatamente a la población más afectada por el conflicto, condiciones dignas de vida, a través de un plan de electrificación que implica no solo la adecuada prestación de un servicio público, sino la tan anhelada presencia material

del Estado en las regiones que sufrieron el embate directo de la violencia, como medida que materializa la justicia restaurativa.

La urgencia de la presencia estatal y la inexistencia de un requerimiento deliberativo democrático reforzado sobre la materia de que se ocupa el Decreto Ley 884 de 2017, por cuanto su finalidad es la debida protección de derechos fundamentales y la realización objetiva de fines estatales, conducen a afirmar que también se cumple con el requisito de la estricta necesidad.

2.3. Análisis constitucional

Siguiendo los lineamientos referidos por la Sala en el apartado 15 de esta providencia, se concluye que el Decreto Ley 884 de 2017 satisfizo los requisitos de forma y competencia, como a continuación se expone.

2.3.1. El Decreto Ley 884 de 2017 cumple los requisitos de forma

La normativa en estudio (i) fue expedida por el Presidente de la República y el Ministro de Minas y Energía, esto es por las dos autoridades que conforman el Gobierno Nacional según lo ordenado por el artículo 115 de la CP; (ii) consta de un título, “[p]or el cual se expiden normas tendientes a la implementación del Plan Nacional de Electrificación Rural en el marco del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”, el cual, además, tiene una relación inescindible con su articulado; (iii) fue proferida previa referencia a las facultades en ejercicio de las cuales ostentaba competencia para crear disposiciones con estatus material de ley, en concreto se remitió a la habilitación conferida por el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016; y, (iv) contiene considerandos que pretenden explicar y justificar las disposiciones expedidas.

2.3.2. El Decreto Ley 884 de 2017 cumple los requisitos de competencia

El Decreto Ley 884 de 2017 (i) fue expedido por el Gobierno Nacional el 26 de mayo de 2017, esto es dentro de los 180 días calendario siguientes a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2016; término que va del 1º de diciembre de 2016 al 29 de mayo de 2017.

(ii) El Plan Nacional de Electrificación Rural creado por el Decreto con fuerza material de ley en estudio acredita una conexidad objetiva con el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. En efecto, este plan fue concebido por quienes suscribieron este último instrumento, incluso de manera expresa, como parte de los planes nacionales para la Reforma Rural Integral, específicamente en materia de infraestructura y adecuación de tierras (1.3.1.) – infraestructura eléctrica y conectividad (1.3.1.3.), en el marco del primer punto de negociación “Hacia un nuevo Campo Colombiano: Reforma Rural Integral”.

En consecuencia, la materia de la que se ocupa el Decreto Ley 884 de 2017 es cierta, verificable y específica, tal como se expuso en el apartado 14 “Los contenidos del Acuerdo Final ... relacionados con la prestación del servicio público de energía eléctrica.” , sin que se evidencie que con su regulación legal se pretenda desbordar o exceder la implementación del Acuerdo.

(iii) En la medida en que la normativa a proferirse a través de las facultades legislativas extraordinarias conferidas al Gobierno Nacional en el Acto Legislativo 01 de 2016, tiene por objeto asegurar y facilitar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo, se precisan las siguientes consideraciones:

1. El Plan Nacional de Electrificación Rural, referido en el punto 1.3.1.3. del Acuerdo, se concibió como un instrumento dentro de los Planes Nacionales para la Reforma Rural Integral que, partiendo de un enfoque territorial, propende por el cierre de la brecha entre el campo y la ciudad;

2. La necesidad de este cierre no es producto de una visión particular de la Nación y del Estado por quienes suscribieron el Acuerdo Final, sino que se encuentra debidamente documentada, entre otros, en el trabajo realizado por la Comisión Histórica del Conflicto y sus víctimas en el marco de las negociaciones;

3. También constituye un hecho históricamente documentado que el proceso de construcción estatal en Colombia no ha garantizado la presencia de las autoridades legítimamente constituidas en todo el territorio, y que este vacío ha sido aprovechado por grupos al margen de la ley;

4. La anterior circunstancia, además, ha permitido que el conflicto armado en Colombia se haya desarrollado con mayor intensidad en las zonas rurales del territorio, afectando intensamente a su población;

5. De tal forma que, la elaboración y adopción del Plan previsto en el Decreto Ley 884 de 2017 se inscribe en la necesidad de una transformación rural para la consolidación del Estado, y para la satisfacción de los derechos de quienes han sufrido con mayor intensidad la situación de conflicto del país. Tales enfoques del Acuerdo Final se encuentran debidamente reflejados en el Decreto en estudio, verificándose la satisfacción del criterio de conexidad estricta, en el nivel externo.

6. Internamente, el Decreto Ley 884 de 2017 regula la elaboración y adopción del Plan Nacional de Electrificación Rural, y los criterios de su formulación (artículos 1 y 2); la articulación con otros Fondos para su implementación (artículo 3); unas remisiones y modificaciones legales que tienen que ver con la adquisición oportuna de los predios requeridos para la ejecución del Plan (artículo 4), y para esclarecer la titularidad de las acciones que sobre los mismos puedan demandarse (artículo 5); y, la participación ciudadana en el marco de este Plan.

7. Según las consideraciones expuestas en el Decreto Ley, las disposiciones que componen tal normativa encuentran sustento (i) en los artículos 334 y 365 de la C.P. y en la sentencia C-450 de 1995, que evidencian la relevancia de los servicios públicos en la existencia de una vida en sociedad y el carácter esencial del servicio de electricidad; y, (ii) en las dificultades en la expansión de este último en la población que vive en zonas rurales y no interconectadas, requiriéndose su fortalecimiento en aras de promover, además, la satisfacción de otros bienes y servicios.

8. Lo anterior permite afirmar a la Sala que el nivel interno del requisito de conexidad estricta también se encuentra acreditado, dado que el compromiso estatal por la satisfacción de los servicios públicos a la población encuentra desarrollo instrumental a través de las disposiciones del Decreto Ley 884 de 2017, al establecer un mecanismo en concreto de formulación de política pública, así como instrumentos jurídicos y económicos -en el marco constitucional y legal existente- para propender por la garantía de necesidades básicas a las poblaciones que actualmente no cuentan con una prestación adecuada y continua de electricidad, sin pasar por alto, finalmente, el derecho a la participación de las comunidades, como principio constitucional.

Igualmente, las consideraciones efectuadas sobre las conexidades objetiva y estricta, permiten afirmar que con suficiencia se verifica la relación de la materia regulada por el Gobierno Nacional y el Acuerdo Final.

(iv) Para el análisis de la estricta necesidad, la Sala retoma como presupuesto lo afirmado por la Corte en las sentencias C-160 de 2017 y C-172 de 2017, en los siguientes términos:

“Los tiempos de la justicia transicional son variables de acuerdo con las materias de que se trate cada medida. En efecto, aunque la vigencia de las normas en general es permanente, existen casos específicos en los que sus efectos son limitados en el tiempo. Del mismo modo, aunque hay temas de urgencia para atender la transición, existen otros temas estructurales que requieren de un mayor debate democrático e incluso de la existencia de ciertas condiciones materiales para su implementación.”

“... 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. De ahí la variabilidad de los tiempos en cada tipo de medidas y la importancia de la discusión democrática para su determinación.”

En el asunto que ahora ocupa la atención de la Corte no se está analizando la urgencia e imperiosidad de adoptar medidas que tienen que ver con la terminación armada del conflicto y el tratamiento a dar a quienes participaron activamente en él, tópico sobre el cual, en principio, se enfocan las primeras medidas.

No obstante, en el centro de las negociaciones y del Acuerdo las víctimas jugaron un rol fundamental, y tal enfoque es el necesario y adecuado en el escenario constitucional y de derecho internacional, por lo tanto las medidas tendientes a la satisfacción de las

necesidades básicas de la población, especialmente de aquellas más afectadas por el conflicto, son imperiosas para brindar condiciones de no repetición,

Un segundo presupuesto fundamental para el análisis, parte de la consideración de que el asunto materia de regulación por el Decreto Ley 884 de 2017 implementa un curso de acción con el propósito de cumplir con un deber constitucional y satisfacer el derecho a gozar del servicio público esencial de electricidad. Bajo esta perspectiva, considera la Sala que el Plan Nacional de Electrificación Rural, comprendido inescindiblemente con la reforma rural integral y con estrechos vínculos frente al programa de sustitución de cultivos ilícitos, atendiendo al contexto ya referido previamente en esta providencia, es urgente, dado que permite una intervención estatal oportuna en zonas afectadas por el conflicto, a través de un mecanismo que, además, involucra la participación de las comunidades.

Aunado a lo anterior, en el punto 6 del Acuerdo Final “Implementación, verificación y refrendación”, se incluyeron dentro de las medidas de implementación normativa en el término de 12 meses la Reforma Integral y la sustitución de cultivos de uso ilícito; mientras que en la implementación prioritaria se encuentran los aspectos relacionados con los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial PDET. En este contexto, dados los nexos entre el Plan Nacional de Electrificación Rural – en el marco de la Reforma Rural Integral y el componente de sustitución de cultivos de uso ilícito, que debe permitir otras opciones de desarrollo rural en el campo, el servicio de electricidad, con enfoque diferencial, en aquellas zonas que aún no cuentan con este servicio es necesario.

Por lo expuesto, considera la Sala que se satisface el requisito de necesidad estricta en este caso.

(v) Finalmente, la materia objeto de estudio no se refiere a aquellas vedadas en la habilitación de competencias por parte del artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016, ni

sobre ella recae una reserva estricta de Ley.

2.3.3. No violación del deber de consulta previa a las comunidades étnicamente diferenciadas en este caso

Algunos de los intervinientes en este trámite constitucional consideraron que la decisión de la Corporación debía ser condicionada o inexecutable por la omisión del deber de consulta previa por parte del Gobierno Nacional antes de la expedición del Decreto Ley 884 de 2017.

Del relato expuesto en tales intervenciones, así como del conocimiento que la Sala ha venido adquiriendo tras la revisión de varios de los decretos leyes expedidos en virtud de las facultades legislativas extraordinarias conferidas por el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016, se puede afirmar que el Gobierno Nacional y las comunidades étnicamente diferenciadas han construido, o intentado construir, unas rutas ágiles para el posterior ejercicio de la consulta previa legislativa; que, de un lado, garantizan su derecho fundamental; y, de otro, logran una armonización con el contexto transicional.

Con independencia de las implicaciones constitucionales del cumplimiento o no de las referidas rutas, la Sala evidencia que el Decreto Ley no contiene una regulación que afecte directamente a las comunidades étnicamente diferenciadas y, por lo tanto, no se requería adelantar el procedimiento especial. Así, a través del Decreto Ley 884 de 2017 se conciben mecanismos generales para la formulación de una política pública, y sus instrumentos, sin referirse a los términos concretos para su implementación particular.

También debe destacarse que el artículo 6 del Decreto Ley 884 de 2017 involucra el derecho de participación, en general, y por supuesto de las comunidades étnicamente diferenciadas,

por lo tanto, al momento de su creación concreta será deber de las autoridades determinar en qué oportunidades es imprescindible, conforme a las reglas constitucionales y legales, adelantar consultas previas, garantizando que sean activas y efectivas.

Finalmente, la Sala debe efectuar una precisión sobre el artículo 4º de la normativa en estudio, referido a la determinación del valor a pagar por los predios amparados por la declaratoria de utilidad pública e interés social, en virtud de los proyectos eléctricos, así como el trámite de saneamiento se regulará por la Ley 1682 de 2013. Esta disposición, claramente, debe ser leída en relación con las comunidades étnicamente diferenciadas atendiendo a lo dispuesto en el artículo 63 Superior y la jurisprudencia constitucional, esto es, bajo el presupuesto de que las tierras comunales de grupos étnicos y las tierras de resguardo son inalienables, imprescriptibles e inembargables

En conclusión, para la Sala no existe desconocimiento del deber de consulta previa por parte del Gobierno en relación con el Decreto Ley 884 de 2017.

Una vez agotada la revisión de procedimiento y competencia, corresponde a la Sala Plena revisar el contenido material del Decreto Ley 884 de 2017.

3. Examen de constitucionalidad del articulado del Decreto Ley 884 de 2017

Intervenciones generales

La Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la Defensoría del Pueblo y la Asociación Colombiana de Generadores de

Energía Eléctrica – Acolgen defienden la constitucionalidad del Decreto Ley 884 de 2017 en tanto busca efectivizar mandatos constitucionales fundantes del Estado colombiano, como la paz (CP, art. 22), el principio democrático (CP, arts. 1, 2, 3 y 40) y la prestación eficiente de los servicios públicos como una de las finalidades sociales del Estado (CP, arts. 2, 365 y ss.). En concreto, presentaron los siguientes argumentos en favor de la compatibilidad del Decreto Ley con la Constitución: i) brinda una especial relevancia al enfoque territorial y a la recuperación de la ruralidad colombiana; ii) desarrolla medidas dirigidas a garantizar la implementación material del Acuerdo Final en el territorio colombiano, en orden a obtener la realización efectiva del derecho a la paz; iii) garantiza la provisión de servicios públicos a quienes carecen de estos, además de la profundización de la democracia en las regiones apartadas del país, a través de la implementación de mecanismos de participación ciudadana que permiten a los habitantes de las regiones hacerse parte en la toma de las decisiones que los afectan en los procesos de desarrollo del pos acuerdo; iv) contribuye a la creación, mantenimiento, operación y acceso a la infraestructura de servicios públicos domiciliarios; v) maximiza, por un lado, el derecho fundamental a la dignidad humana, y por otro, el derecho colectivo de acceso a una infraestructura adecuada para la prestación de servicios públicos; vi) promueve la consolidación de condiciones igualitarias entre los sectores rurales y urbanos, así como también favorece la competitividad y el desarrollo del potencial productivo de los trabajadores agrarios, fortaleciendo las dinámicas sociales y de reducción de pobreza, a través de la ampliación de la cobertura del servicio de electricidad.

Como se mencionó, la ONIC solicitó a la Corte Constitucional declarar la omisión legislativa para la implementación del capítulo étnico respecto del Decreto Ley 884 de 2017. Lo anterior, ya que considera que con la expedición de este Decreto el Gobierno no tuvo en cuenta el enfoque étnico exigido por el Capítulo Étnico del Acuerdo de Paz, y desconoció los artículos 1, 7, 286 y 330 de la Constitución Política, los artículos 5, 20, 23, 33 y 34 de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas y el Convenio 169 de la OIT (Ley 21 de 1991). Teniendo en cuenta lo anterior, la ONIC afirma que, en general, el Decreto Ley 884 de 2017 fue expedido de manera unilateral por el Gobierno Nacional y sin tener en cuenta las necesidades específicas y propias de los pueblos y las comunidades indígenas.

Por su parte, la Cumbre Nacional de Mujeres y Paz solicita a la Corte que declare la exequibilidad condicionada de algunos apartados de los artículos 1, 2, 3, 6 y 7 con el propósito que las políticas energéticas tengan en su diseño, planteamiento e implementación el enfoque de género pues no se trata solo de un tema de inequidad social sino de brechas de género en cuanto a la distribución y consumo de energía que definen profundamente la garantía de derechos en materia de educación, salud, bienestar y actividades productivas de hombres y mujeres.

3.1. Artículo 1. Plan Nacional de Electrificación Rural -PNER

Artículo 1. Plan Nacional de Electrificación Rural -PNER. El Ministerio de Minas y Energía, con el apoyo técnico del Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas No Interconectadas -IPSE y la Unidad de Planeación Minero Energética -UPME, elaborará y adoptará cada dos (2) años un Plan Nacional de Electrificación Rural para las Zonas No Interconectadas -ZNI y para el Sistema Interconectado Nacional -SIN estableciendo, entre otros, mecanismos que permitan la administración, operación y mantenimiento sostenible de las soluciones energéticas que se construyan para su uso.

La formulación del Plan Nacional de Electrificación Rural PNER tendrá en cuenta las diferentes soluciones aplicables en materia energética, las necesidades reportadas por las entidades territoriales y las comunidades, y las condiciones socioambientales de los hogares, así como alternativas de electrificación individual o colectiva.

El contenido del Plan Nacional de Electrificación Rural PNER se armonizará con los Planes Nacionales para la Reforma Rural Integral, los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) y el Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos Ilícitos (PNIS).

3.1.1. Intervenciones

La Defensoría del Pueblo solicita que se declare exequible el artículo 1º del Decreto Ley 884 de 2017. En su concepto es necesario elaborar y adoptar el PNER como elemento primordial para la transformación estructural del campo (Punto 1 del Acuerdo Final) y la mejora en las condiciones de vida de las poblaciones rurales.

Advierte que entre las razones que justifican la inclusión del PNER en el desarrollo e implementación del Acuerdo Final se encuentra no sólo el alto número de Zonas No Interconectadas (ZNI), sino las limitaciones que persisten para conectar estos territorios al Sistema Interconectado Nacional (SIN). Reseña que sobre las limitantes para la expansión de la cobertura se asocian, según la Unidad de Planeación Minero Energética UPME, las siguientes: i) los costos crecientes para la ampliación de la cobertura eléctrica; ii) baja capacidad de pago de los usuarios frente al incremento en los costos de expansión del servicio de energía eléctrica; iii) aislamiento geográfico; iv) desinterés en atención de mercados caracterizados por una baja demanda y altos costos de administración, operación y mantenimiento; y v) zonas afectadas por el conflicto.

Concluye que a partir de la situación descrita se hace razonable y prioritaria la expedición del Decreto 884 de 2017 en aras de agilizar uno de los planes nacionales contemplado en el punto 1.3. del Acuerdo Final.

La Cumbre Nacional de Mujeres y Paz solicita a la Corte que declare la exequibilidad condicionada de la frase “, las necesidades reportadas por las entidades territoriales y las comunidades, y las condiciones socioambientales de los hogares” contenida en este artículo bajo el entendido de que el diseño, planteamiento e implementación de las políticas energéticas deberá contar con la perspectiva de género. Esto, teniendo en cuenta el numeral 2 del artículo 14 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de

Discriminación Contra la Mujer, que reconoce el papel de la mujer rural por parte de los Estados en la supervivencia económica familiar y en el trabajo en los sectores no monetarios de la economía y les conmina a adoptar medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en zonas rurales.

3.1.2. Concepto del Procurador General de la Nación

La regulación del Plan Nacional de Electrificación Rural en los términos de los artículos 1 a 3 del Decreto Ley 884 de 2017, en consideración de la Procuraduría General de la Nación, no amerita reparo alguno de inconstitucionalidad, dado que su pretensión consiste en ampliar la cobertura y mejorar la continuidad en zonas que no cuentan con una prestación adecuada del servicio, previendo condiciones socio ambientales y de participación de las comunidades. Por lo anterior, con la normativa en estudio se satisfacen los mandatos previstos en los artículos 365 a 367 de la Constitución Política, así como los derechos a la igualdad y a la participación.

La utilización de los recursos de los fondos FAER, FAZNI y PRONE también se encuentra debidamente justificada por el Gobierno Nacional, dado que se garantiza su destinación inicial y, de otro lado, su finalidad última consiste en la consecución de la paz, a través del acceso a un servicio público en condiciones adecuadas, lo cual se ajusta a lo dispuesto en el artículo 367 de la Carta Política que impone al Estado el deber de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional.

3.1.3. Análisis constitucional

El artículo 1 del Decreto Ley 884 de 2017 define como responsable de la formulación y

adopción del PNER al Ministerio de Minas y Energía en articulación con el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas y la Unidad de Planeación Minero Energética. Asimismo reconoce que el PNER deberá tener en cuenta; i) diferentes soluciones en materia energética; ii) las necesidades de las entidades territoriales y las comunidades; iii) condiciones socio ambientales de los hogares; y iv) alternativas de electrificación individual o colectiva. Por último, dispone la armonización del PNER con los planes de Reforma Rural Integral, los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial PDET y el Programa Nacional de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito PNIS.

La Corte encuentra que el artículo 1 del Decreto Ley 884 de 2017 es constitucional porque la definición de competencias para formular e implementar el PNER no riñe con el texto Superior. De un lado, el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas No Interconectadas IPSE, es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Minas y Energía. Al IPSE le corresponde identificar, promover, fomentar, desarrollar e implementar soluciones energéticas mediante esquemas empresariales eficientes, viables financieramente y sostenibles en el largo plazo, procurando la satisfacción de las necesidades energéticas de las ZNI, apoyando técnicamente a las entidades definidas por el Ministerio de Minas y Energía.

Por su parte, la Unidad de Planeación Minero Energética UPME, es una Unidad Administrativa Especial de carácter técnico, adscrita al Ministerio de Minas y Energía. El objeto de esta Unidad es “planear en forma integral, indicativa, permanente y coordinada con los agentes del sector minero energético, el desarrollo y aprovechamiento de los recursos mineros y energéticos; producir y divulgar la información requerida para la formulación de política y toma de decisiones; y apoyar al Ministerio de Minas y Energía en el logro de sus objetivos y metas.”

En consecuencia, para la Sala no ofrece reparo constitucional la competencia que se asigna al Ministerio de Minas y Energía para que con el apoyo técnico del IPSE y la UPME elaboren y

adopten el PNER. Como se acaba de describir, se trata de dos entidades que cuentan con experticia en la materia y pueden asesorar la construcción del PNER tanto de las Zonas No Interconectadas como del Sistema Interconectado Nacional. En efecto, el PNER se presenta como una herramienta para alcanzar la meta de universalización de la prestación del servicio de energía eléctrica en todo el territorio colombiano, lo cual se encuentra en plena armonía con el deber del Estado de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional (artículo 365 de la CP)

A juicio de esta Corporación el establecimiento de un plan periódico que contribuya a definir y priorizar la electrificación rural en un contexto de construcción de paz como el que vive nuestro país, donde el acceso a servicios públicos es un factor que fomenta la desigualdad social, conlleva el cumplimiento del mandato previsto en el artículo 22 de la Carta y promueve el ejercicio de los derechos fundamentales de los colombianos y colombianas. Como ya se mencionó la energía eléctrica está asociada a la garantía de otros derechos, en particular, al derecho a la vivienda digna (ver supra consideraciones 11 y 12).

Con todo, en la elaboración y adopción del PNER no puede desconocerse el derecho fundamental a la consulta previa, que como se expuso deberá surtirse ante la afectación directa de las comunidades indígenas y afrodescendientes (ver supra 2.3). Esto, comoquiera que será la formulación del Plan bianual la oportunidad indiscutible para la intervención de las comunidades étnicamente diferenciadas.

Ahora bien, el artículo 1 describe el contenido del PNER a partir de mecanismos de administración, operación y mantenimiento sostenible de las soluciones energéticas. Esto, tampoco contraría la Constitución Política pues simplemente establece los ámbitos en que se deberá formular y adoptar el PNER.

De otra parte, el artículo estudiado señala elementos para la formulación del PNER: i)

diferentes soluciones en materia energética; ii) las necesidades de las entidades territoriales y las comunidades; iii) condiciones socio ambientales de los hogares; y iv) alternativas de electrificación individual o colectiva. Para la Corte, la formulación y adopción del PNER para prestación del servicio público de energía en las ZNI a partir de los postulados mencionados es compatible con los artículos 365 a 367 de la Constitución de la Política que establecen el deber del Estado en la prestación de servicios públicos, en particular de los municipios.

Respecto del punto ii) la Cumbre Nacional de Mujeres y Paz solicita la exequibilidad condicionada para que el diseño del PNER incluya la perspectiva de género, por tratarse de un reproche similar al expuesto respecto del artículo 2, se tratará en el análisis del próximo artículo comoquiera que está relacionado con los parámetros que deben considerarse en la formulación del PNER.

Por último, el artículo examinado refiere la coherencia entre el PNER, los Planes Nacionales para la Reforma Rural Integral, los PDET y el PNIS (Decreto Ley 896 de 2017), como se explicó en las consideraciones (supra numeral 14.) los puntos 1 y 4 del Acuerdo Final implican la adopción de distintas acciones y programas por parte del Gobierno Nacional y requieren la articulación entre ellos.

De esta manera, el artículo 1 del Decreto Ley 884 define un plan de electrificación rural de carácter nacional derivado de la Reforma Rural Integral, que busca mejorar el acceso al servicio público de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Nacional, así como garantizar el acceso al servicio y promover su universalización en las Zonas No Interconectadas, tanto interconectables como aisladas. Por su importancia en el disfrute del derecho fundamental al servicio de energía eléctrica y por la capacidad transformadora del acceso a los servicios públicos en las condiciones de bienestar y buen vivir de la población rural, este plan nacional debe ser leído en contexto y articularse con los demás planes nacionales para la Reforma Rural Integral, con los PDET y con el resto del Acuerdo Final. En consecuencia, para la Corte dicha armonización tampoco contraria el texto Superior.

3.2. Artículo 2. Criterios del Plan Nacional de Electrificación Rural

Artículo 2°. Criterios del Plan Nacional de Electrificación Rural (PNER). Teniendo en cuenta los criterios contenidos en el punto 1.3.1.3. del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, el Plan Nacional de Electrificación Rural de que trata el artículo anterior deberá propender por:

1. La ampliación de la cobertura eléctrica.
2. La promoción y aplicación de soluciones tecnológicas apropiadas de generación eléctrica, de acuerdo con las particularidades del medio rural y de las comunidades, para lo cual se utilizarán de manera preferente Fuentes No Convencionales de Energía (FNCE).
4. La capacitación en el uso adecuado de la energía para su sostenibilidad.

3.2.1. Intervenciones

Para la ONIC, el artículo 2 del Decreto Ley 884 de 2017 debe declararse exequible condicionado en la medida que no cumple con el enfoque étnico exigido por el Acuerdo Final. Esta organización afirma que los criterios establecidos por el artículo 2 para el PNER no reflejan las necesidades de los pueblos y las comunidades indígenas. Igualmente, señala que estos criterios no cumplen con el objetivo de los planes nacionales para la transformación regional dispuestos en el capítulo étnico.

La Cumbre Nacional de Mujeres y Paz solicita a la Corte que declare la exequibilidad condicionada de las expresiones “de acuerdo con las particularidades del medio rural y de las comunidades” y “La asistencia técnica y la promoción de las capacidades organizativas de las comunidades para propender por el mantenimiento y la sostenibilidad de las obras.” contenidas en el numeral 2 y 3, respectivamente, bajo el entendido de que el diseño, planteamiento e implementación de las políticas energéticas deberá ser transversalizada la perspectiva de género. Esto, teniendo en cuenta el numeral 2 del artículo 14 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que reconoce el papel de la mujer rural por parte de los Estados en la supervivencia económica familiar y en el trabajo en los sectores no monetarios de la economía y les conmina a adoptar medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en zonas rurales.

3.2.2. Concepto del Procurador General de la Nación

El análisis del Ministerio Público sobre este artículo fue expuesto en el numeral 3.1.2. cuando se refiere de manera conjunta a la constitucionalidad de los artículos 1 a 3 del Decreto Ley.

3.2.3. Análisis constitucional

El artículo 2 del Decreto Ley establece las finalidades por las que se deberá propender en la elaboración y adopción del PNER, a saber: i) ampliación de la cobertura eléctrica; ii) promoción y aplicación de formas alternativas de generación de energía según el contexto; iii) asistencia técnica y promoción de capacidades organizativas de las comunidades para el mantenimiento y sostenibilidad de las obras; y iv) capacitación en el uso adecuado de la energía para su sostenibilidad.

La Corporación encuentra que el artículo 2 del Decreto Ley 884 de 2017 es constitucional por las siguientes razones: los criterios se acompasan con la Constitución pues como ya se presentó persiguen la universalización en la prestación del servicio público con la ampliación de la cobertura (artículo 365 de la CP), asimismo, propugnan por la generación de energía según las particularidades del medio rural y de las comunidades y el fomento de fuentes no convencionales de energía (ver supra considerando 13.).

En cuanto a la solicitud de constitucionalidad condicionada de la ONIC y de la Cumbre Nacional de las Mujeres y Paz sobre la inclusión del enfoque étnico (por omisión legislativa relativa) y de género, es preciso recordar que según el Acto Legislativo 02 de 2017:

“Las instituciones y autoridades del Estado tienen la obligación de cumplir de buena fe con lo establecido en el Acuerdo Final. En consecuencia, las actuaciones de todos los órganos y autoridades del Estado, los desarrollos normativos del Acuerdo Final y su interpretación y aplicación deberán guardar coherencia e integralidad con lo acordado, preservando los contenidos, los compromisos, el espíritu y los principios del Acuerdo Final.”

Para la Corte, de una parte, existe un mandato constitucional de cumplir de buena fe los contenidos del Acuerdo Final, y de otra, que la aplicación del Acuerdo Final implica una lectura integral de este. En tal sentido, corresponde al Ministerio de Minas y Energía, al IPSE y a la UPME, estos últimos en su condición de asesores técnicos del diseño e implementación, asegurar el enfoque étnico, así como las demás perspectivas diferenciales que deben tenerse en cuenta al desarrollar el Acuerdo Final, y en este caso, al momento de formular e implementar el PNER. Esto, en concordancia con lo establecido en el artículo 6 del Decreto Ley 884 de 2017 como se analizará más adelante.

Por consiguiente, la inclusión de los enfoques diferenciales en el diseño y adopción del PNER son responsabilidad del Ministerio de Minas y Energía y del IPSE y la UPME.

3.3. Artículo 3. Articulación de los Fondos Eléctricos para la implementación del Plan Nacional de Electrificación Rural

Artículo 3°. Articulación de los Fondos Eléctricos para la implementación del Plan Nacional de Electrificación Rural (PNER). Sin perjuicio de la destinación de cada uno de los Fondos FAER, FAZNI y PRONE, para la implementación del Plan Nacional de Electrificación Rural, el Ministerio de Minas y Energía establecerá criterios de priorización para que los proyectos que se presenten a cada uno de los correspondientes Comités de Administración para aprobación de recursos guarden coherencia con dicho Plan y con las priorizaciones regionales realizadas a partir de los Planes de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET).

Parágrafo 1°. A efectos de facilitar la aplicación de los criterios a que hace referencia el artículo 2º de este Decreto-ley, en la asignación de los recursos de los Fondos FAER, FAZNI y PRONE el Ministerio de Minas y Energía definirá un valor máximo anual del valor proyectado de su recaudo para atender costos asociados a:

1. Promoción y capacitación en el uso de energía eléctrica y de capacidades organizativas de las comunidades para el mantenimiento y sostenibilidad de las obras.
2. Asistencia técnica.
3. Eficiencia energética.

Parágrafo 2°. En los proyectos que se adelanten con recursos de los Fondos FAER, FAZNI y PRONE, además de las cargas residenciales podrá financiarse la supervisión e interventoría de los proyectos, así como usos productivos en el ámbito rural e instalaciones internas.

Parágrafo 3°. Para el establecimiento, adopción e implementación del Plan Nacional de Electrificación Rural, PNER, el Ministerio de Minas y Energía podrá articular y coordinar actividades y/o recursos con otros fondos públicos, entidades públicas, entidades de cooperación y asistencia internacional, organismos multilaterales, personas extranjeras de derecho público, organismos de derecho internacional, sector privado e iniciativas de la comunidad.

Parágrafo 4°. Se propenderá porque el Plan Nacional de Electrificación Rural sea financiado con recursos de los Fondos de que trata el presente artículo.

Parágrafo 5°. El Ministerio de Minas y Energía implementará lo previsto en este artículo en un plazo no mayor a un (1) año, contado a partir de la fecha de publicación del presente Decreto-ley.

3.3.1. Intervenciones

La Defensoría del Pueblo solicita declarar exequible el artículo 3º en tanto se articulan los criterios de priorización para la implementación de los proyectos PNER y los recursos de los Fondos Eléctricos para garantizar: i) una eficiente y ágil asignación de recursos para adelantar los proyectos de electrificación en las ZNI; ii) su articulación con políticas nacionales del sector eléctrico para estas zonas; y iii) el cumplimiento de la meta contemplada en el Acuerdo Final de garantizar el máximo esfuerzo de cumplimiento en los

primeros 5 años.

La ONIC sostiene que el artículo 3 del Decreto 884 de 2017 desconoce los artículos 7, 286 y 330 de la Constitución Política, así como el Capítulo Étnico del Acuerdo Final. Para la organización, el Gobierno Nacional omitió incluir a las autoridades indígenas y a sus instituciones representativas dentro de las instancias territoriales de articulación de los fondos eléctricos para la implementación del PNER, y con ello, violó el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas.

La Cumbre Nacional de Mujeres y Paz solicita a la Corte que declare la exequibilidad condicionada del parágrafo 3º del artículo 3 bajo el entendido de que el diseño, planteamiento e implementación de las políticas energéticas deberá ser transversalizada la perspectiva de género. Esto, teniendo en cuenta el numeral 2 del artículo 14 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que reconoce el papel de la mujer rural por parte de los Estados en la supervivencia económica familiar y en el trabajo en los sectores no monetarios de la economía y les conmina a adoptar medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en zonas rurales.

3.3.2. Concepto del Procurador General de la Nación

El análisis del Ministerio Público sobre este artículo fue expuesto en el numeral 3.1.2. cuando se refiere de manera conjunta a la constitucionalidad de los artículos 1 a 3 del Decreto Ley.

3.3.3. Análisis constitucional

El artículo 3 del Decreto Ley objeto de estudio señala los mecanismos de financiación para la implementación del PNER a través de los recursos de los Fondos FAER, FAZNI y PRONE. En tal

sentido, corresponde al Ministerio de Minas y Energía definir criterios de priorización para los proyectos que se presenten al Comité de Administración siempre que se relacionen con el PNER y los PDET. Igualmente, el Ministerio debe establecer un valor máximo anual para atender los costos asociados a los criterios contenidos en el artículo 2º: i) promoción y capacitación en el uso de energía eléctrica; ii) capacidades organizativas de las comunidades para el mantenimiento y sostenibilidad de las obras; iii) asistencia técnica; y iv) eficiencia energética.

Define que con los recursos de los proyectos financiados por los Fondos FAER, FAZNI y PRONE se pueden cubrir las cargas residenciales, la supervisión e interventoría de los proyectos y los usos productivos en el ámbito rural e instalaciones internas.

También dispone que para la adopción e implementación del PNER el Ministerio podrá articular y coordinar actividades y/o recursos con otros fondos públicos, entidades públicas, entidades de cooperación y asistencia internacional, organismos multilaterales, personas extranjeras de derecho público, organismos de derecho internacional, sector privado e iniciativas de la comunidad. Aunque, se precisa que se propenderá porque el PNER sea financiado con los recursos del FAER, PAZNI y PRONE.

Por último, destaca que el Ministerio cuenta con un año para implementar lo previsto en el artículo 3, contado desde la publicación del Decreto Ley.

Para la Corte el artículo 3 del Decreto Ley 884 de 2017 es constitucional pues es compatible con la Carta Política la definición de mecanismos de financiación del PNER. Ciertamente, el análisis de este artículo requiere una breve descripción de los tres Fondos que concurren en la financiación del PNER según lo dispone el artículo 3 del Decreto Ley 884 de 2017.

El Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de Zonas Rurales Interconectadas -FAER es un fondo cuenta especial sin personería jurídica creado por el artículo 105 de la Ley 788 de 2002.

El objetivo del FAER es ampliar la cobertura del servicio de energía eléctrica y procurar la satisfacción de la demanda de energía en las zonas rurales interconectadas, conforme con los planes de ampliación de cobertura que estructurarán cada uno de los Operadores de Red y que deberá contar con la viabilidad de la Unidad de Planeación Minero Energética -UPME. En este sentido, los recursos de este fondo, así como los rendimientos que genere su inversión temporal se utilizan para financiar planes, programas o proyectos de inversión para la construcción e instalación de nueva infraestructura eléctrica en zonas rurales interconectadas, y para la reposición y rehabilitación de la infraestructura existente en zonas de difícil gestión y en zonas rurales de menor desarrollo.

El Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas No Interconectadas -FAZNI- es un fondo creado por el artículo 82 de la Ley 633 de 2000. Se trata de un fondo cuenta especial del Ministerio de Minas y Energía sin personería jurídica. Los recursos de este Fondo y los rendimientos que genera su inversión temporal se destinan a la energización de las zonas no interconectadas, según lo determine el Ministerio de Minas y Energía y conforme a los lineamientos de política establecidos por los documentos CONPES 3108 de 2001 y 3453 de 2006. De manera específica, estos recursos son destinados a la financiación de planes, programas y/o proyectos priorizados de inversión para la construcción e instalación de nueva infraestructura eléctrica y para la reposición o rehabilitación de la infraestructura existente. Con ello, se busca ampliar la cobertura del servicio de energía eléctrica en las ZNI y satisfacer la demanda en estas zonas. El FAZNI tiene vigencia hasta el 31 de diciembre de 2021.

El Programa de Normalización de Redes Eléctricas -PRONE- fue creado por el artículo 1 de la Ley 1117 de 2006, con el objetivo de financiar planes, programas o proyectos que propendan

por legalizar usuarios del servicio de energía eléctrica y adecuar las redes existentes a los reglamentos técnicos vigentes, en barrios subnormales, situados en municipios del SIN. La vigencia del PRONE está sujeta a la vigencia de los diferentes fondos que financian el programa, entre los cuales se encuentra el FAER.

Los tres fondos, FAER, FAZNI y PRONE, cuentan con un comité de administración integrado por el Ministro de Minas y Energía, el Viceministro de Minas y Energía y el Director de la UPME, o por sus respectivos delegados. Estos comités de administración se denominan CAFAER, CAFAZNI y Comité de Administración del PRONE, respectivamente. En cada caso, el comité debe aprobar, objetar e impartir instrucciones y recomendaciones sobre los planes, programas y/o proyectos que son presentados para financiación con cargo a los recursos del fondo. Adicionalmente, en sus reuniones podrán participar como invitados funcionarios del IPSE, de la UPME y de cualquier otra entidad que el comité considere pertinente o necesaria para analizar los asuntos de su competencia.

Para entender la naturaleza de estos fondos, es oportuno recordar que en la reciente sentencia C-438 de 2017, la Corte declaró la constitucionalidad del Fondo Colombia en Paz, como un fondo especial de la clase fondo-cuenta. En esa ocasión, se reiteró la jurisprudencia sobre la naturaleza, creación y régimen de contratación de los fondos especiales. En concreto, se concluyó:

“(…) los fondos especiales hacen parte del presupuesto de rentas y recursos de capital de presupuesto general de la Nación. Según el artículo 30 del Estatuto Orgánico del Presupuesto pueden ser de dos modalidades: (i) los ingresos definidos en la ley para la prestación de un servicio público específico; o (ii) los ingresos pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el Legislador. Los fondos-cuenta son fondos especiales, mientras que los fondos-entidad corresponden a una entidad de naturaleza pública que hace parte de la administración pública, es decir que es una nueva entidad que modifica la estructura de la administración pública. Así, los fondos-cuenta se refieren al sistema de manejo de recursos

que no cuenta con personería jurídica, puede ser un patrimonio autónomo y, en general, se admite que se rijan por las reglas de contratación de derecho privado como una excepción a las disposiciones que rigen la contratación pública, que son temporales en el contexto de situaciones de emergencia.”

Aunque en esta oportunidad no se analiza la constitucionalidad de la creación de los fondos previstos por el artículo 3 del Decreto Ley, FAER, FAZNI y PRONE, la tipología de los mismos, su objeto y funcionamiento permiten avanzar en el juicio. Se trata de tres fondos cuenta de naturaleza especial que concurren a financiar el PNER y cuyos recursos están asociados al aumento de la cobertura del servicio público de energía eléctrica, la energización de zonas no interconectadas y la normalización de usuarios del servicio de energía eléctrica.

Como se evidenció, cada fondo tiene un Comité de Administración que definirá la ejecución de proyectos del PNER, según los criterios de priorización definidos por el Ministerio de Minas y Energía en concordancia con los artículos 2 y 3 del Decreto Ley. Asimismo, se permite la articulación y la confluencia de recursos no solo de estos tres fondos sino con otras fuentes de financiación.

Bajo las características presentadas, la operatividad de la financiación no reviste ningún problema de constitucionalidad. De hecho, la Corte ha avalado el manejo de recursos a través de fondos-cuenta de conformidad con el artículo 30 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, además tampoco se afecta la destinación inicial de recursos pues como se expuso los fondos comparten las finalidades del PNER. En consecuencia, el artículo 3 del Decreto Ley no desconoce el texto constitucional en lo relacionado con las normas presupuestales (artículo 345 y ss de la CP)

Las objeciones de constitucionalidad presentadas por la ONIC y la Cumbre Nacional de Mujeres fueron resueltas en el análisis del artículo anterior por lo que no se hará un

pronunciamiento adicional.

3.4. Artículo 4. Aplicación de la Ley 1682 de 2013

Artículo 4°. Aplicación de la Ley 1682 de 2013. Para determinar los valores que se han de pagar por los predios o inmuebles afectados por proyectos y ejecución de obras de energía eléctrica, amparadas por la declaratoria de utilidad pública e interés social, así como para el saneamiento de tales predios, se dará aplicación a lo establecido en los artículos 21, 22, 23, 24,25 y 26 de la Ley 1682 de 2013, con excepción de la expropiación por vía administrativa.

Parágrafo. Para efectos de la aplicación de lo aquí dispuesto, se entenderá por entidad estatal al propietario del proyecto declarado de utilidad pública e interés social, sin importar que se trate de entidad pública o privada.

3.4.1. Intervenciones

No se presentaron intervenciones puntuales sobre este artículo.

3.4.2. Concepto del Procurador General de la Nación

Atendiendo a las razones expuestas por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República en el memorial allegado a este proceso con ocasión de las pruebas decretadas por el Despacho Sustanciador, el Ministerio Público no evidencia razón alguna de

inconstitucionalidad en lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto Ley 884 de 2017, en virtud del cual, para efectos del saneamiento de predios por motivos de utilidad pública y asuntos conexos, se incorporan disposiciones previstas en la Ley 1682 de 2013 “por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias”, por el contrario, considera que ello atiende a la urgencia de regular la materia sin necesidad de expedir una normativa que regule específicamente este tema.

3.4.3. Análisis constitucional

El artículo 4 del Decreto Ley establece la aplicación de los artículos 21, 22, 23, 24, 25 y 26 de la Ley 1682 de 2013, salvo la expropiación por vía administrativa, para determinar el monto del pago por los predios o inmuebles, así como el saneamiento de los mismos, afectados por ejecución de obras de energía eléctrica siempre que se declare de utilidad pública e interés social.

En el párrafo se aclara que se entenderá por entidad estatal al propietario del proyecto declarado de utilidad pública e interés social bien sea este una entidad pública o privada.

Respecto de este artículo la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República sostuvo que la incorporación de algunas disposiciones de la Ley 1682 de 2013, obedece a la necesidad de contar con instrumentos jurídicos que permitan viabilizar la ejecución de los proyectos energéticos. En particular, en relación con la gestión predial y la declaratoria de utilidad pública, dado que estos instrumentos son más expeditos que los previstos en materia energética de manera ordinaria.

La Corte encuentra que el artículo 4 del Decreto Ley 884 de 2017 es constitucional. Sea lo primero precisar que la Ley 1682 de 2013 establece la regulación relativa a los proyectos de

infraestructura de transporte. Los artículos 21, 22, 23, 24, 25 y 26 de esta Ley, a los que remite el artículo 4 del Decreto Ley 884 de 2017, pertenecen al capítulo 1 del título IV, sobre gestión y adquisición predial. Específicamente, los artículos prevén normas sobre: saneamiento de vicios de titulación y tradición de los inmuebles adquiridos (Art. 21); limitaciones, afectaciones, gravámenes al dominio y medidas cautelares (Art. 22); avalúo de los inmuebles (Art. 23); revisión e impugnación de los avalúos comerciales (Art. 24); notificación de la oferta (Art. 25); y actualización de cabida y/o linderos del inmueble (Art. 26).

Al respecto, se debe advertir que la Ley 142 de 1994 y el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, Decreto 1073 de 2015, regulan lo referente a la adquisición de bienes inmuebles y al establecimiento de servidumbres cuando se requiera adelantar una obra para la prestación del servicio de energía eléctrica, luego de la declaratoria de utilidad pública en interés social. La Sala observa que las normas vigentes sobre gestión predial para el desarrollo de obras de energía eléctrica contenidas en las normas descritas remiten en algunos aspectos a la Ley 56 de 1981.

De este modo, el objetivo del Decreto Ley es aplicar las medidas y disposiciones que se emplean para los proyectos de infraestructura de transporte, consagradas en la Ley 1682 de 2013, a la gestión predial para el pago y saneamiento de bienes inmuebles afectados por proyectos y ejecución de obras de energía eléctrica.

Lo anterior significa, que se excluye la aplicación de las leyes 56 de 1981, 142 de 1995 y del Decreto 1073 de 2015. Esto, permite, por ejemplo, el saneamiento automático del predio de cualquier vicio relativo a su titulación y tradición, la agilización de la compra por cuanto el avalúo lo efectúa el IGAC o a la autoridad catastral correspondiente o a las personas naturales o jurídicas de carácter privado registradas y autorizadas por las lonjas de propiedad raíz, y en general, que el proceso de adquisición y servidumbre se lleve a cabo en términos más céleres que los contenidos en el Código General del Proceso.

De acuerdo con lo descrito, el artículo 4 da aplicación a algunas disposiciones de la Ley 1682 de 2013 para determinar los valores que se han de pagar por los predios afectados por proyectos y ejecución de obras de energía eléctrica, así como por su saneamiento. En tal sentido, la norma estudiada resulta conforme con la Constitución en tanto regula la aplicación de un procedimiento, ámbito propio de configuración del legislador, aplicable a la venta y saneamiento de bienes inmuebles cuando sea necesario adquirirlos para proyectos de energía y siempre que medie la declaratoria de utilidad de pública e interés social. La salvedad sobre expropiación por vía administrativa, asegura la compatibilidad con el artículo 58 Superior que define como opera excepcionalmente esta figura con posterior control judicial.

Lo anterior no obsta, como se expuso (supra considerando 2.3.3.), para que de ser necesario se garantice el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicamente diferenciadas.

Por último, frente al párrafo del artículo 4 que define la entidad estatal como el propietario del proyecto declarado de utilidad pública e interés social, sin importar que se trate de entidad pública o privada. Se advierte que el artículo 22 de la Ley 1682 de 2013, menciona la entidad estatal como una de las partes del proceso de adquisición de bienes inmuebles, con potestad para el pago y el registro ante la Oficina de Instrumentos Públicos. Por tanto, el párrafo habilita que sin importar si se trata de entidad pública o privada pueda contar con las prerrogativas descritas, de tal forma que gestione el pago y los trámites de registro del bien inmueble declarado de utilidad pública e interés social. Los demás artículos de la Ley 1682 no mencionan la categoría de entidad estatal, y por tanto, no habría lugar a la homologación propuesta en el párrafo.

De nuevo, para la Sala la asignación de las facultades descritas no reviste ningún problema de constitucionalidad pues responde a las facultades del legislativo para asignar

competencias, procedimientos y determinar en este caso la titularidad de las cargas procesales para la gestión y saneamiento predial.

3.5. Artículo 5. Modificación de la Ley 56 de 1981

Artículo 5°. Modificación de la Ley 56 de 1981. Modifíquese el primer inciso del artículo 27 de la Ley 56 de 1981, el cual quedará así:

“Corresponde al propietario del proyecto que lo haya adoptado y ordenado su ejecución, promover en calidad de demandante los procesos que sean necesarios para hacer efectivo al gravamen de servidumbre de conducción de energía eléctrica”.

3.5.1. Intervenciones

No se presentaron intervenciones puntuales sobre este artículo.

3.5.2. Concepto del Procurador General de la Nación

El Ministerio Público, siguiendo lo expuesto por la Secretaría Jurídica de la Presidencia, tampoco encuentra reparo de inconstitucionalidad sobre esta disposición, en la medida en que al modificar lo regulado en el artículo 27 de la Ley 56 de 1981, simplemente pretende dar claridad sobre la titularidad para ejercer los procesos destinados a hacer efectivo el gravamen de servidumbre de conducción de energía eléctrica.

3.5.3. Análisis constitucional

El artículo 5º del Decreto Ley modifica el inciso primero de la Ley 56 de 1981. Esta modificación implica una variación en la titularidad de la legitimidad por activa para demandar la eventual servidumbre que se requiera para un proyecto. El cambio se evidencia en el siguiente cuadro subrayando la parte pertinente:

Ley 56 de 1981

Artículo 27

Inciso primero

Artículo 27 de la Ley 56 de 1981 con la modificación del Decreto Ley 884 de 2017

Corresponde a la entidad de derecho público que haya adoptado el respectivo proyecto y ordenado su ejecución, promover en calidad de demandante los procesos que sean necesarios para hacer efectivo el gravamen de servidumbre de conducción de energía eléctrica.

Corresponde al propietario del proyecto que lo haya adoptado y ordenado su ejecución, promover en calidad de demandante los procesos que sean necesarios para hacer efectivo al gravamen de servidumbre de conducción de energía eléctrica

Encuentra este Tribunal que la modificación descrita es constitucional en tanto se enmarca en la facultad de configuración legislativa, en esta oportunidad ejercida por el Presidente de la República y el Ministro de Minas y Energía. En efecto, la Ley 56 de 1981 “por la cual se dictan normas sobre obras públicas de generación eléctrica, y acueductos, sistemas de regadío y otras y se regulan las expropiaciones y servidumbres de los bienes afectados por tales obras.”, en el capítulo II del título II regula lo concerniente al procedimiento de servidumbres. En concreto, el artículo 27 disponía que la encargada de adelantar el proceso

de servidumbre era la entidad de derecho público que hubiere adoptado y ordenado la ejecución del proyecto mientras la modificación otorga la titularidad para hacer efectivo el gravamen al propietario del proyecto.

En los considerandos del Decreto el Gobierno Nacional advierte que la modificación de la Ley 56 obedece a que el aumento en la demanda que se genere con la implementación del PNER requiere la agilización de trámites para la ejecución de los proyectos. Asimismo, en la respuesta a las pruebas solicitadas precisa que la reforma es necesaria para dar claridad jurídica sobre quién ostenta la legitimación en la causa por activa para interponer los procesos de servidumbre necesarios en los predios que requiera la implementación del PNER (Antecedentes supra 3.2.).

Para la Corte la variación del titular para promover el proceso de servidumbre se ajusta a la Constitución Política, en tanto está inscrita en el margen de configuración del legislador para definir procedimientos y titulares de las acciones judiciales.

Por consiguiente, el Gobierno Nacional se encontraba habilitado para modificar la legitimidad por activa en los procesos de servidumbre para favorecer la implementación del PNER. En tal sentido, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 5º del Decreto Ley 884 de 2017.

Ahora bien, la Corte llama la atención sobre la necesidad de realizar una integración normativa en relación con el artículo 25 de la Ley 56 de 1981. Esta norma, al igual que el artículo 27 de la Ley 56 de 1981, hace parte del Capítulo II de la Ley y se refiere al procedimiento para hacer efectiva una servidumbre pública de conducción de energía eléctrica. Este artículo establece:

“Artículo 25º.- La servidumbre pública de conducción de energía eléctrica establecida por el artículo 18 de la Ley 126 de 1938, supone para las entidades públicas que tienen a su cargo la construcción de centrales generadoras, líneas de interconexión, transmisión y prestación del servicio público de distribución de energía eléctrica, la facultad de pasar por los predios afectados, por vía aérea subterránea o superficial, las líneas de transmisión y distribución del fluido eléctrico, ocupar las zonas objeto de la servidumbre, transitar por los mismos, adelantar las obras, ejercer la vigilancia, conservación y mantenimiento y emplear los demás medios necesarios para su ejercicio.”

Del texto del artículo 25 de la Ley 56 de 1981 se infiere que la imposición de las servidumbres para la conducción de energía se realiza a favor de las entidades públicas. En efecto, en la sentencia C-831 de 2007, esta Corporación estimó que “[d]e acuerdo con el artículo 25 de la Ley, la legitimidad para actuar en estos procesos [de constitución de servidumbres públicas de conducción de energía eléctrica] corresponde a las entidades públicas que tienen a su cargo la construcción de centrales generadoras, líneas de interconexión, transmisión y prestación del servicio público de energía eléctrica, entidades que adoptarán el respectivo proyecto, el cual contemplará el trazado de la servidumbre correspondiente.”

En la medida en que el artículo 5 del Decreto Ley 884 de 2017 modificó el artículo 27 de la Ley 56 de 1981 en lo que respecta a quién puede promover la servidumbre en calidad de demandante, la Sala Plena considera necesario armonizar los artículos 25 y 27 de la Ley 56 de 1981. Por lo tanto, bajo esta interpretación integral de las normas, se deberá entender que el titular de las facultades a las que hace referencia el artículo 25 de la Ley 56 de 1981 es el propietario del proyecto.

3.6. Artículo 6. Participación ciudadana

Artículo 6°. Participación ciudadana. El Plan Nacional de Electrificación Rural PNER se formulará con sujeción a los mecanismos de participación ciudadana previstos para el desarrollo de los Planes de Energización Rural Sostenible -PERS, incluida la intervención de comunidades y organizaciones rurales en el marco de los Planes Nacionales para la Reforma Rural Integral, los PDETs y el PNIS.

3.6.1. Intervenciones

La Cumbre Nacional de Mujeres y Paz solicita a la Corte que declare la exequibilidad condicionada de este artículo bajo el entendido de que el diseño, planteamiento e implementación de las políticas energéticas deberá ser transversalizada la perspectiva de género. Esto, teniendo en cuenta el numeral 2 del artículo 14 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que reconoce el papel de la mujer rural por parte de los Estados en la supervivencia económica familiar y en el trabajo en los sectores no monetarios de la economía y les conmina a adoptar medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en zonas rurales.

3.6.2. Concepto del Procurador General de la Nación

Este enunciado normativo, sostiene la Procuraduría General de la Nación, garantiza la participación ciudadana en los asuntos que la afectan, acudiendo a las formas previstas para el desarrollo de los Planes de Energización Rural Sostenible – PERS y los Planes Nacionales para la Reforma Rural Integral, los PDET`s y el PNIS, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 2º de la Constitución Política. Aunque extraña la no inclusión de la participación directa de los municipios, cuando se afecta su uso del suelo, considera que este vacío se suple con lo dispuesto en el artículo 7º del mismo Decreto Ley 884 de 2017, que dispone ajustarse a los principios, valores y reglas de la Carta Política.

3.6.3. Análisis constitucional

El artículo 6 sujeta la formulación del PNER a los mecanismos de participación ciudadana previstos para los planes de electrificación rural sostenible, así como a la intervención de las comunidades y organizaciones rurales en los Planes Nacionales para la Reforma Rural Integral, los PDETs y el PNIS.

Para la Corte el artículo 6 del Decreto Ley 884 de 2017 es constitucional en tanto fomenta la participación ciudadana propia de la democracia participativa que contiene el texto Superior. Al respecto, es imperioso determinar cuáles son los mecanismos de participación a los que refiere el artículo. En cuanto a los Planes de Energización Rural Sostenible (PERS) son planes de energización que se estructuran a partir de un análisis regional y teniendo en cuenta los aspectos más relevantes en materia de emprendimiento, productividad y energización de las zonas rurales, todo esto con el fin de establecer una política pública energética coherente y en sintonía con la noción de desarrollo de la región. Los PERS buscan garantizar, de manera gradual, la sostenibilidad de los proyectos y elevar el nivel de la calidad de vida de los habitantes de las zonas. Estos programas buscan identificar, formular y estructurar lineamientos y estrategias de desarrollo energético rural para un período mínimo de 15 años.

Teniendo en cuenta este enfoque regional, con los PERS se persigue la participación activa de actores regionales en la identificación de oportunidades, diseño e implementación de proyectos de energización en las regiones. Con los PERS, además, se busca que la participación de la comunidad y de los actores locales en el desarrollo de los planes de energización sea apoyada por otros gestores locales, como la academia, para así darle continuidad al proyecto y llevar a cabo sus componentes de investigación, desarrollo, innovación, perdurabilidad y legitimidad regional.

Vale la pena mencionar que tanto los PDET como los Planes Nacionales para la Reforma Rural Integral, por estar inmersos en la Reforma Rural Integral, parten del reconocimiento del papel protagónico que deben desempeñar las mujeres y los hombres de las comunidades en la definición del mejoramiento de sus condiciones de vida. Asimismo, los PDET y los Planes Nacionales fueron concebidos con el convencimiento de que la efectividad, transparencia y buen desarrollo de la Reforma Rural Integral dependen en gran medida de la promoción de una amplia participación de las comunidades. La Reforma Rural Integral, además, se funda en la idea de que la participación es garantía de una mayor inclusión de las comunidades rurales -mujeres y hombres- en la vida política, económica, social y cultural de sus regiones y, por ende, de la nación.

En este sentido, el punto 1.2.4. de la Reforma Rural Integral sobre mecanismos de participación en los PDET, establece que se deberá garantizar la participación activa de las comunidades para: (i) definir las prioridades en la implementación de los planes nacionales (vías, riego, infraestructura, servicios, etc.) en el territorio, de acuerdo con las necesidades de la población; (ii) asegurar la participación comunitaria en la ejecución de las obras y su mantenimiento; y (iii) establecer mecanismos de seguimiento y veeduría de los proyectos.

Por último, el Programa Nacional de Sustitución de Cultivos Ilícitos -PNIS, regulado mediante Decreto Ley 896 de 2017, tiene por objeto promover la sustitución voluntaria de cultivos de uso ilícito (artículo 2). En tal sentido, prevé la participación de instancias territoriales (artículo 4) y entidades del orden nacional (artículo 5) en el diseño y ejecución del programa.

De acuerdo con los mecanismos expuestos, la Corte observa que hay evidente enfoque territorial y una sujeción a la participación diferenciada según las necesidades de las comunidades desde lo local. De tal forma que, el precepto objeto de examen se acompasa con el artículo 2º constitucional que impone como fin del Estado facilitar la participación de

todos en las decisiones que los afecten y en la vida económica, política administrativa y cultural de la Nación. En efecto, fomentar la democracia participativa es un eje axial de la Carta Política que puede ser desarrollado en cualquier escenario de construcción colectiva de decisiones.

En tal sentido, corresponde al Ministerio de Minas y Energía armonizar los mecanismos de participación descritos en cada uno de los planes y programas para garantizar la participación de comunidades y organizaciones rurales tal y como lo prescribe el artículo 6. Esto, como ya se estudió implica una lectura integral del Acuerdo Final, en particular, de los puntos 1., Reforma Rural Integral y, 4., Solución al Problema de Drogas Ilícitas.

Lo anterior no obsta, como se expuso (supra considerando 2.3.3), que de ser necesario se garantice el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicamente diferenciadas.

3.7. Artículo 7. Principios

Artículo 7°. Principios. Las disposiciones contenidas en el presente Decreto-ley se aplicarán conforme a los principios, valores y reglas previstas en la Constitución Política de Colombia.

3.7.1. Intervenciones

La Cumbre Nacional de Mujeres y Paz solicita a la Corte que declare la exequibilidad condicionada de este artículo bajo el entendido de que el diseño, planteamiento e

implementación de las políticas energéticas deberá ser transversalizada la perspectiva de género. Esto, teniendo en cuenta el numeral 2 del artículo 14 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que reconoce el papel de la mujer rural por parte de los Estados en la supervivencia económica familiar y en el trabajo en los sectores no monetarios de la economía y les conmina a adoptar medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en zonas rurales.

3.7.2. Concepto del Procurador General de la Nación

En la medida en que este enunciado ordena la aplicación de las disposiciones contenidas en el Decreto Ley 884 de 2017 conforme a los principios, valores y reglas de la Constitución Política, se suple el vacío observado por el Ministerio Público en el artículo 7, que no se refiere a la participación de los municipios cuando se afecta su uso del suelo. Agrega que esta sujeción, además, atiende a lo ordenado en el artículo 4 Superior.

3.7.3. Análisis constitucional

El artículo 7 señala que la normatividad contenida en el Decreto Ley deberá aplicarse de conformidad con los principios, valores y reglas previstas en la Norma Superior. En consonancia, con lo advertido por el representante de la Procuraduría General de la Nación, para la Corte este artículo busca armonizar la puesta en marcha del PNER con las normas constitucionales.

La Corte encuentra que el artículo 7 del Decreto Ley es constitucional en tanto promueve la aplicación de la Constitución Política (artículo 4 de la CP). Ahora bien, la Cumbre Nacional de Mujeres y Paz solicita declarar la exequibilidad condicionada del artículo 7 para que en la

formulación e implementación del PNER se incluya el enfoque de género. Como se mencionó el enfoque de género hace parte integral del Acuerdo Final y debe ser tenido en cuenta por el Ministerio de Minas y Energía para el diseño y desarrollo del PNER. En tal sentido, la Corte concluye que frente al artículo 7 no se requiere un condicionamiento pues se trata de una armonización general con el texto constitucional y la objeción planteada ya fue analizada por la Corte Constitucional en el artículo 2.

3.8. Artículo 8. Vigencia

3.8.1. Intervenciones

No se presentaron intervenciones puntuales sobre este artículo.

3.8.2. Concepto del Procurador General de la Nación

La fórmula que acogió el artículo 8 del Decreto Ley 884 de 2017 para fijar su vigencia, precisa el Ministerio Público, ha sido tradicionalmente admisible, al prever que el mismo produce efectos a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 56 de 1981, tal como se había señalado anteriormente, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.

3.8.3. Análisis constitucional

El artículo 8 del Decreto Ley 884 de 2017 dispone la vigencia del Decreto Ley. En particular, establece que el Decreto regirá a partir de su publicación, que modifica la Ley 56 de 1981 y que deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.

Para la Sala este artículo guarda armonía con la Constitución Política. Como lo pone de presente el Ministerio Público, se trata de una fórmula usual al final de las leyes para determinar el momento en que se aplicará, su compatibilidad con normas vigentes y si hay lugar a derogar, explícita o implícitamente, normas que contradicen la nueva normatividad. En tal sentido, el contenido del artículo 8º no ofrece ningún reparo frente al texto constitucional y la Corte declarará su exequibilidad.

4. Síntesis de la decisión

De acuerdo con las reglas que la Corte Constitucional ha venido construyendo alrededor del estudio de constitucionalidad de los decretos leyes proferidos por el Gobierno Nacional en virtud de la habilitación conferida por el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016, el estudio realizado sobre el Decreto Ley 884 de 2017 tuvo por presupuesto la necesidad de controlar tanto el procedimiento de formación como el contenido material, bajo el marco normativo derivado de la Carta Política y el contextual propio de un escenario transicional.

En principio, se verificó la inexistencia de un vicio de procedimiento en la formación del Decreto Ley, atendiendo a dos grupos de defectos: formales y competenciales. En relación con los primeros, se concluyó que el acto (i) se profirió por quienes, para el caso concreto, conforman el Gobierno Nacional, esto es por el Presidente de la República y el Ministro de Minas y Energía, cumpliendo con la regla prevista en el artículo 115 de la CP; (ii) fue debidamente titulado, y el título goza de coherencia frente a la normativa incorporada, satisfaciendo lo ordenado en el artículo 169 de la CP; (iii) expuso las facultades del Gobierno en virtud de las cuales se expidió; y, (iv) se motivó ampliamente.

También se concluyó que con la expedición del Decreto Ley 884 de 2017 no se incurrió en vicio competencial, dado que:

(i) Fue expedido el 26 de mayo de 2017, es decir, dentro de los 180 días siguientes a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2016;

(ii) Su contenido cumple con el requisito de conexidad objetiva, en razón a que la configuración del Plan Nacional de Electrificación Rural tiene un vínculo cierto, verificable y específico con el Acuerdo Final. Concretamente, dentro de los “Planes Nacionales para la Reforma Rural Integral”, eje del primer punto del Acuerdo Final “Hacia un nuevo Campo Colombiano: Reforma Rural Integral”, se incluyó el Plan en estudio como una de las necesidades relacionadas con la infraestructura y adecuación de tierras (1.3.1.3.).

(iii) Se cumplió con el requisito de conexidad estricta, por cuanto: (iii.1) el contenido del Decreto Ley se convierte en un instrumento para la satisfacción de la Reforma Rural en los términos concebidos por el Acuerdo Final; y, (iii.2) las disposiciones que conforman el Decreto Ley conducen a poner en marcha el Plan Nacional de Electrificación Rural, oportunamente y con aseguramiento financiero.

Se sostuvo, en consecuencia, que el Decreto Ley asegura parte de las medidas adoptadas dentro del Acuerdo Final, en el punto de Reforma Rural, y facilita otros de sus objetivos, como la presencia estatal en todo el territorio y la adopción de medidas para quienes han soportado de manera intensa el conflicto colombiano; y que, por lo tanto, entre el Decreto Ley 884 de 2017 y el Acuerdo Final existe un vínculo suficientemente justificado.

(iv) Se afirmó el cumplimiento de la necesidad estricta, teniendo en cuenta, de un lado, a la

relevancia de adoptar, en el marco de procesos de transición, medidas que excedan la finalización armada del conflicto; y, del otro, a que el asunto abordado promueve el cumplimiento de un deber constitucional a cargo del Estado, la satisfacción de un servicio público esencial. A continuación, se expuso la relación intrínseca existente entre el Plan Nacional de Electrificación Rural, los Programas con Enfoque Territorial y la sustitución de cultivos de uso ilícito, destacando que son medidas consideradas relevantes dentro del programa de implementación normativa y práctica.

(v) Por último, se sostuvo que el Plan Nacional de Electrificación Rural no obedece a una materia de aquellas que expresamente fueron excluidas de habilitación por el constituyente derivado en el artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2016, y sobre ella tampoco recae estricta reserva legal.

Superado lo anterior, la Sala analizó la presunta lesión del deber de consulta previa a las comunidades étnicamente diferenciadas, advirtiendo que en este caso no se evidenciaba la afectación directa de la medida legislativa. No obstante, se precisó que para la formulación del Plan bianual tal consulta sí era necesaria en aquellos casos en que se involucraran sus derechos; participación que debía ser activa y efectiva; y, garante de las previsiones constitucionales, como aquella establecida en el artículo 63 sobre los bienes pertenecientes a ellas.

En el análisis material la Corte concluyó que el articulado del Decreto Ley 884 de 2017 se ajusta a la Constitución Política. Específicamente, estableció que la elaboración y adopción del Plan Nacional de Electrificación Rural guarda armonía con los mandatos constitucionales que pretenden asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional (Art. 365 y ss. de la CP), así como otras normas de rango Superior relacionadas con la materia del Decreto Ley (Arts. 2, 58, 334, 345 de la CP).

En tal sentido, esta Corporación encontró que no contrariaba el texto constitucional: i) la definición contenida en el artículo 1 sobre de entidades competentes para formular y adoptar el Plan Nacional de Electrificación Rural; ii) la determinación de las finalidades a las que debe responder el PNER dispuesta en el artículo 2; iii) la articulación de los mecanismos de financiación del PNER prevista en el artículo 3; iv) la aplicación de la Ley 1682 de 2013 consagrada en el artículo 4; v) la modificación de la Ley 56 de 1981 contemplada en el artículo 5; vi) los mecanismos de participación ciudadana en relación con la formulación del PNER contenidos en el artículo 6; vii) la aplicación del Decreto Ley con sujeción a la Constitución Política dispuesta en el artículo 7; y viii) la vigencia del Decreto Ley definida en el artículo 8.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE el Decreto Ley 884 del 26 de mayo de 2017, “Por el cual se expiden normas tendientes a la implementación del Plan Nacional de Electrificación Rural en el marco del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”.

Presidente

Con salvamento de voto

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con salvamento de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento de voto

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Impedimento aceptado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con aclaración de voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con aclaración de voto

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e.)

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA C-565/17

Referencia: Expediente RDL-019

Magistrada Ponente: Diana Fajardo Rivera

En atención a la decisión adoptada por la Sala Plena el día 8 de septiembre de 2017, referida al Expediente No. RDL-019, de la cual me aparté, a continuación presento las razones en las que se funda mi Salvamento de Voto:

1. El principio de necesidad estricta es, a mi juicio, un elemento central en el control constitucional de los Decretos Leyes expedidos en virtud de las Facultades Presidenciales para la Paz. Su relevancia jurídica radica en que la habilitación legislativa que se otorga al Ejecutivo, en un Estado constitucional y democrático de derecho, es limitada, excepcional y extraordinaria; sin que el contexto transicional en el que hoy se enmarca deba ameritar, en modo alguno, una aproximación en sentido diferente, si bien introduce matices que pueden hacer más flexible este control.

Ya sea que se trate, según las variaciones del precedente de esta Corporación, de un requisito material, sustantivo o competencial, lo que la exigencia de necesidad estricta protege es nada menos que los principios de separación de poderes, frenos y contrapesos y la vigencia misma del modelo constitucional democrático.

Como es bien sabido, este requisito exige, de parte del Gobierno Nacional, una argumentación cualificada que tenga el poder de acreditar: i) que la medida de implementación del Acuerdo Final, por vía del Decreto Ley, es, en el caso concreto, urgente e imperiosa; y ii) que las vías del procedimiento legislativo, ordinario o incluso fast track, no son idóneas para tales efectos. En suma, que no es objetivamente posible, a través de los canales deliberativos (amplios y comunes o abreviados y excepcionales) del Congreso de la República, la implementación de un puntual aspecto del Acuerdo de Paz. El incumplimiento de estas cargas conlleva, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la inexequibilidad de la norma en cuestión.

Naturalmente, la vinculatoriedad de este precedente judicial nos debe recordar, aunque a veces ello se pase por alto, que no todas las materias que componen el Acuerdo Final pueden ser implementadas por decreto presidencial, aún bajo las facultades extraordinarias en cuya virtud estos cuentan con fuerza de ley. Hay asuntos, en aquel extenso y complejo entramado de páginas, que no solo no son, necesariamente, de urgente aplicación, sino que tocan elementos estructurales de política pública que demandan un amplio debate democrático.

La tesis contraria, esto es, que cada tópico del Acuerdo sería urgente y excepcional per se, y podría cobrar vida jurídica a través de los Decretos Leyes, implicaría, como lo ha sostenido la Corte, un sacrificio inaceptable del principio democrático.

2. El Decreto Ley 884 de 2017, que desarrolla el Plan Nacional de Electrificación Rural (PNER), regula un aspecto muy puntual del “Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. Desde mi punto de vista, el Gobierno no logró justificar razonablemente la viabilidad de acudir, para ello, al mecanismo excepcional de las Facultades Presidenciales para la Paz, en desmedro de la deliberación democrática que ofrecían otras vías. Queda la sensación de que, para la Sala Mayoritaria, este es un aspecto formal y secundario, en el que no debe profundizarse. Pero resulta que es esencial.

Es plausible sostener que, prima facie, el PNER tiende a la realización de un cúmulo de derechos sociales, al combate de la pobreza rural y a la corrección de injusticias históricas en sectores afectados por el conflicto que nunca contaron con una infraestructura de servicios públicos. Puede decirse que es, además, desarrollo del Acuerdo Final (particularmente, del punto 1.3.1.3).

Sin embargo, nada de ello justifica, per se, la necesidad de acudir a esta específica vía (el

Decreto Ley), ni explica por qué el procedimiento legislativo, incluso en su versión abreviada, no resultaba suficiente. Lo anterior, más allá de la necesidad general, que no se discute, de satisfacer derechos a través de la prestación del servicio público de electricidad.

Ahora bien, existe un argumento, mencionado en la sentencia tan solo tangencialmente, sobre la necesidad de llevar el Estado a aquellas zonas rurales afectadas por el conflicto que jamás lo han tenido, con miras a generar la fortaleza institucional y cohesión social necesarias para que, brindada esa protección, sea más difícil que otros grupos armados ilegales entren a ocupar dichos lugares.

La primera pregunta que surge consiste, no obstante, en si todos los aspectos que componen el Estado Social de Derecho pueden ser llevados a cada rincón del país que ha sufrido el conflicto, a través de una normativa excepcional que: i) supone una afectación considerable de la democracia deliberativa, ii) está pensada para regular proyectos de infraestructura ambiciosos y de largo aliento, y iii) opera en desmedro de una vía de producción legislativa que, sin dejar de ser abreviada, garantiza la discusión parlamentaria de temas con hondas implicaciones en términos presupuestarios e institucionales.

3. Con todo, debe decirse que, aunque el objetivo del Decreto examinado sea, según la forma en que ha sido sustentado, la conexión eléctrica de zonas afectadas por el conflicto, dicha consideración se queda, al final, en una mera abstracción sin fundamento empírico. No se presentan, verbigracia, datos específicos sobre los territorios golpeados por el conflicto armado que requieren la intervención urgente del Estado, ni se ofrece, cuando menos, una explicación sobre las zonas que no cuentan con energía eléctrica debido a la ausencia de infraestructura como consecuencia de la confrontación.

Lo que se observa es, por el contrario, la finalidad de regular, de manera general, la infraestructura eléctrica rural de zonas conectadas e interconectadas del país, sin distingos del impacto que estos problemas han tenido en el desarrollo de la guerra; y a través, nada menos, que de un Decreto del Ejecutivo.

4. En suma, la decisión mayoritaria, de este puntual tópico (la acreditación de la necesidad estricta) enviaría el mensaje de que, para la Corte Constitucional, está justificada la implementación de cualquier aspecto del Acuerdo Final, en este caso, la regulación profunda de servicios públicos, y en fin, todo lo que implique el enfrentamiento general del posconflicto, por vía de Decreto Ley; y ello no es así. Antes bien, es garantizando el respeto por el ordenamiento constitucional, las competencias establecidas por este y los pilares de la democracia deliberativa, que se puede asegurar una implementación jurídica oportuna y sólida de la transición política.

Con el debido respeto,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA C-565/17

DECRETO LEY MEDIANTE EL CUAL SE EXPIDEN NORMAS TENDIENTES A LA IMPLEMENTACION DEL PLAN NACIONAL DE ELECTRIFICACION RURAL EN EL MARCO DEL ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACION DEL CONFLICTO Y LA CONSTRUCCION DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA-
Se imponía declaratoria de inexequibilidad (Salvamento de voto)

PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES-Importancia para la democracia (Salvamento de voto)/PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES-Constitucionalización (Salvamento de voto)/PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES-Contenido y alcance (Salvamento de voto)/PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES-Modelos (Salvamento de voto)/PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES-Núcleo funcional (Salvamento de voto)/PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES-Jurisprudencia constitucional (Salvamento de voto)

FUNCION JURISDICCIONAL-Objeto (Salvamento de voto)

[L]a función jurisdiccional que ofrece el Estado tiene como finalidad la preservación del orden social establecido en el ordenamiento jurídico, mediante la garantía de justicia a través de órganos especializados en dicha labor.

PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL-Condición y presupuesto de la administración de justicia (Salvamento de voto)/PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL-Componente medular del ordenamiento constitucional (Salvamento de voto) /PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL-Dimensiones (Salvamento de voto)/PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL-Instrumentos internacionales de protección (Salvamento de voto)

LENGUAJE-Características (Salvamento de voto)

LENGUAJE LEGAL-Relevancia constitucional (Salvamento de voto)/LENGUAJE-Importancia/LENGUAJE-Alcance (Salvamento de voto)

La utilidad del lenguaje trasciende el escenario típicamente comunicativo, en el que se orienta al intercambio de pensamientos e ideas, en el marco de la literalidad de lo expresado por la nomenclatura de cada palabra y por la gramática de cada frase. La palabra no se reduce al signo y a su funcionalidad gramática, sintáctica o a su utilización práctica, en la medida en que no solo atiende a su significado concreto, sino a la función que se predica de ella en una oración o al contexto en el que se emite o se recibe.

JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD-Abstracto y objetivo (Salvamento de voto)

CORTE CONSTITUCIONAL-Lealtad a la Carta Política en contextos de transición (Salvamento de voto)

Conforme a lo expuesto, la labor que realizan las cortes constitucionales especialmente en escenarios de posconflicto, debe estar revestida del mayor grado posible de independencia, el cual se expresa como se anotó previamente en la ausencia de injerencias o presiones externas, así como de una labor de introspección judicial interna, que se materializa en las decisiones que adopta y en las razones que sustentan sus pronunciamientos, de ahí la importancia de la argumentación y del lenguaje utilizado en los mismos, puesto que son la concreción de la función de administrar justicia y constituyen un poderoso instrumento de legitimación institucional que impacta de forma directa en la confianza de los ciudadanos.

LENGUAJE-Concepto según la doctrina (Salvamento de voto)/LENGUAJE-Funciones

(Salvamento de voto)

LENGUAJE OFICIAL-Alcance (Salvamento de voto)

La simple lectura de la providencia de la cual salvo mi voto muestra que se apoyó en un lenguaje gubernamental que debe ser ajeno a los procesos de argumentación jurídico-constitucional que realiza este Tribunal, con lo cual se distorsiona la realidad sobre la independencia judicial con la que la Corte ejerce las funciones definidas en el Texto Superior.

PROCESO DE CONSTITUCIONALIDAD-Intervención ciudadana (Salvamento de voto)

[L]a concretización de los contenidos de la Carta exige la creación de escenarios dialógicos, en especial en la labor de adjudicaciones contenidas en la Carta, realizada por la Corporación dispuesta para tal fin. Este escenario no solo representa un instrumento de participación activa de los ciudadanos y la sociedad civil como sujeto colectivo, sino que además, determina en gran medida, la legitimidad, la eficacia y la validez de las decisiones judiciales que puedan adoptarse en tal sentido.

PROCESO DE CONSTITUCIONALIDAD-Perspectiva socrática, dialógica, participativa y deliberativa (Salvamento de voto)

DECRETOS EXPEDIDOS EN VIRTUD DE FACULTADES OTORGADAS POR ACTO LEGISLATIVO 1 DE 2016-Verificación de los requisitos de necesidad estricta y conexidad (Salvamento de voto)

REQUISITO DE NECESIDAD EXTRICTA-Falta de acreditación (Salvamento de voto)

SERVICIO PUBLICO DE ENERGIA-Falta de elementos que permitan identificar los territorios que requieren una intervención urgente del Estado (Salvamento de voto)

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Vulneración (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente RDL-019

Revisión oficiosa de constitucionalidad del Decreto 884 del veintiséis (26) de mayo de 2017
“Por el cual se expiden normas tendientes a la implementación del Plan Nacional de Electrificación Rural en el marco del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.”

Magistrada Sustanciadora

DIANA FAJARDO RIVERA

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento a continuación las razones que me conducen a salvar mi voto en la decisión adoptada por la

Sala Plena en sesión del 14 de agosto de 2017, que por votación mayoritaria profirió la sentencia C-565 de 2017, de la misma fecha.

La providencia de la que me aparto, declaró exequible el Decreto 884 del 26 de mayo de 2017 “Por el cual se expiden normas tendientes a la implementación del Plan Nacional de Electrificación Rural en el marco del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.”

Las líneas argumentativas que sustentaron la sentencia de la referencia gravitaron en torno a: i) el deber del Estado de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional; ii) El servicio público de energía eléctrica; iii) la prestación del servicio público de energía eléctrica en Colombia; iv) los contenidos del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera relacionados con la prestación del servicio público de energía eléctrica; v) el alcance del control constitucional de los decretos leyes expedidos en virtud de las facultades presidenciales para la paz; vi) el examen sobre el cumplimiento de los requisitos de forma y competencia en la expedición del Decreto Ley 884 de 2017; vii) el estudio de constitucionalidad material del articulado del Decreto Ley 884 de 2017; y, finalmente, viii) la decisión de declarar exequible la norma objeto de control automático.

En este salvamento de voto me aparto de la decisión y de la argumentación que sustenta las partes considerativa y resolutive de la sentencia proferida por la Sala Plena, especialmente en relación con: i) el lenguaje judicial como expresión de los principios de separación de poderes y de independencia de la Corte; ii) los aspectos metodológicos y formales en especial el papel de los intervinientes en los procesos de control previo y automático de constitucionalidad y la falta de acreditación del requisito formal de necesidad estricta que justifique la expedición del cuerpo normativo analizado; iii) la inexequibilidad de los artículos 3º, 4º y 5º de la citada normativa; iv) la inobservancia de la obligación de garantizar el enfoque étnico de las disposiciones mediante la efectividad de la consulta previa; y, v) la

ausencia de fundamentación de la integración de la unidad normativa con el artículo 25 de la Ley 56 de 1981 y de decisión en la parte resolutive de la sentencia.

El Lenguaje judicial utilizado como fundamento de las sentencias de constitucionalidad representa la independencia del ejercicio de la jurisdicción por parte de la Corte.

La sentencia de la cual me aparto sustentó la decisión de declarar la constitucionalidad del decreto 884 de 2017, en la necesidad de que este Tribunal debe ser “(...) sensible a los elementos asociados al proceso transicional”. Este fundamento, como se verá más adelante, es ajeno al proceso de argumentación lógico y jurídico constitucional que adelanta la Corte, tiene una fuerte carga política y de conveniencia y además, hace parte del lenguaje utilizado por el Ejecutivo para justificar sus planes de gobierno, por lo que su uso en las decisiones de revisión de constitucionalidad de los actos que expide el Presidente de la República, en el marco de las facultades extraordinarias conferidas para la implementación del Acuerdo de Paz suscrito entre aquel y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia -FARC-, podría proyectar una realidad distorsionada de la labor que realiza esta Corporación y desconoce los principios de separación de poderes y de independencia judicial de la Corte.

El principio de separación de poderes, la garantía del ámbito nuclear, la función jurisdiccional y la importancia de los roles institucionales.

Los modelos históricos continental y americano.

El principio de separación de poderes es uno de los pilares fundamentales del modelo actual de estado democrático y de derecho. Para un sector de la doctrina se trata de un concepto

político que hace depender el grado de potestad, y la fuerza de los actos que realizan las autoridades estatales, de su régimen de organización y de las condiciones en las cuales ejercen su actividad.

ARISTÓTELES distinguía en la República tres (3) operaciones principales: i) la deliberación; ii) el mando; y iii) la justicia. Esta distinción correspondía a la organización política vigente para aquel momento, la cual comprendía a la Asamblea General o Consejo encargado de deliberar sobre los asuntos más importantes; a los magistrados y finalmente los tribunales. Sin embargo, esta aproximación no pretendía establecer un reparto de funciones fundado en la distinción de objetos que corresponden a cada una.

De otra parte, LOCKE, una vez finalizó la revolución gloriosa de 1688, identificó la existencia de cuatro (4) potestades: i) el poder legislativo que presenta como preponderante; ii) el poder ejecutivo que está subordinado al legislativo; iii) el poder federativo encargado de dirigir las relaciones con el extranjero; y iv) la prerrogativa, entendida como el conjunto de poderes discrecionales que conservaba en aquella época el monarca inglés.

No obstante, la teoría moderna de la separación de poderes en Europa fue desarrollada por MONTESQUIEU, quien se apartó de un simple discernimiento abstracto y racional de las funciones del Estado, para trascender hacia la separación del ejercicio de ciertas funciones entre titulares diferentes. En otras palabras, lo que pretendió fue elaborar una teoría de separación orgánica de poderes a modo de principio general fundamental de la debida organización de los mismos en cualquier Estado ordenado. En suma, separó las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, para entregárselas a órganos diferentes.

En su obra “El espíritu de las leyes” el citado autor expresó: “Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder se ve llevado a abusar del mismo: va hacia adelante hasta que tropieza con límites (...) para que no se pueda abusar del poder, es preciso que, por la

disposición de las cosas, el poder detenga al poder.”

Para GARCÍA PELAYO la teoría propuesta por MONTESQUIEU contiene un fuerte valor ideológico, pues la separación técnica y orgánica de las funciones del Estado tiene como propósito la preservación de la libertad individual.

Bajo esa perspectiva, el poder judicial debía estar separado del legislativo y del judicial pues aquel podría apartarse de la ley, cambiarla según su capricho y convertirse en una potestad arbitraria sobre la vida y la libertad.

No obstante, en el trasfondo de la teoría planteada por el autor en mención, el poder judicial se evidenciaba como el más débil de los 3, puesto que en algunos apartados de su obra lo entiende como una dependencia de la ejecución de las leyes. En efecto, señaló que: “(...) los jueces de la nación no son más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes.”, por lo que su labor quedaba relegada a la exclusiva resolución de conflictos intersubjetivos y su dependencia orgánica del ejecutivo impedían configurar un auténtico juez-guardián, que sirviera de límite a los otros poderes, pues simplemente ejercía su labor mediante un proceso lógico-racional de aplicación y ejecución de la ley, es decir, se encontraba en la base de la organización estatal como un poder autómatas que se limitaba a aplicar las normas generales a los casos concretos que debían resolver.

En efecto, MONTESQUIEU aplicó indistintamente el concepto de potestad ejecutiva tanto al gobierno como al judicial, pues al primero le asignó la “potestad ejecutiva de las cosas que dependen del derecho de gentes”, mientras que al segundo le consagró la “potestad ejecutiva de las cosas que dependen del derecho civil”.

Por su parte, el modelo constitucional americano planteó un modelo de separación de poderes diferente al europeo, pues la articulación de las funciones del Estado y sus órganos ya no respondía a la protección de los peligros del absolutismo monárquico, sino a los riesgos de las mayorías democráticas. Conforme a lo expuesto, el sistema de cheks and balance no respondía a una articulación rígida ni de estructura jerarquizada, sino de control recíproco entre los distintos órganos que ostentaban un determinado poder, en el que el límite del judicial al legislativo y en ocasiones al ejecutivo cuando se presentan escenarios de presidencialismo fuerte, se consideraba la esencia liberal del Estado. Esta forma de organización aspecto que fue consagrado en la Declaración del Buen Pueblo de Virginia de 1776, en las constituciones de Maryland, de North Carolina, de Pensilvania, de Vermont, de Nueva York, de Massachusetts, y finalmente en la Convención de Filadelfia.

La separación de poderes y la función judicial en el siglo XX.

La importancia del papel del poder judicial en la estructura estatal se incrementó en el siglo XX, específicamente después de la Segunda Guerra Mundial, momento en el que se fortaleció la garantía funcional de la independencia jurisdiccional, que le permitiría el ejercicio de un control más eficaz sobre el Ejecutivo y el Legislativo, específicamente cuando se institucionaliza el deber superior de revisar la constitucionalidad de las leyes.

Así, el principio de separación de poderes y su dimensión como mecanismo de frenos y contrapesos, empezó su inclusión en ordenamientos constitucionales avanzados, inclusive en Europa. En efecto, el Tribunal Constitucional Alemán estableció que el mencionado principio tiene un innegable contenido político, puesto que busca evitar la absolutización del poder, por tal razón es decisivo dentro del orden constitucional establecido por la Ley Fundamental, y no implica la separación absoluta de los poderes, sino que atiende a una concepción de contención recíproca entre los mismos.

En suma, el principio de separación de poderes encuentra sus cimientos en el modelo

histórico continental, que en su época moderna tiene su principal exponente en MONTESQUIEU, en la que se establecía una diferenciación rígida de las funciones del Estado y los órganos encargados de ejercerlas. Ahora bien, el poder judicial fue concebido e identificado de manera formal y orgánica como independiente, pero en el trasfondo de su teoría se presentó como un poder débil y dependiente del legislativo y/o el ejecutivo, pues fue considerado como la boca muda que aplica y ejecuta la ley.

De otra parte, el modelo americano comprendió el principio de separación de poderes desde la perspectiva de los checks and balances, con una participación más protagónica de la jurisdicción, que se extendió a toda Europa después de la segunda guerra mundial y que se fortalece desde la garantía de su independencia y la moderna función de revisar la constitucionalidad de las leyes.

La constitucionalización del principio de separación de poderes.

El desarrollo del principio general de separación de poderes implicó su inclusión en los textos constitucionales, como una respuesta a la necesidad de formular y formalizar el orden fundamental de la sociedad en un texto Político. Es así como el artículo 16 de la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789, prescribe que: “Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.”

En ese orden de ideas, LOEWENSTEIN planteó la idea de que una Constitución es aquel documento específico que contiene un sistema cerrado de leyes fundamentales de la sociedad estatal, que inspiradas en un telos ideológico determinado, tiene como principal propósito doblegar la arbitrariedad de un detentador del poder único. En otras palabras:

“(...) el Leviatán, para usar una figura de la época, tuvo que ser domado; su soberanía, hasta entonces monolítica, fue dividida en diversas secciones o departamentos, asignado a cada una de las partes una actividad estatal especial. Esto constituyó el principio de la independencia funcional, que supuso elevar a la categoría de órgano estatal independiente o detentador del poder lo que en sí no era sino un segmento del orden total. La unidad orgánica del Estado fue entonces reestablecida al combinar conjuntamente a estos detentadores del poder autónomos e independientes en la formación de la voluntad estatal.”

Por tal razón, el citado autor expuso los mínimos irreductibles que identifican el contenido material de una Constitución, específicamente la necesidad de incluir el principio de separación de poderes, de la siguiente manera:

- a. a. La diferenciación de las diversas tareas estatales y su asignación a distintos órganos para evitar la concentración del poder en un único y autocrático detentador del mismo.
- b. La consagración de un mecanismo que establezca la cooperación de los diversos detentadores del poder, en forma de frenos y contrapesos.

En conclusión, las Constituciones modernas han incluido en sus textos el principio de separación de poderes, el cual ya no es concebido de manera rígida como en el modelo europeo de MONTESQUIEU, sino que se han establecido mecanismos de cooperación inter-orgánica que efectiviza el concepto de frenos y contrapesos.

El ámbito nuclear (Kernbereichslehre) como garantía del principio de separación de poderes.

El mecanismo de frenos y contrapesos inherente al principio de separación de poderes, si bien permite la interacción de los órganos que detentan las funciones estatales, debe garantizar la atribución de un determinado núcleo funcional en el que no sean permisibles intromisiones por parte de terceros.

Para el Tribunal Constitucional Alemán existe un ámbito nuclear funcional reservado de forma exclusiva a cada uno de los poderes del Estado, el cual debe garantizarse ante los entrecruzamientos necesarios entre las distintas autoridades, que se realizan para permitir el correcto funcionamiento del sistema estatal.

De esta manera, el ámbito nuclear determina los límites de los entrecruzamientos de los poderes, puesto que, bajo ninguna circunstancia las interacciones pueden ser tan amplias e intensas que desfiguren el ámbito de la función estatal afectada. En otras palabras, el principio de separación de poderes se verá afectado cuando en beneficio de una autoridad, se produce la intromisión en el kernbereich esencial de otro órgano del Estado, encargado de una función diferente. También se afecta el núcleo funcional cuando el órgano o la autoridad renuncian o desconocen los elementos esenciales del ejercicio de su labor dentro del complejo andamiaje del Estado en favor de otro de los poderes públicos.

El principio de separación de poderes en nuestro ordenamiento constitucional y en la jurisprudencia de la Corte.

El artículo 113 de la Constitución consagró el principio de separación de poderes y la necesaria colaboración armónica entre los mismos en los siguientes términos:

“Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

En la sentencia C-285 de 2016, la Corte expresó que el principio de separación de poderes obedecía a dos requerimientos básicos: i) la necesidad de limitar el poder para evitar la concentración de autoridad que se produce en los regímenes que desconocen el principio democrático y republicano; y, ii) la garantía de los derechos y libertades fundamentales y la eficacia del Estado, mediante la diferenciación y especialización de las funciones estatales y su asignación a órganos separados e independientes.

Conforme a lo expuesto, continua la sentencia citada, el principio de separación de poderes exige de una parte, la identificación de los roles estatales y su asignación a cada una de las ramas y órganos que lo componen de manera exclusiva y excluyente; y de otra, la independencia y la autonomía de las autoridades a las que la Constitución le atribuyó las funciones esenciales del Estado, es decir, la ausencia de injerencias externas en el desarrollo de los cometidos constitucionales de cada función y la capacidad para desenvolverse y desplegar sus actividades por si solos.

En suma, la Corte ha expresado que la eficacia del principio de separación de poderes radica, entre otras, en la garantía de la independencia de los órganos que tienen a su cargo el ejercicio de la correspondiente función estatal, aspecto que configura el ámbito nuclear de la autoridad encargada de la misma.

La función jurisdiccional y el principio de independencia judicial.

El Estado de Derecho, entendido en su concepción moderna, responde a la necesidad de que la actividad política, comprendida en términos de WEBER como lucha entre grupos por alcanzar esferas de poder, tiene como finalidad consolidar un sistema de normas que converge sobre la idea de justicia. Es decir, permite la trasmutación de los fenómenos de poder en derecho, específicamente de la actividad política, pues una vez es cristalizada en forma jurídica, queda sometida a las reglas normativas, en un esfuerzo por reducir las esferas inmunes al derecho y por ende al control jurisdiccional.

No obstante, en el proceso de formación y cumplimiento del derecho pueden presentarse situaciones de anormalidad, de infracción, duda, o en términos de ACKERMAN “Impasses”, que ponen en riesgo la estructura social que el ordenamiento jurídico pretende alcanzar. La necesidad de resolver dichas situaciones determina la existencia de la función jurisdiccional en el Estado, con la cual se efectúa la reparación, se sanciona la infracción, se declara la verdad legal y se restablece el orden jurídico afectado.

Para tal efecto, el Legislador ha establecido un aparato judicial con la capacidad de conocer la especialidad de cada conflicto en atención a su materia y con la configuración de campos de decisión judicial que están regidos por normas y reglas interpretativas que pueden ser singulares y que están fundamentadas en principios y que permiten entender las relaciones jurídicas puestas a su conocimiento.

Esta Corporación en sentencia C-039 de 1996, expresó que el objetivo de la función judicial en un Estado de Derecho es el de impartir justicia a través de diferentes medios, como la resolución de los conflictos entre particulares, o entre estos y el Estado, los castigos a las infracciones de la ley penal, y además, la defensa del principio de legalidad.

El principio de independencia judicial.

La función jurisdiccional y el principio de independencia judicial son elementos inescindibles y constituyen una exigencia del moderno Estado Constitucional de Derecho, pues su vinculación se fundamenta en la necesidad de acabar con la sumisión de los jueces al Ejecutivo en el ejercicio de su labor.

De esta manera, la independencia de la jurisdicción contiene un significado jurídico-político autónomo que incide de forma directa en la configuración del Estado de Derecho y del sistema de fuentes, lo que requiere la ausencia de subordinación y de indebidas injerencias en la labor de administrar justicia por parte de los otros poderes del Estado, específicamente del Ejecutivo y del Legislativo, de las partes que están enfrentadas en el proceso, los actores sociales u otros organismos que puedan afectarla.

Para FISS El concepto de independencia tiene una naturaleza relacional, puesto que se utiliza para caracterizar las interacciones del poder judicial con otras instituciones o agencias. Se trata de un juez que no se encuentra bajo la influencia o el control de otra autoridad, de las partes o de terceros.

Se trata de un concepto que también se refiere a la libertad de los jueces para ejercer sus funciones, para decidir los casos concretos sin tener en cuenta los deseos o las presiones de otros actores estatales al igual que de diferentes grupos sociales de poder. De esta manera, la libertad debe ser tanto estructural como cultural, en el sentido de que los jueces deben contar con mecanismos de protección formal que puedan ser invocados contra amenazas a su independencia, así como instrumentos de garantía frente a valores informales coyunturales y tradiciones que se encuentren inmersas en la sociedad.

El mencionado principio no constituye un fin en sí mismo, sino que tiene una naturaleza instrumental, pues con él se persigue el cumplimiento de un conjunto amplio de fines entre los que se encuentran: i) la exclusividad en el ejercicio de la función judicial; ii) la garantía del principio de separación de poderes; iii) el sometimiento del operador jurídico al derecho, es decir, la aplicación de las normas jurídicas únicamente con fundamento en el imperio de la ley; iv) la administración de justicia con base en el principio de imparcialidad; v) la defensa de la Constitución; vi) la eficacia de los derechos fundamentales; y, vii) el control de los demás poderes públicos.

La Corte en la sentencia C-037 de 1996 manifestó que la independencia hace referencia a que los funcionarios encargados de administrar justicia no estén sometidos a presiones, insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, incluida la propia rama judicial.

La idea de independencia judicial, según DIEZ-PICAZO, esta relacionada con dos aspectos: i) la preocupación del constitucionalismo de garantizar el hecho de que la función jurisdiccional constituya más que una actuación puramente mecánica y predeterminada en todos sus extremos, pues las resoluciones judiciales añaden algo a las previsiones normativas; y, ii) su naturaleza de instrumento de legitimación política del Estado de Derecho, puesto que la percepción por parte de los ciudadanos de que sus jueces actúan con independencia es una de las circunstancias necesarias para que asuman y aprecien los valores en que se funda su organización social y jurídica, es decir “(...) no basta que se haga justicia, sino que ésta debe ser vista”.

La independencia judicial tiene dimensiones negativas y positivas. Las primeras se refieren a la necesidad de evitar distintas fuentes de coerción y lealtades, mientras que las segundas la conciben como un criterio de interpretación y buscan garantizar la aplicación del derecho y todas sus fuentes para la resolución de un caso concreto. Dentro de las negativas se encuentran las siguientes:

* Personal: que se refiere al conjunto de características de la posición o status constitucional del juez, que lo protegen de eventuales presiones de los órganos estatales de naturaleza política como el Congreso y el poder Ejecutivo. En otras palabras, buscan evitar que entidades públicas puedan influir directa o indirectamente en la manera en que el juez ejerce su función. Dentro de las garantías constitucionales dispuestas para tal fin se encuentran: i) periodos fijos de ejercicio; ii) salarios estables y dignos; iii) la carrera judicial que establezca el sistema de ingreso y ascenso; iv) la existencia de un régimen de incompatibilidades e inhabilidades; y, v) un marco legal claro en materia disciplinaria y de evaluación que eviten el ejercicio discrecional y arbitrario del control a su función.

- Institucional: la cual busca proteger a la judicatura en su conjunto frente los demás poderes del Estado mediante el reconocimiento y respeto por un presupuesto judicial adecuado y competencias no intervenidas en materia de administración judicial, entre otras.

La dimensión positiva considera a la independencia judicial como un principio de argumentación y de decisión, es decir, se proyecta en la manera en que los jueces razonan y sustentan sus fallos al momento de resolver una situación particular puesta a su conocimiento.

Esta faceta de la independencia, se aparta de la dimensión negativa-formal y se ocupa de la forma en que el juez cumple con la función encomendada por el Estado, mediante un ejercicio de introspección del funcionario, en el que se logre la construcción de la independencia judicial a través de un proceso dinámico interno, que le permita a los jueces entender y valorar su papel social, defender su espacio de acción y justificar la ampliación en muchos casos de sus competencias, aun en situaciones cada vez más cercanas a la decisión política. Solo bajo la anterior premisa, será posible que el juez conciba y tome conciencia de su acción social a partir de la cual defienda su independencia.

Conforme a lo expuesto, el principio de independencia tiene dos caras, de una parte constituye una garantía para el ejercicio de la función judicial y de otra, el deber de preservar las decisiones jurisdiccionales de las influencias extrañas al derecho provenientes del sistema social.

De esta suerte, el gran reto para la independencia de los jueces es de interiorizar las implicaciones del ejercicio de su función en un contexto en el que no solo está agotada la imagen formalista del derecho, sino que se han producido transformaciones en los ordenamientos jurídicos que han permitido el tránsito hacia el estado constitucional, al cual deben responder mediante la argumentación racional de sus decisiones.

Se trata de un deber de independencia que resalte el concepto de “buen juez” desarrollado por ATIENZA, es decir, el funcionario que no simplemente cumple con ciertas normas de conducta (y no incurre en responsabilidad penal, civil o disciplinaria), sino el que ha desarrollado profesionalmente ciertos rasgos de carácter que constituyen las virtudes judiciales, específicamente la autorrestricción y la modestia.

Por su parte, para FAVOREU en el escenario de la independencia, surge adicionalmente, lo que el denomina un deber de ingratitud, puesto que:

“Lo importante aquí es que las autoridades que nombran los jueces creen que estos jueces (sic) representan su tendencia. Es importante, porque van a ser controlados, las fuerzas políticas, serán controladas por jueces (los contralores) que les dan confianza. Las fuerzas políticas creen que los jueces los representan en los tribunales constitucionales. Pero cuando son nombrados, los jueces son independientes en todos los sistemas. Se dice que tienen un deber de ingratitud y es frecuente que los jueces nombrados por ciertas autoridades tienen después comportamientos diferentes a los de la autoridad que los ha nombrado.” (Negrilla fuera de texto)

En ese sentido, UPRIMNY expone el deber de ingratitud en el caso práctico del juez Robert Badinter, al expresar que:

“Esta idea de que un buen juez constitucional tiene un “deber de ingratitud” hacia quienes lo nombraron fue formulada por Robert Badinter, cuando fue elegido en 1986 por el presidente Mitterrand como presidente del Consejo Constitucional francés, que es un órgano semejante a la Corte Constitucional en Colombia. Y efectivamente, durante su período de nueve años en el Consejo Constitucional, Badinter ejerció con entereza ese deber de ingratitud.

Badinter tenía lazos previos fuertes con Mitterrand, pues no sólo le había acompañado en sus campañas presidenciales, sino que había sido su ministro de Justicia entre 1981 y 1986; y fue además un ministro estrella, pues impulsó una de las reformas más notables de ese primer gobierno de Mitterrand, que fue la abolición de la pena de muerte. Pero esos vínculos estrechos anteriores no impidieron a Badinter mantener, como juez constitucional, una clara independencia frente a Mitterrand.”

En este punto resulta importante la sentencia C-037 de 1996, en la que la Corte expresó:

“(…) el hecho de que alguna otra rama del poder público participe en la designación de algunos funcionarios judiciales -como es el caso del Senado y del presidente de la República en la elección de los magistrados de la Corte Constitucional- o que colabore en el buen funcionamiento de la administración de justicia -mediante el concurso económico, logístico o material- no significa, ni puede significar, que se le otorgue facultad para someter la voluntad y la libre autonomía del juez para adoptar sus decisiones. En igual sentido, debe decirse que la independencia se predica también, como lo reconoce la disposición que se estudia, respecto de los superiores jerárquicos dentro de la rama judicial. La autonomía del juez es,

entonces, absoluta. Por ello la Carta Política dispone en el artículo 228 que las decisiones de la administración de justicia “son independientes”, principio que se reitera en el artículo 230 superior cuando se establece que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”, donde el término “ley”, al entenderse en su sentido general, comprende en primer lugar a la Constitución Política.”

En conclusión, el principio de independencia es una garantía inescindible para el ejercicio de la función judicial. Tiene dos dimensiones una negativa y otra positiva, con las que se pretende asegurar la ausencia de injerencias externas en la toma de decisiones por parte de los jueces.

La faceta positiva del mencionado principio configura un paradigma de interpretación del juez y constituye un deber atribuible al funcionario para que sea consciente de su acción social y la obligación de justificar razonadamente sus decisiones, sin que pueda desconocer el mandato de ingratitud inherente a su cargo.

Las garantías de protección de la intendencia judicial en los sistemas universal y regional.

La importancia del principio de independencia judicial no solo ha significado su inclusión en los textos constitucionales, sino que además, su garantía se extiende a los mecanismos de protección universal y regional, tal como pasa a verse a continuación:

Protección universal.

Organización de las Naciones Unidas – ONU.

- Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura: el primer principio establece que “La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.”

- Procedimientos para la aplicación efectiva de los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura: el procedimiento 1 consagra que: “Todos los Estados adoptarán y aplicarán en sus sistemas judiciales los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura con arreglo a lo previsto en sus procedimientos constitucionales y en la práctica jurídica interna.”

Por su parte, el procedimiento 2 contiene el siguiente compromiso “No se nombrará o elegirá a juez alguno para fines que sean incompatibles con los Principios básicos ni le será exigido que desempeñe servicios que pudieran ser incompatibles con esos Principios. Ningún juez aceptará un cargo judicial sobre la base de un nombramiento o elección que sea incompatible con los Principios básicos ni desempeñara servicios que pudieran ser incompatibles con esos Principios.”

En relación con la aplicación del mismo, consagra que “Un juez deberá ejercer su función judicial de forma independiente, partiendo de su valoración de los hechos y en virtud de una comprensión consciente de la ley, libre de cualquier influencia ajena, de instigaciones, presiones, amenazas o interferencias, sean directas o indirectas, provenientes de cualquier fuente o por cualquier razón.”

- Comité de Derechos Humanos (Dictamen del veintitrés (23) de octubre de 1992, comunicación 387/1989. Arvo. O Karttunen c. Finlandia): afirmó que el contexto en el que debe entenderse el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-PIDCP es la obligación de los jueces de no tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto que conocen y además, deben actuar de manera que no promuevan los intereses de una de las partes.
- Comisión de Derechos Humanos (Resolución 2004/33, párrafo dispositivo 7): la cual exhortó a todos los Gobiernos a que “(...) respeten y defiendan la independencia de los magistrados y abogados y, con este fin, adopten las medidas legislativas para el cumplimiento de la ley u otras medidas eficaces apropiadas que les permitan desempeñar sus funciones profesionales sin ningún tipo de hostigamiento o intimidación.”

Declaraciones internacionales.

- Declaración Universal de Derechos Humanos: en su artículo 10º consagra que: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”

Tratados Internacionales.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: en su artículo 14 consagra que: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derechos a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u

obligaciones de carácter civil.”

Otros estándares sobre protección de la independencia.

- Estatuto Universal del Juez: en su artículo 1º consagra: “La independencia del juez resulta indispensable para el ejercicio de una justicia imparcial en el respeto de la ley. La independencia es indivisible. Todas las instituciones y autoridades, nacionales o internacionales, deberán respetar, proteger y defender esta independencia.”

- Principios de Burgh House sobre la independencia de la judicatura internacional: este documento expresó que la independencia es un principio de la actividad judicial y en tal sentido: “El tribunal o los jueces desempeñaran sus funciones libres de interferencia directa o indirecta o de la influencia de cualquier persona o entidad. Donde un tribunal este establecido como un órgano o con el apoyo de una organización internacional, el tribunal y los jueces ejercerán sus funciones judiciales libres de interferencia de otros órganos o autoridades de dicha organización.”

Estándares regionales.

Europa.

- Consejo de Europa (Recomendación No. R(94) 12 del Comité de Ministros a Estados Miembros sobre la independencia, eficiencia y función de los jueces): en el principio 1.2 (b) estableció que: “Los poderes ejecutivo y legislativo deben asegurar que los jueces sean independientes y que no se adopten medidas que puedan poner en peligro la independencia

de los jueces.”

- Carta europea sobre el estatuto de los jueces y Memorando Explicativo (DA/DOC (98)): en el principio 1.1 ese documento consagró que: “El estatuto de los jueces pretende asegurar la competencia, independencia e imparcialidad que cada individuo espera legítimamente de los tribunales de cada juez al le confía la protección de sus derechos. Excluye cada disposición y procedimiento pasibles de perjudicar la confianza en dicha competencia, independencia e imparcialidad.”

- Tribunal Europeo de Derechos humanos: esa Corporación judicial ha resaltado en varios pronunciamientos la importancia y la trascendencia de la independencia judicial. En ese sentido, expresó que: i) un tribunal debe ser independiente tanto del poder ejecutivo como de las partes del proceso; ii) el principio de Estado de Derecho y la noción de juicio justo prohíben toda intervención del poder legislativo en la administración de justicia que esté dirigida a influir en la resolución judicial del litigio; iii) las decisiones de los jueces no deben ser modificadas por las autoridades que no forman parte del poder judicial; y, iv) la inamovilidad de los jueces por parte del ejecutivo debe ser considera como fundamento de su independencia.

Sistema Interamericano.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos: en su artículo 8º establece que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial (...)”

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH informe sobre terrorismo y

derechos humanos, párrafo 229): en el que expresó: “El requisito de independencia requiere que los tribunales sean autónomos de otras ramas del gobierno estén libres de influencias, amenazas o interferencias de cualquier origen o por cualquier razón, y cuenten con otras características necesarias para garantizar el cumplimiento apropiado e independiente de las funciones judiciales, incluidas la estabilidad de un cargo y la capacitación profesional adecuada.”

- Carta Democrática Interamericana: su artículo 3º consagra que: “Son elementos esenciales a la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales (...) y la separación e independencia de los poderes públicos.”

Sistema Africano.

- Los Principios y Directrices relativos al Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Jurídica en África: documento en el que se estipuló lo siguiente: “La independencia de los órganos y funcionarios judiciales deben estar garantizados por la Constitución y las leyes del país y deben ser respetadas por el gobierno, sus organismos y autoridades (...) No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los Tribunales.”

- Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos: en su artículo 26 establece que: “Los Estados firmantes de la presente Carta tendrán el deber de garantizar la independencia de los tribunales de justicia y permitirán la creación y mejora de instituciones nacionales apropiadas que se ocupen de la promoción y la protección de los derechos y libertades garantizados por la presente Carta.”

Región Asia-Pacífico.

- Declaración de Beijing sobre los Principios relativos a la Independencia de la Judicatura en la Región de LAWASIA: en ese documento se consignó que: “La judicatura es una institución de máximo valor en toda sociedad”, por lo que debe resolver los asuntos puestos a consideración mediante una evaluación imparcial de los hechos y su entendimiento del derecho, sin influencias impropias, directas e indirectas.

Iberoamérica.

Por tal razón, “Los otros poderes del Estado y, en general, todas las autoridades, instituciones y organismos nacionales e internacionales, así como diferentes grupos y organizaciones sociales, económicos y políticos, deben respetar y hacer efectiva la independencia de la judicatura.”

El breve recuento realizado previamente resalta la importancia de la función jurisdiccional en el andamiaje del Estado Constitucional y la preocupación y el interés de la comunidad internacional para proteger y garantizar la independencia de los tribunales y jueces encargados de administrar justicia.

La labor jurisdiccional en ejercicio del control abstracto de la Corte y la necesaria garantía de independencia en escenarios de postconflicto.

La función jurisdiccional de adelantar el control de la constitucionalidad de las leyes corresponde de manera preferente a la Corte, en los estrictos y precisos términos del artículo 241 Superior, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Consejo de Estado.

La forma del control adoptada por el constituyente de 1991 y que se expresa en el ejercicio de sus funciones por parte de esta Corporación, se identifica con un modelo de justicia constitucional concentrado basado en un juicio abstracto de confrontación normativa, que busca determinar si una ley desconoció el texto Superior. De esta manera, a partir de una postura kelseniana de la jurisdicción constitucional, se trata del estudio sobre la conformidad de la ley frente a la Carta, como texto normativo considerado en sí mismo, y no el control de la ley en cuanto regla aplicable a relaciones jurídicas concretas y controvertidas.

En efecto, esta Corporación ha establecido que el juicio de constitucionalidad es abstracto y objetivo, solo permite examinar la disposición acusada en su contenido material y el procedimiento seguido para su expedición, con el objetivo de determinar su conformidad con la Carta.

En ese sentido, en el escenario del control abstracto de constitucionalidad, este Tribunal se encarga de valorar los cuestionamientos que se formulan en contra de las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico, por su presunta incompatibilidad con la Carta, para que en caso de acreditarse la infracción, se adopte la decisión de retirarlas del sistema normativo por su efectiva oposición al texto Superior.

Para ACKERMAN el tribunal constitucional es el encargado de convertir los principios promulgados por el pueblo en realidades operacionales. De esta manera, la ausencia de revisión judicial implicaría que la mayoría parlamentaria dominante tendría suficientes incentivos que le permitan “(...) ignorar actos anteriores de soberanía popular cuando le fuera conveniente. Este resultado sólo generaría cinismo acerca de la posibilidad misma de

que el pueblo sea capaz de dar órdenes de movilización a sus representantes gubernamentales y esperar que ellos las obedezcan.”

Ahora bien, esta labor de la Corte también trasciende hacia una función de garantía de estabilidad del sistema político, es decir, en el mantenimiento de su identidad a través de la orientación del comportamiento de los detentores del poder conforme a las reglas básicas de la estructura social.

De esta manera, aun en las excepciones de una transición como sería el fin de un conflicto armado interno, el tribunal constitucional está en la obligación de mantener su lealtad con la Carta Política, es decir, con las normas básicas que identifican el sistema jurídico y mantener la estabilidad de la estructura social y política definida en el texto Superior, sin que sus decisiones estén condicionadas a razones prudenciales de coste-beneficio. En otras palabras, las resoluciones judiciales no pueden adoptarse a la manera de elecciones políticas, en las que el comportamiento se orienta por la negociación y el compromiso.

En esta labor, los tribunales constitucionales garantizan de manera efectiva los límites de la mayoría (objeción contramayoritaria) mediante una eficaz contención de las desviaciones conductuales de las funciones gubernamentales y legislativas en los términos de las disposiciones superiores, en una clara sujeción de lo que denominara BUCHANAN “El apetito de las coaliciones mayoritarias” a los postulados fundamentales definidos en la Carta.

La importancia de la labor de las cortes constitucionales en los escenarios de postconflicto radica adicionalmente en el déficit democrático de las regulaciones legales que se expiden durante la etapa de transición. En efecto, en ocasiones las posibilidades de materializar e implementar los acuerdos celebrados están reducidas a la rápida expedición de las normas jurídicas bien sea a través del órgano legislativo mediante procedimientos especiales o de

facultades extraordinarias diferidas al ejecutivo.

Bajo esta perspectiva, la revisión judicial que realiza el tribunal constitucional se convierte en un instrumento de suma importancia para la estabilidad del orden social, jurídico y político, pues se encarga de superar el déficit democrático de las regulaciones expedidas en los mencionados escenarios, mediante una confrontación estricta e independiente de las disposiciones sometidas a su conocimiento con el Texto Superior.

En el ejercicio de esta función, los tribunales pueden proferir decisiones incómodas a los demás poderes públicos, sin embargo, aquellas responden a la necesidad de garantizar fines últimos relacionados con la supremacía de la Constitución y la defensa de los derechos fundamentales, los cuales no consultan la aquiescencia de otras funciones del Estado, sino que, se adhieren a las normas básicas del sistema jurídico.

Conforme a lo expuesto, la labor que realizan las cortes constitucionales especialmente en escenarios de posconflicto, debe estar revestida del mayor grado posible de independencia, el cual se expresa como se anotó previamente en la ausencia de injerencias o presiones externas, así como de una labor de introspección judicial interna, que se materializa en las decisiones que adopta y en las razones que sustentan sus pronunciamientos, de ahí la importancia de la argumentación y del lenguaje utilizado en los mismos, puesto que son la concreción de la función de administrar justicia y constituyen un poderoso instrumento de legitimación institucional que impacta de forma directa en la confianza de los ciudadanos.

La importancia del lenguaje en la formación del sistema social y del subsistema jurídico.

El lenguaje, entendido como un sistema de signos, órdenes de sentidos, significados, reviste

una importancia trascendente en la formación y funcionamiento del sistema social y en este caso del subsistema jurídico, empleado específicamente en la construcción de conocimiento y su comunicación, en la determinación del contenido normativo y en la sustentación de las decisiones judiciales que profieren los jueces.

Según DUCROT y TODOROV el lenguaje tiene tres (3) características, de una parte es sistemático porque entre los signos que lo componen existen ciertas relaciones que permiten formar las palabras, las oraciones y los discursos. De otro lado, debe verificarse la existencia de significación, es decir, reconduce a la configuración de nociones, significados y conceptos. Finalmente, la naturaleza de secundariedad se refiere a las propiedades del lenguaje para hablar de las palabras que lo componen, permitir la construcción de frases que rechazan la representación y la denotación, y finalmente la aprehensión del significado mediante una valoración del contexto.

De otra parte, las funciones del lenguaje están directamente relacionadas con el proceso comunicacional y el énfasis que, en uno o varios de sus elementos, se efectúa al momento de realizar el acto comunicativo. Conforme a lo anterior, las funciones del lenguaje son: i) comunicativa; ii) emotiva; iii) cognitiva; iv) regulativa; y v) normativa.

La función comunicativa se refiere a que el lenguaje constituye un poderoso instrumento de intercambio simbólico lingüístico y de interacción social, el cual puede tener naturaleza unilateral cuando se expide una decisión o se profiere una orden, o bilateral cuando existe un diálogo entre interlocutores.

La función emotiva del lenguaje está asociada a la expresión de los sentimientos, anhelos o deseos del hablante.

La función cognitiva hace referencia al servicio que presta el lenguaje para construir

conocimiento o usar el adquirido.

La función regulativa se trata de una expresión lingüística que contiene un mandato, una orden o un requerimiento. En otras palabras, es una dimensión del lenguaje que tiene como finalidad guiar preceptivamente los comportamientos humanos conforme a la voluntad del emisor. En esta categoría se encuentra la función normativa relacionada principalmente con el derecho y que se refiere a los enunciados que se dirigen directamente sobre la conducta humana, con el objeto de que los sujetos se ajusten a sus preceptos conforme a las autorizaciones, los mandatos o las prohibiciones contenidos en tales enunciados.

Conforme a lo anterior, el derecho entendido no como un simple conjunto de leyes, sino más bien como el contenido normativo o prescriptivo de las mismas, constituye un fenómeno lingüístico sobre el significado regulatorio de las disposiciones jurídicas. En decir, se busca entender el derecho como un discurso de las autoridades legislativas y adicionalmente de las que deben interpretarlo y aplicarlo, es decir, como sería la jurisdicción.

La importancia del lenguaje en la formación del sistema social y del subsistema jurídico, fue identificada por esta Corporación en la sentencia C-147 de 2017, en la que indicó que: “La utilidad del lenguaje trasciende el escenario típicamente comunicativo, en el que se orienta al intercambio de pensamientos e ideas, en el marco de la literalidad de lo expresado por la nomenclatura de cada palabra y por la gramática de cada frase. La palabra no se reduce al signo y a su funcionalidad gramática, sintáctica o a su utilización práctica, en la medida en que no solo atiende a su significado concreto, sino a la función que se predica de ella en una oración o al contexto en el que se emite o se recibe.”

En ese mismo pronunciamiento la Corte expresó que: “Las palabras no solo responden a su significado formal, sino que este se encuentra ligado al contexto, responde al uso comúnmente aceptado y a la valoración social de la cosa referida. De este modo hablar del

lenguaje no solo implica hablar de significados en abstracto, sino de un conjunto de referentes sociales con un alto poder simbólico.”

De tal suerte que la potencialidad del lenguaje no solo se encuentra limitada a la capacidad de comunicar ideas, sino también a la posibilidad de crear, deconstruir, transformar, perpetuar o extinguir percepciones sobre las cosas a las que se refieren las palabras, es decir, crea realidad y la difunde, además, consolida socialmente representaciones sobre las cosas nombradas que serán aceptadas o rechazadas conforme la escala axiológica de los emisores y receptores de los mensajes, mediante efectos conductuales e inclusive jurídicos.

El lenguaje institucional. El acto comunicativo de los jueces como expresión del ejercicio de la función jurisdiccional bajo estrictos criterios de independencia y de imparcialidad.

Esta Corporación en la mencionada sentencia C-147 de 2017, resaltó la importancia del lenguaje de las autoridades, pues aquel constituye un agente trascendental en el proceso comunicativo social desde su labor regulatoria de las interacciones sociales. De esta manera, el lenguaje juega un papel definitorio en los debates gubernamentales y parlamentarios, las deliberaciones y la toma de decisiones judiciales y hasta las acciones legislativas, pues no solo sirve como parámetro referencial para la regulación conductual, sino que configura la representación pública y legítima de la realidad, y la forma en que dichas instituciones ejercen sus funciones constitucionales y legales.

De esta manera, cuando el lenguaje y las palabras se usan en un contexto oficial que, como la jurisdicción, tiene la posibilidad de incluir representaciones sobre las cosas con fuerza de autoridad, porque las valora, las regula y las hace efectivas con fundamento en su poder legítimo y en el ejercicio de su función en cumplimiento de los principios de independencia y de imparcialidad. Por tal razón, la fuerza creadora de las palabras se intensifica y las nociones sobre las cosas adquieren un poder simbólico mayor, específicamente en la legitimación institucional derivada de la forma en que realiza su función de administrar justicia.

Así las cosas, el lenguaje o el discurso que utilizan los jueces en sus providencias constituye un acto comunicativo unilateral, producido en el ejercicio de la función de administrar justicia otorgada por la Constitución, sustentado en las razones que justifican la adopción de una determinada decisión en sus sentencias, con plena observancia del principio de independencia. Estos fundamentos ingresan al sistema social jurídico y representan no solo la descripción y prescripción regulatoria de una determinada conducta humana, sino que además reafirman de manera simbólica la legitimación de los funcionarios encargados de ejercer jurisdicción y proyecta sus efectos a otras instituciones del Estado, a la sociedad y a los usuarios del servicio.

En conclusión, el lenguaje judicial no solo tiene como finalidad la regulación de una determinada relación social, sino que además, representa la forma en que los jueces realizan su labor, es decir, con plena observancia y garantía del principio de independencia.

La providencia de la cual me aparto realizó un estudio previo que comprendió el contexto del servicio público de energía eléctrica y el alcance del control de constitucionalidad de los Decretos Leyes expedidos en virtud de las facultades presidenciales para la paz.

Frente a este último aspecto, la providencia en mención presentó de manera general los criterios jurídico-constitucionales que deben ser tenidos en cuenta para la revisión judicial del procedimiento de formación de los decretos ley proferidos con base en el artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2016. No obstante, la posición mayoritaria de la Corte expuso que:

“(...) el estudio sobre la validez del ejercicio de la habilitación legislativa para el Gobierno

Nacional no puede desconocer la existencia de un contexto especial, que tiende a la construcción de un escenario de paz; principio, derecho y deber del Estado, y objetivo propuesto por la sociedad a través de la adopción de la Constitución Política de 1991. En estas condiciones, atendiendo obviamente a los pilares fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, el estudio a cargo de la Corte debe ser sensible a los elementos asociados al proceso transicional, como respuesta ineludible a su misión de ser la guardiana de la supremacía de la Carta.” (Lo énfasis agregado)

Conforme a lo expuesto, la Corte tiene la obligación de ejercer sus funciones constitucionales, específicamente para el control de validez del ejercicio de la habilitación legislativa para el Gobierno Nacional en temas de implementación del acuerdo de paz suscrito con las FARC, a partir de una especial sensibilidad a los elementos asociados al proceso transicional.

El lenguaje utilizado por la mayoría de la Sala para definir el alcance de la competencia de la Corte en materia de revisión judicial de decretos leyes expedidos por el Gobierno Nacional en materia de implementación del acuerdo de paz, ha sido el mismo usado por los funcionarios que hacen parte del Ejecutivo y genera percepción los principios de separación de poderes y especialmente de independencia judicial que orienta la labor de esta Corporación que ha sido encomendada por la Carta.

En efecto, es un hecho notorio que la firma del acuerdo de paz configuró la principal política de gobierno del mandato del Presidente Juan Manuel Santos para el periodo 2014-2018. Uno de los principales logros de la gestión del mencionado mandatario fue la suscripción, el veinticuatro (24) de noviembre de 2016, del acuerdo de paz con las FARC, que puso fin al conflicto armado interno sostenido con ese grupo insurgente.

La fase de implementación de las obligaciones contenidas en el mencionado documento,

comprendía entre otras cosas, el desarrollo normativo a través del Congreso de la República mediante un procedimiento especial, o por medio de los decretos legislativos proferidos por el Presidente de la República, en desarrollo de las facultades extraordinarias para la paz, conforme al artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2016, lo que implicó un déficit democrático tolerable en términos constitucionales, puesto que los debates parlamentarios fueron reducidos y se le otorgaron facultades legislativas al primer mandatario.

Ahora bien, el Ejecutivo emprendió una campaña política de defensa tanto de su gestión en los diálogos de paz como de los contenidos del Acuerdo Final e instó a toda la institucionalidad, incluida la Corte, y a la sociedad en general a que asumieran una “posición sensible” al momento histórico que atravesaba el país. A continuación presento una sucinta relación de las intervenciones de funcionarios del Gobierno Nacional en distintos medios de comunicación, en las que defienden y justifican la mencionada política de gobierno:

Fecha

Noticia

Medio

Funcionario

Contenido

2 de marzo de 2016

“Los mensajes de de la Calle a la Corte Constitucional.”

Revistasemana.com

Jefe Negociador Humberto de la Calle Lombana

“Se preguntó si la Corte Constitucional “puede tener la llave escondida del poder de

sustitución de la Constitución”, más si es una Corte no elegida.

Esta tesis, en su criterio, podría convertir la Corte en “árbitro y señor de la Constitución”, con el peligro de establecer una “doble jefatura de Estado”.

“La Corte “no puede caer en exageraciones”

“Las decisiones para propiciar el fin del conflicto y abrir la etapa de implantación de una paz duradera “escapan al control proveniente de la teoría de la sustitución de la Constitución, dado que corresponden al mismo designio originario(...)”.

19 de abril de 2016

“El acuerdo de paz con las FARC se firmará en los próximos meses”

Elmundo.es

Alto Comisionado para el proceso de paz. Sergio Jaramillo

“Estamos cerca de lograr acuerdos en temas clásicos en una negociación de paz como son el cese del fuego definitivo, las condiciones de la entrega de armas y las garantías que le corresponde dar al Gobierno a las FARC, algo de especial sensibilidad. En todos estos asuntos hay puntos muy avanzados que se pueden cumplir rápidamente.

(...)

En democracia es sano y necesario que haya debate y críticas, incluso en un tema tan sensible como éste. Ante la inminencia de un proceso maduro, las posiciones comienzan a cambiar.” (Lo énfasis agregado)

27 de junio de 2016

“Los jefes de las FARC si harán política” Humberto de la Calle

eltiempo.com.co

Jefe Negociador Humberto de la Calle Lombana

En la sensibilidad del país. En 1991, casi nadie objetó la participación política de guerrilleros desmovilizados. Incluso, constituyentes de la época votaron a favor de los artículos transitorios 12 y 13, que permitían curules a dedo. Hoy hay quienes critican decisiones que pasan por el Congreso, la Corte y el pueblo. Es muestra de cómo este tema se ha vuelto crítico.

Con el Marco Jurídico para la Paz se tomaron decisiones que impedían la participación política para los responsables de los delitos más graves. Luego, con la Jurisdicción Especial para la Paz, se abrió una puerta que implica revisar esas normas constitucionales.

En cuanto a la manera concreta de hacerlo, es algo que no está definido. Por eso promuevo que hagamos una reflexión nacional.” (lo énfasis agregado)

13 de diciembre de 2016

Fast Track no es un capricho del Gobierno: Juan Fernando Cristo

Elespectador.com

Ministro del Interior Juan Fernando Cristo

“Si no se garantiza el cumplimiento de los acuerdos en el año siguiente a la firma, después eso se queda en el papel.”

3 de febrero de 2017

“Deberíamos ser más sensibles a este momento histórico”: de la Calle sobre Pos conflicto

Elpais.com.co

Jefe Negociador Humberto de la Calle Lombana

“A veces se pierde en la sensibilidad de los colombianos algo muy importante: lo que está ocurriendo es un milagro, ver esas columnas de la guerrilla armada entrando a las zonas veredales para comenzar muy pronto un proceso de desarme, es algo que llevábamos más de cincuenta años esperando”, dijo De la Calle.

“Me parece que deberíamos ser más sensibles en entender que este es un momento histórico”, agregó.” (Lo énfasis agregado)

22 de mayo de 2017

La Corte Constitucional puso en jaque el proceso de paz

el tiempo.com

Jefe Negociador Humberto de la Calle

“(…) La Corte Constitucional “abrió esta semana la puerta a una cascada de modificaciones a lo pactado” con la guerrilla.”

“La Corte tiene que asimilar y asumir las transformaciones políticas, las interpretaciones del derecho; me parece que aquí está de por medio la paz, que es un derecho y un deber, un acuerdo ya suscrito e implementado, y aquí no se puede dar lugar a generar riesgos”

“Lo que tenemos que hacer es cumplir. Las Farc tienen que cumplir; hay preocupaciones que han manifestado, pero deben cumplir, y el Estado también, y no me estoy refiriendo al Ejecutivo, ni al Congreso ni a la Corte de manera aislada. Hay un acuerdo y un deber ético de cumplirlo, y todos los órganos del Estado deberían encaminarse hacia el cumplimiento de este.” (Lo énfasis agregado)

Dieciséis (16) de junio de 2017

“Dejación del 60% del armamento de las Farc se cumplirá en los próximos días”

Radionacional.co

Canciller María Ángela Holguín

“Si fuera un acuerdo menor y solamente de dejación de armas estaríamos al otro lado, pero es un acuerdo donde un país, del tamaño de Colombia (con sus dificultades geográficas) va a transformarse completamente y ese es el Gobierno del presidente Santos. Esperemos que los gobiernos que vengan cumplan un compromiso que es del Estado frente a la paz (...) En elecciones todo es posible, por ganarse el voto se puede acabar con cualquier cosa, estamos en un momento que es muy sensible” (Lo énfasis agregado)

Diecisiete (17) de junio de 2017

“Hay un exceso de odio en Colombia” De la Calle

El Espectador.com

Ex Jefe Negociador. Humberto de la Calle

“La Corte Constitucional, pero me parece que estamos olvidándonos del sentido común y entrando en un laberinto alucinante de aplicación de normas jurídicas que amenazan con continuar complicando la toma de decisiones.

Estamos al frente de algo mucho más sencillo y es histórico: es el fin de una guerra, es algo tan simple como eso.

También veo complicaciones desde la perspectiva de un acuerdo que, en mi opinión, compromete la voz del Estado colombiano y no sólo del Gobierno.

Y hay un elemento ético fundamental: uno no puede hacer un pacto para revisarlo después, ese es un acto de perfidia”

(...)

Hoy, estamos cerrando el ciclo que empezó ese año. Es decir, lo que sustituye la Constitución es no cumplir ese mandato. Esa sí sería la verdadera sustitución. Desde esa perspectiva, mi propuesta es que la Corte examine eso en estos términos y no en una visión exagerada y excesiva sobre elementos secundarios y de carácter procedimental.” (Lo énfasis agregado)

25 de julio de 2017

“¿Hay obligación de cumplir lo pactado?”

El Espectador.com

Juan Manuel Santos

“Para la comunidad internacional el Estado no está dividido en compartimientos (...) por eso, cumplir el Acuerdo de Paz en todas sus partes es una responsabilidad, es una obligación moral, política y legal que asumimos ante el mundo entero y, particularmente, ante su máxima instancia, que es el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas” (Lo énfasis agregado)

La simple lectura de la providencia de la cual salvo mi voto muestra que se apoyó en un lenguaje gubernamental que debe ser ajeno a los procesos de argumentación jurídico-constitucional que realiza este Tribunal, con lo cual se distorsiona la realidad sobre la independencia judicial con la que la Corte ejerce las funciones definidas en el Texto Superior.

En efecto, una de las dimensiones de la independencia judicial es la positiva, la cual como quedó expuesto previamente, se refiere a la forma en que los jueces razonan y sustentan sus fallos, específicamente al proceso de introspección del funcionario, en el que fija y defiende el alcance de sus competencias y logra entender la dimensión de su papel en la estabilidad del orden constitucional y social, específicamente en escenarios de posconflicto en los que

las regulaciones que expiden presentan fuertes déficit democráticos, pues son adoptadas mediante procesos legislativos especiales o como en este caso, a través de facultades presidenciales excepcionales.

En consecuencia, la Corte debilitó los principios de separación de poderes y particularmente la independencia judicial al definir el alcance de su competencia en materia de revisión judicial de decretos leyes proferidos por el Presidente de la República en materia de implementación del acuerdo de paz, mediante la fijación de la sensibilidad al proceso de transicional como paradigma general de argumentación de sus fallos, cuyo sustento responde a los razonamientos expuestos por el Ejecutivo para materializar su principal política de gobierno, y no a un parámetro de control constitucional que consulte exclusivamente los contenidos de la Carta Política, lo que impide alcanzar los fines de supremacía del Texto Superior, de garantía y protección de los derechos fundamentales, pues sus decisiones deberán consultar una especial trascendencia emocional y coyuntural a determinadas decisiones de actores gubernamentales y no a mantener la estabilidad del sistema jurídico del Estado, con plena observancia del deber de lealtad con la Constitución, mediante una adhesión interiorizada a las normas básicas de nuestro ordenamiento normativo.

En ese orden de ideas, a la Corte no le corresponde ser sensible ni mucho menos adherirse a algún proyecto político del gobernante de turno con las graves consecuencias institucionales que ha mostrado la experiencia al respecto. Por el contrario, en ejercicio de su independencia judicial, este Tribunal se consolida como un valioso escenario de contención y contrapeso para los otros poderes del Estado, específicamente en un escenario de déficit democrático como es el actual proceso de transición.

De tal suerte que, tal y como ésta Corporación lo afirmó en la sentencia C-253 de 2017, el principal límite para los decretos extraordinarios proferidos con fundamento en el artículo 2º del Acto Legislativo 1 de 2016, es el principio de supremacía constitucional, puesto que “La

negociación y posterior suscripción del Acuerdo Final entre el Gobierno y el grupo armado ilegal FARC-EP, no fue un acto separado del régimen constitucional, sino que, antes bien, está en todo caso subordinado a los cánones de la Carta.”

En conclusión, la posición mayoritaria de la Sala desconoció el principio de independencia judicial de la Corte al establecer como paradigma argumentativo para el ejercicio del control de constitucionalidad de los decretos leyes proferidos por el Gobierno Nacional con ocasión de la implementación del acuerdo de paz suscrito con las FARC, la sensibilidad política a los procesos de transición, pues con dicho razonamiento utilizó el lenguaje con el que el Ejecutivo sustenta y defiende su principal política de gobierno y limitó su competencia a postulados emotivos que desconocen la labor de esta Corporación como órgano de contención de los demás poderes públicos, de garantía de la supremacía constitucional y de efectividad de los derechos fundamentales.

I. I. Aspectos metodológicos.

El papel de los intervinientes en los procesos de constitucionalidad.

La necesidad de considerar un paradigma dialógico en la concreción de los contenidos del Texto Superior.

La construcción de los contenidos de la Carta a partir del ejercicio del control de constitucionalidad realizado por esta Corporación requiere la implementación de un paradigma dialógico que permita la intervención de todos los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones por la Corte.

En efecto, según RAWLS, se trata de un proceso dialógico de construcción jurídica en la concepción, la concreción y la ejecución de contenidos jurídico-legales, en especial de las sentencias. En ese sentido, el Tribunal Constitucional se convierte en un escenario convergente en el que concurren las perspectivas asumidas por la ciudadanía, es decir, aquel espectro de visiones omnicomprensivas dentro del seno de la sociedad, sobre el contenido y alcance de las disposiciones del Texto Superior.

El anterior proceso discursivo representa un valioso instrumento en materia de legitimidad, de validez y de eficacia de los contenidos constitucionales, puesto que, como se reconoce por ALEXY, el concepto y la validez del derecho no solo tienen una esencia jurídica, sino que trasciende a esferas sociales y éticas.

De esta manera, esta Corte juega un trascendental papel en materia de legitimidad de los contenidos superiores, puesto que es la encargada de interpretar el marco jurídico de la Carta y establece la vanguardia en materia de concepción pública de justicia. El proceso de legitimación y eficacia de su actuación depende de la implementación de espacios de deliberación pública, que efectivice, en términos de RAWLS, el derecho de la ciudadanía a disentir individualmente y como sujeto colectivo, puesto que: "(...) la estabilidad de una sociedad bien ordenada no se funda meramente en el equilibrio percibido de fuerzas sociales cuyo resultado todos aceptan porque ninguno puede hacer nada por mejorar. Al contrario, los ciudadanos afirman las instituciones (...) porque razonablemente creen que satisfacen su concepción de justicia pública y efectiva."

Conforme a lo expuesto, la validez de las decisiones judiciales proferidas por el Tribunal Constitucional dependerá en mayor o menor medida de la participación que puedan tener los ciudadanos y la sociedad en general en el proceso de su adopción.

Así, por ejemplo en la dicotomía entre facticidad y validez, HABERMAS concibe el derecho

como una categoría de mediación social entre los hechos y las normas, donde el juez constitucional emerge como decantador de las adjudicaciones del Texto Superior, con la capacidad de articular las instituciones formales con una esfera pública abierta y no restringida, a partir de una estructura de comunicación capaz de generar un espacio en el que, a modo de caja de resonancia, se desplacen los problemas del mundo de la vida a la esfera de discusión de los postulados Superiores.

En definitiva, la concretización de los contenidos de la Carta exige la creación de escenarios dialógicos, en especial en la labor de adjudicaciones contenidas en la Carta, realizada por la Corporación dispuesta para tal fin. Este escenario no solo representa un instrumento de participación activa de los ciudadanos y la sociedad civil como sujeto colectivo, sino que además, determina en gran medida, la legitimidad, la eficacia y la validez de las decisiones judiciales que puedan adoptarse en tal sentido.

Ahora bien, en el ejercicio del control de constitucionalidad, la Corte cuenta con instrumentos procesales para asegurar la participación de las personas en las decisiones que les afecten, uno de ellos son las intervenciones ciudadanas en el proceso, las cuales aseguran un desarrollo dialógico, participativo y deliberativo del mismo.

El proceso de constitucionalidad desde una perspectiva socrática, dialógica, participativa y deliberativa.

El juicio de constitucionalidad adelantado por esta Corporación tiene como finalidad garantizar la eficacia material e integral del Texto Superior. Las cuestiones que se debaten en los juicios abstractos de constitucionalidad interesan a la comunidad en general, puesto que al activarse la jurisdicción se abre un escenario de dialogo sobre materias que importan a la sociedad y que pueden afectar la unidad política del Estado y el orden jurídico.

Por esta razón, el mencionado proceso, permite la participación de cualquier ciudadano interesado en las materias que son objeto de conocimiento de esta Corporación. De tal manera que “(...) el control judicial no garantiza a los individuos ningún tipo de resultado sustantivo. Pero les brinda la oportunidad concreta y efectiva de ser partícipes en las decisiones que se toman sobre sus derechos.”

En ese orden de ideas, el proceso adelantado en este Tribunal tiene naturaleza participativa y deliberativa o en palabras de KUMM: “(...) el control judicial jugaría el rol de un interrogatorio de tipo socrático, en el cual el Estado debe dar argumentos que todos podrían razonablemente aceptar, y que- con frecuencia- permitiría descubrir ciertas patologías del sistema político, como las decisiones irreflexivas basadas sencillamente en la tradición, convenciones o simples preferencias, o aquellas basadas en concepciones del bien fuera de los límites de la razón pública.” (Negrillas fuera de texto)

Las etapas del juicio de constitucionalidad permiten la intervención de ciudadanos interesados en las materias objeto de control jurisdiccional, bajo un escenario de acceso a la justicia participativa y deliberativa y no restrictivamente rogada. La participación de los intervinientes en este proceso no es meramente formal, puesto que otorgan herramientas argumentativas valiosas al juez y amplían el margen de interpretación hacia una concepción de unidad material de la Carta.

Se trata entonces de un mecanismo institucional que tiene la capacidad de recibir y procesar reclamos ciudadanos. Estas interacciones revestidas de participación, de apertura, de transparencia y de publicidad, tienen la potencialidad de generar un dialogo constitucional con la intensidad suficiente para producir cambios en las preferencias de los actores involucrados.

La sentencia proferida por la Sala Plena de esta Corporación y de la que salvo mi voto, no tuvo en cuenta lo manifestado por la Organización Nacional Indígena de Colombia-ONIC

quienes como intervinientes en el proceso, cuestionaron la constitucionalidad formal del decreto ley objeto de análisis por una presunta omisión legislativa relativa ante la ausencia de inclusión del enfoque étnico.

La sentencia consideró que las objeciones de constitucionalidad que proponen los intervinientes al evidenciar un déficit parcial de regulación debían asumir la carga argumentativa que se exige en los procesos de constitucionalidad, es decir, estaban en la obligación de acreditar cada uno de los presupuestos que esta Corte ha construido en su jurisprudencia para la formulación de esta clase de cargos en un escenario rogado de demanda judicial.

Me aparto del mencionado presupuesto por las siguientes razones: i) la Corte en el presente asunto realiza un control previo, oficioso e integral de los cuerpos normativos proferidos conforme al Acto Legislativo 01 de 2016, por tal razón no puede establecer un estándar argumentativo que pertenece a la labor que realiza en los espacios rogados ordinarios para demandar la constitucionalidad de las leyes; y, ii) su labor la efectúa de acuerdo al concepto de unidad material de la Constitución.

De esta manera, el control jurisdiccional de la constitucionalidad, ubica a los jueces como los defensores de la Constitución. Ya lo advertía HAMILTON en los albores de la Constitución de Estados Unidos cuando manifestaba en “El Federalista” que:

“Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, deben preferir, como es natural, (...) la constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.”

La función de guardián de la Carta ejercida por la Corte Constitucional, especialmente en escenarios de control oficioso e integral, es guiada por el mismo Texto Superior que debe proteger. En ese sentido, la comprensión de la Constitución según HESSE parte de una perspectiva no formal sino material, en la que la “(...) Constitución es concebida como una unidad material”

Esta concepción exige al intérprete autorizado de la Carta, cumplir su labor con estricto apego a la misma, en un ejercicio hermenéutico correcto a partir de la comprensión y entendimiento de la Constitución como unidad, labor en la que el aporte de los intervinientes es fundamental pues permiten alcanzar una visión única de la Carta a partir de procesos dialógicos multidimensionales. Así las cosas, el control de constitucionalidad de los decretos expedidos por el Presidente con base en la habilitación de la Carta, debe ser integral, es decir, la confrontación normativa y su correspondiente juicio de validez, debe asegurar la eficacia sistémica de la norma superior y no limitarse a un control parcial de la Constitución, como si su defensa estuviera condicionada a una concepción rogada del proceso de constitucionalidad.

En consecuencia, la sentencia debió resolver la cuestión planteada por el interviniente y no exigirle el cumplimiento de presupuestos argumentativos desproporcionados e injustificados, que hacen nugatoria su participación en los procesos de constitucionalidad.

De esta manera, la posición mayoritaria de la Sala impuso una carga desproporcionada a los intervinientes, consistente en asumir el cumplimiento de exigencias argumentales, que entre otras cosas se predicen para los demandantes en los procesos ordinarios de constitucionalidad, que desnaturalizan su esencia dialógica, participativa y deliberativa material, en el que pueden intervenir todas las personas interesadas en la materia objeto de debate, con la garantía de que sus manifestaciones serán tenidas en cuenta por el juez

constitucional, como expresión del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

El decreto ley estudiado por la Corte debió declararse inexecutable por la falta de acreditación del requisito de necesidad estricta.

El alcance del control judicial que ejerce la Corte sobre los decretos proferidos con base en el artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2016, se refiere tanto a aspectos formales relativos a la competencia del Presidente para expedir la regulación, como a asuntos de índole sustantivo derivados de la necesidad de acreditar la conexidad entre la materia regulada y la implementación del Acuerdo, referidas a la expresión de las restricciones derivadas de la vigencia del principio de separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos.

Dentro de los aspectos sustantivos, se encuentra el presupuesto de necesidad estricta que le exige al Gobierno demostrar que el trámite legislativo ordinario o el especial de que trata el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2016, no eran idóneos para regular la materia objeto del decreto. De esta manera, la normativa adoptada mediante la habilitación legislativa extraordinaria debe ser urgente e imperiosa.

Por tal razón, la acreditación de este presupuesto por parte del Gobierno, no se cumple con la simple exposición de criterios de conveniencia política o eficiencia en la expedición normativa, sino que debe demostrar la ausencia de idoneidad del mecanismo legislativo ordinario u especial, por cuenta de las condiciones de urgencia de regulación de la materia, que hace imperiosa la necesidad de acudir a las facultades extraordinarias, tal y como se expuso por este Tribunal en la sentencia C-699 de 2016, al expresar:

“(…) la Corte deberá verificar que los decretos con fuerza de ley cumplan la finalidad para la cual se confieren las facultades, a saber, facilitar o asegurar el desarrollo normativo del acuerdo final; que tengan entonces una conexidad objetiva, estricta y suficiente con el referido acuerdo; que se den en circunstancias excepcionales, pues las facultades son precisamente extraordinarias, lo cual supone que sea necesario usarlas en vez de acudir al trámite legislativo ante el Congreso; y que respeten en general el ordenamiento constitucional. Por su parte, el Congreso preserva las competencias de control político y jurisdiccional sobre el Gobierno y el Presidente de la República (CP arts 114, 174 y 178).”

Ahora bien, en relación con la decisión de la cual me aparto, en la página 47 de la sentencia, la posición mayoritaria afirmó que el Plan Nacional de Electrificación Rural (PNER) se requiere con urgencia pues “(…) permite una intervención estatal oportuna en zonas afectadas por el conflicto, a través de un mecanismo que, además, involucra la participación de las comunidades.”

Se trata de un razonamiento vago, ambiguo y que además es poco convincente, pues el decreto no presentó datos concretos sobre las zonas afectadas por el conflicto que requieran la intervención urgente del Estado, bien porque no están interconectadas o el servicio prestado es deficiente. En ese sentido, la norma objeto de estudio de constitucionalidad no contiene una caracterización de las zonas que no cuentan con energía eléctrica por falta de infraestructura debido a la presencia de actores armados.

No obstante, fue la misma Corte la que expuso la información sobre la prestación del servicio público de energía eléctrica y las zonas que presentan dificultades en materia de conexión. Sin embargo, la Corte no cuenta con los instrumentos técnicos de medición que tiene el Gobierno, ni tiene elementos de caracterización que permitan identificar los territorios que requieren una intervención urgente, inmediata e imperiosa del Estado en dicha materia.

La materia objeto de regulación no era de implementación prioritaria conforme al Acuerdo Final.

De otra parte, el presupuesto de estricta necesidad fue sustentado por el Gobierno a partir de la urgencia de la regulación, específicamente, la inmediata presencia del Estado en zonas afectadas por el conflicto, las cuales, como se advirtió previamente, no fueron identificadas o al menos determinadas. La posición mayoritaria de la Sala aceptó las razones que fundamentaban el mencionado requisito y además, expresó que en el punto 6 del Acuerdo Final sobre “implementación, verificación y refrendación”, se incluyeron dentro de las medidas de implementación en el término de 12 meses, la Reforma Rural Integral y la sustitución de cultivos de uso ilícito.

De esta manera, el Plan Nacional de Electrificación Rural, según la posición mayoritaria de la Sala, tiene nexos con la Reforma Rural Integral y el componente de sustitución de cultivos de uso ilícito, porque “(...) el servicio de electricidad, con enfoque diferencial, en aquellas zonas que un no cuentan con este servicio es necesario. (...) Por lo expuesto, considera la Sala que se satisface el requisito de necesidad estricta en este caso.”

Considero que la argumentación que sustentó la decisión de exequibilidad adoptada por la Sala, no logró acreditar el cumplimiento del requisito de necesidad estricta del decreto objeto de estudio. En efecto, el hecho de que el Plan Nacional de Electrificación Rural guarde conexidad con la Reforma Rural Integral y la sustitución de cultivos ilícitos, hace que su regulación normativa no tuviera la supuesta urgencia expuesta por el Gobierno, puesto que se trató de materias cuya implementación no era prioritaria, debido a que la misma estaba prevista dentro de los 12 meses siguientes a la firma del Acuerdo Final conforme a los puntos 6.1.9, 6.1.10 y 6.1.11, del mencionado documento.

Esta situación, lejos de justificar el uso de las facultades extraordinarias del Presidente las

cuestiona, pues se trató de un asunto que no hacía parte de las materias de implementación prioritaria, sino que tenía unos tiempos de ejecución normativa de 12 meses, por tal razón, no fueron claras las razones para eludir y sustentar la falta de idoneidad del procedimiento legislativo especial que se surte ante el Congreso.

En otras palabras, se trataba de un tema que, conforme al Acuerdo Final, no tenía implementación prioritaria, por lo que su regulación debía realizarse, en principio, a través del procedimiento legislativo especial dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2016.

Indefinición de los términos para la implementación del PNER.

De otra parte, el contenido del artículo 1º del decreto objeto de estudio por la Corte, demuestra con mayor certeza la falta de acreditación del requisito de necesidad estricta. En efecto, esa norma estableció lo siguiente:

“ARTÍCULO 1º.- Plan Nacional de Electrificación Rural PNER. El Ministerio de Minas y Energía, con el apoyo técnico del Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas No Interconectadas IPSE y la Unidad de Planeación Minero Energética - UPME, elaborará y adoptará cada dos (2) años un Plan Nacional de Electrificación Rural para las Zonas No Interconectadas - ZNI y para el Sistema Interconectado Nacional - SIN estableciendo, entre otros, mecanismos que permitan la administración, operación y mantenimiento sostenible de las soluciones energéticas que se construyan para su uso.

La formulación del Plan Nacional de Electrificación Rural PNER tendrá en cuenta las diferentes soluciones aplicables en materia energética, las necesidades reportadas por las entidades territoriales y las comunidades, y las condiciones socio ambientales de los

hogares, así como alternativas de electrificación individual o colectiva.

El contenido del Plan Nacional de Electrificación Rural PNER se armonizará con los Planes Nacionales para la Reforma Rural Integral, los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) y el Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos Ilícitos (PNIS).”
(Negrillas fuera de texto)

Como se observa, la urgencia de las medidas contenidas en el decreto queda desvirtuada, porque no se estableció un término específico, ni expedito para que el Ministerio de Minas formule el primer Plan Nacional de Electrificación Rural para las Zonas no Interconectadas – en adelante PNER. En efecto, el artículo transcrito establece la obligación de hacer y formular el mencionado plan cada dos (2) años. Una interpretación de esa disposición sería aquella de que no existe un plazo para formular el primera PNER. No obstante, también podría asegurarse que el Ministerio de Minas tiene dos (2) años, a partir de la vigencia de esa disposición para formular el primer PNER.

Cualquiera que sea la interpretación adoptada no existe justificación para sustentar la supuesta urgencia e inmediatez de la presencia estatal en los territorios afectados por la falta de conexión eléctrica por cuenta del conflicto armado, en el entendido de que la norma establece términos muy largos para el cumplimiento del objeto de la regulación.

El objeto del decreto se encontraba regulado reglamentariamente.

La política para la expansión de la cobertura del servicio de energía eléctrica en el sistema interconectado nacional y en las zonas no conectadas está compilada en el Decreto 1073 de 2015, que acopió toda la reglamentación del sector de minas y energía.

De igual manera, el Decreto 1623 de 2015, modificó y adicionó el Decreto 1073 de 2015, y contiene los lineamientos de política pública para la expansión de la cobertura del servicio de energía eléctrica en el sistema interconectado nacional y en las zonas no conectadas.

Conforme a lo anterior, el artículo 2.2.3.3.1.7 del Decreto 1075 de 2015, modificado por el Decreto 1623 de ese mismo año, regula el Plan Indicativo de Expansión de Cobertura de Energía Eléctrica, que debe valorar la Unidad de Planeación Minero Energética-UPME y que debe actualizarse cada dos (2) años (término que coincide con el plazo establecido para el PNER).

Lo expuesto genera la siguiente pregunta que no fue resuelta por la posición mayoritaria de la Corte: ¿Por qué las regulaciones reglamentarias sobre política de expansión del servicio de energía eléctrica no eran eficaces para cumplir con el PNER y por tal razón se requería el uso de facultades extraordinarias?

La respuesta a esa cuestión es que se trataba de una materia susceptible de ser regulada por vía reglamentaria, por lo que no se requería el uso de facultades extraordinarias ante la naturaleza del asunto normado.

La planeación de metas para el año 2030.

La Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República justificó la necesidad del decreto y la urgencia de los recursos económicos dispuestos en diferentes fondos, con base en metas

conforme a estudios de la UPME para el año 2030. Este argumento pone en evidencia la ausencia de necesidad del decreto analizado, especialmente en términos de urgencia e inmediatez del uso de las facultades extraordinarias, pues con la norma analizada se persigue el cumplimiento de objetivos de política pública para el año 2030, lo que refuerza la falta de prioridad en la implementación de esta regulación.

En suma, el decreto analizado no tiene una justificación suficiente y razonable en términos constitucionales que permitan sustentar la habilitación de las facultades presidenciales especiales y la elusión del mecanismo legislativo especial denominado “fast track” o de las competencias reglamentarias del Ejecutivo, puesto que: i) se desconocen las zonas afectadas, que requieren intervención estatal urgente, bien porque se trata de territorios sin conexión o conectadas pero con problemas de expansión; ii) la materia no hace parte de los temas priorizados del acuerdo; iii) no se consagró un término para la elaboración del PNER; iv) existe regulación reglamentaria al respecto; y, v) se busca el cumplimiento de objetivos de política pública para el año 2030, lo que evidencia la poca urgencia que había con la medida.

La obligación de garantía del derecho fundamental de consulta previa.

Los instrumentos internacionales, específicamente el Convenio 169 de 1989, han establecido la obligación de garantizar la autonomía y la autodeterminación de los pueblos indígenas y tribales, el respeto por la diferencia cultural, la defensa por los territorios y su participación en la toma de decisiones que los afectan. Uno de los instrumentos establecidos para la protección y la eficacia del derecho de las comunidades para adoptar decisiones autónomas y participar sobre su destino es la consulta previa.

Esta Corporación en sentencia SU-217 de 2017, precisó que la consulta previa tiene naturaleza de derecho fundamental, porque concreta mandatos constitucionales de protección de pueblos étnica o culturalmente diversos, que configuran grupos

particularmente vulnerables por su marginación histórica.

En ese mismo pronunciamiento, se definieron, con base en los tratados internacionales que regulan la materia, el contenido nuclear del mencionado derecho de la siguiente manera:

“(...) la obligación de consultar a los pueblos concernidos, con el propósito de determinar si sus intereses serán perjudicados antes de emprender programas de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, al derecho a participar de los beneficios que reporten esas actividades, y recibir indemnizaciones equitativas por los daños que les ocasionen, en tanto que el artículo 16 establece la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos siempre que el Estado pretenda efectuar un traslado desde su territorio ancestral, y concertar las medidas de reparación adecuadas ante tales eventos.”

Ahora bien, la procedencia de la consulta previa está determinada por el concepto de afectación directa, el cual, según esta Corte, debe verificarse caso a caso con fundamento en los siguientes presupuestos:

“(...) (i) la afectación directa hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica; (iv) la interferencia en elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo involucrado; y (v) se trata de una medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados.”

La sentencia de la cual salvo mi voto argumentó que el decreto ley analizado no contiene una regulación que afecte directamente a las comunidades étnicamente diferenciadas, por lo que no se requería adelantar este procedimiento especial. Sin embargo, a lo largo de la sentencia la posición de mayoría de la Sala expresó que:

a. a. Los planes que integran las zonas no interconectadas tendrán un enfoque diferencial, dirigido a grupos tradicionalmente afectados por el conflicto entre los que se encuentran comunidades indígenas y afrodescendientes, entre otros.

b. La formulación del plan bianual será la oportunidad indiscutible para la intervención de las comunidades étnicamente diferenciadas, pues aquel tendrá la potencialidad de afectarlas, específicamente en su territorio.

c. El artículo 4º del decreto en estudio establece la forma en que se evaluarán y pagaran los predios amparados por la declaratoria de utilidad pública e interés social. Esta disposición debe interpretarse conforme al artículo 63 Superior, es decir, bajo el presupuesto de que las tierras comunales de grupos étnicos y las tierras de resguardo son inalienables, imprescriptibles e inembargables, por lo que la formulación del plan debe contar con la participación nativa y efectiva de estos grupos.

d. El artículo 6º del cuerpo normativo analizado establece la participación de la ciudadanía por lo que la constitucionalidad de su materialización debe comprender el enfoque diferencial.

Adicionalmente en el texto de la providencia, específicamente en el análisis material de los artículos 1º, 4º y 6º, se advierte la necesidad de que se garantice el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicamente diferenciadas.

No obstante, si el decreto superaba este requisito, en el análisis material, la Sala Plena no adoptó ninguna medida tendiente a la protección de la mencionada garantía a la consulta previa, pues su actuación se redujo a la simple advertencia de respeto a la participación de las comunidades, sin que se ordenara la garantía efectiva de la misma.

Considero que el decreto analizado no cumplió con el requisito de la consulta previa, porque si bien establece las directrices de la política pública de cobertura de energía eléctrica, contiene regulaciones específicas que afectan directamente los territorios de las comunidades que se encuentran en las zonas que serán intervenidas, especialmente, en relación con la forma en que se van a realizar la declaratoria de utilidad pública, su avalúo y posterior pago. En otras palabras, la imposición de servidumbres y la inevitable construcción de la infraestructura eléctrica requerida para la ejecución del PNER, es evidente que los proyectos que se generen a partir de la implementación del plan de energización rural tendrán una intervención directa en la cosmovisión y en los territorios de las comunidades étnicas que se encuentran en la zona de influencia de los proyectos, puesto que se requerirá la movilización e instalación de equipos técnicos que permitan la interconexión eléctrica en las zonas que serán destinatarias de los mismos.

Esta garantía fundamental no se cumple con la consagración de un enfoque territorial, el cual de ningún modo sustituye el enfoque étnico diferenciado establecido en la Constitución y en los tratados internacionales como instrumento de protección de las comunidades afectadas.

La mencionada situación muestra un nivel muy alto de riesgo que es intolerable en términos de protección a las comunidades étnicas, puesto que no obstante haberse verificado la afectación directa que pueden tener dichos grupos, no se adoptaron medidas tendientes a garantizar su participación en las decisiones que los afectan y que comprometen sus

territorios.

Se trató de un cuerpo normativo que contó con el aval constitucional de esta Corporación y que puede tener la naturaleza de un conjunto de disposiciones jurídicas que un sector de la doctrina ha denominado “color-blind” o “ciegas a la raza”, pues excluyen de sus regulaciones la participación de los grupos o comunidades étnicamente diferenciados y perpetúan escenarios de marginalidad política, económica y social.

Análisis de la constitucionalidad material del decreto.

El anterior estudio sobre el incumplimiento del presupuesto de necesidad estricta generaba la declaratoria de inexecutable del Decreto Ley 884 de 2017. Sin embargo, si en vía de discusión se aceptara su acreditación, los artículos 3º, 4º y 5º no superaban el análisis material de validez constitucional, tal y como pasa a verse a continuación:

La inconstitucionalidad material del artículo 3º del Decreto 884 de 2017.

El artículo 3º del decreto analizado contiene disposiciones sobre la forma en que se financiará el PNER mediante la articulación de los fondos FAER, FAZNI y PRONE, al establecer que:

“ARTÍCULO 3º.- Articulación de los Fondos Eléctricos para la implementación del Plan Nacional de Electrificación Rural – PNER. Sin perjuicio de la destinación de cada uno de los Fondos FAER, FAZNI y PRONE, para la implementación del Plan Nacional de Electrificación Rural, el Ministerio de Minas y Energía establecerá criterios de priorización para que los proyectos que se presenten a cada uno de los correspondientes Comités de Administración para aprobación de recursos guarden coherencia con dicho Plan y con las priorizaciones

regionales realizadas a partir de los Planes de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET).

PARÁGRAFO 1°. A efectos de facilitar la aplicación de los criterios a que hace referencia el artículo 2 de este decreto ley, en la asignación de los recursos de los Fondos FAER, FAZNI y PRONE el Ministerio de Minas y Energía definirá un valor máximo anual del valor proyectado de su recaudo para atender costos asociados a:

1. Promoción y capacitación en el uso de energía eléctrica y de capacidades organizativas de las comunidades para el mantenimiento y sostenibilidad de las obras,

3. Eficiencia energética.

PARÁGRAFO 2°: En los proyectos que se adelanten con recursos de los Fondos FAER, FAZNI y PRONE, además de las cargas residenciales podrá financiarse la supervisión e interventoría de los proyectos, así como usos productivos en el ámbito rural e instalaciones internas.

PARÁGRAFO 3°: Para el establecimiento, adopción e implementación del Plan Nacional de Electrificación Rural, PNER, el Ministerio de Minas y Energía podrá articular y coordinar actividades y/o recursos con otros fondos públicos, entidades públicas, entidades de cooperación y asistencia internacional, organismos multilaterales, personas extranjeras de derecho público, organismos de derecho internacional, sector privado e iniciativas de la comunidad.

PARÁGRAFO 4º: Se propenderá porque el Plan Nacional de Electrificación Rural sea financiado con recursos de los Fondos de que trata el presente artículo.

PARÁGRAFO 5º: El Ministerio de Minas y Energía implementará lo previsto en este artículo en un plazo no mayor a un (1) año, contado a partir de la fecha de publicación del presente decreto ley.”

La sentencia resolvió que dicha disposición era exequible debido a que la operatividad de la financiación no reviste ningún problema de constitucionalidad, porque: “(...) la Corte ha avalado el manejo de recursos a través de fondos-cuenta de conformidad con el artículo 30 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, además tampoco se afecta la destinación inicial de recursos pues como se expuso los fondos comparten las finalidades del PNER.”

No obstante, la argumentación empleada por la posición mayoritaria de la Sala no abordó dos (2) aspectos de suma trascendencia constitucional y que generaban la inexequibilidad de la disposición estudiada, a saber: i) la inexistencia de un límite en el uso de los recursos que pueden destinarse de los fondos FAER, FARNI y PRONE al PNER; y, ii) los riesgos de desfinanciamiento de los proyectos que no hacen parte del PNER pero que ya están en la fase de ejecución o pendientes de iniciar y que representan gasto público social protegido por la Carta, se fondean de los recursos administrados por las mencionadas cuentas, que pueden representar gasto público social protegido por la Carta.

La utilización de recursos de fondos públicos para gasto social viola el artículo 350

Constitucional.

El decreto analizado por la Corte estableció la modificación de la destinación de recursos públicos de los fondos que financian proyectos del sector energético y que constituyen gasto público social, con lo que desconoce el artículo 350 Superior, tal y como se expone a continuación:

Naturaleza jurídica de los fondos que financian proyectos en el sector energético.

El Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas Rurales Interconectadas-FAER, fue creado por el artículo 105 de la Ley 788 de 2002, y reglamentado por los Decretos 1122 de 2008 y 1073 de 2015.

Según los artículos 1º del Decreto 1122 de 2008 y 2.2.3.3.1.1. del Decreto Único Reglamentario 1073 de 2015 se trata de un fondo cuenta especial sin personería jurídica, sujeto a las normas y a los procedimientos establecidos en la Constitución, el Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional y demás normas vigentes aplicables, y será administrado por el Ministerio de Minas y Energía o por su delegado.

Los recursos y los rendimientos generados en su inversión temporal, se utilizarán para financiar planes, programas o proyectos de inversión priorizados para la construcción e instalación de nueva infraestructura eléctrica en las zonas rurales interconectadas, que permita ampliar la cobertura y procurar la satisfacción de la demanda de energía eléctrica. Este fondo estará vigente hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 2018, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1º de la Ley 1376 de 2010.

Por su parte, el Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas no

Interconectadas-FAZNI, fue creado por el artículo 82 de la Ley 633 de 2000, como un fondo cuenta especial de manejo de recursos públicos y privados, sin personería jurídica, sujeto a las normas y procedimientos establecidos en la Constitución, el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación y las demás normas legales vigentes aplicables al mismo.

Al mismo podrán ingresar recursos provenientes del Presupuesto General de la Nación y los que canalice el Gobierno Nacional de diferentes fuentes públicas y privadas, nacionales e internacionales.

Conforme al artículo 83 de esa misma ley, todos los recursos del Fondo se utilizarán para financiar planes, programas y proyectos de inversión destinados a la construcción y a la instalación de la infraestructura eléctrica que permitan la ampliación de la cobertura y la satisfacción de la demanda de energía en zonas no interconectadas. Su reglamentación se encuentra en los Decretos 1124 de 2008 y 1073 de 2015.

Finalmente, el Programa de Normalización de Redes Eléctricas-PRONE fue creado por la Ley 1117 de 2006, con el objetivo de legalizar a los usuarios y adecuar las redes a los requerimientos técnicos vigentes, en barrios subnormales, situados en municipios del Sistema Interconectado Nacional. Este programa se financia con recursos del Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de zonas Rurales Interconectadas-FAER, en un porcentaje de su recaudo hasta un veinte por ciento (20%).

El gasto público social y los riesgos de desfinanciamientos de los proyectos que se van a adelantar o se encuentran en ejecución dentro del sector energético.

El gasto público, desde un punto de vista económico, hace parte de los instrumentos de

política presupuestaria a través de los cuales el Estado interviene en la economía, con la finalidad de estabilizar el ciclo económico mediante la adopción de medidas que afectan la demanda agregada.

De otra parte, constituye una herramienta utilizada por el Estado para el cumplimiento de sus funciones encaminadas a la atención de las necesidades de la población. Para WAGNER,

“La comparación de los diferentes países y periodos nos demuestra que en la mayor parte de las naciones progresivas se observa un aumento regular de las funciones de los gobiernos centrales y locales. Fenómeno que se manifiesta tanto en su aspecto extensivo como intensivo. El Estado y los entes políticos subordinados asumen continuamente nuevas funciones y realizan más perfectamente sus cometidos. De esta suerte las autoridades públicas satisfacen en grado creciente y de manera más completa las necesidades económicas de la población.”

El gasto público, desde los conceptos Keynesianos, ha sufrido una transformación radical, pues representa un valioso instrumento en el manejo de la economía y reformuló el ideal de la Hacienda Pública, en el sentido de que ya no busca reducirlo al mínimo posible, sino manejarlo de acuerdo con la coyuntura y el énfasis económico de cada momento histórico.

Ahora bien, con fundamento en el artículo 23 de la Ley 38 de 1989, modificado por el artículo 16 de la Ley 179 de 1994, el gasto público hace parte del Presupuesto General de la Nación y está compuesto por tres rubros:

i. i) Gastos de funcionamiento: son aquellos relacionados con los servicios personales, los gastos generales, las transferencias y los gastos de operación.

) Servicio de la deuda: comprende los pagos a deuda interna y externa.

) Gastos de inversión: son los destinados a la constitución de capital a favor de la nación.

Al lado de esta tradicional concepción de los elementos del presupuesto de apropiaciones, se sitúa el concepto innovador de gasto público social contenido en el artículo 350 de la Constitución de 1991, a través del cual se establece como prioridad, la atención de las necesidades básicas de las personas más desprotegidas dentro de la sociedad. Para PALACIO RUDAS, la constitucionalización del gasto público social implica el cumplimiento de una función política de naturaleza social a través de la redistribución prioritaria de los recursos, destinada a la solución de los problemas más urgentes de las clases necesitadas.

Por su parte, el artículo 41 del Decreto 111 de 1996, establece que se entiende por gasto público social aquel que tiene como objetivo la solución de las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, vivienda, y las tendientes al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población.

Conforme se expuso previamente, la naturaleza jurídica de los fondos FAER, FAZNI y PRONE hace que los recursos económicos que gestionan estén destinados a la atención de gasto público social relacionado con la prestación del servicio de energía eléctrica, pues financian proyectos de ampliación de cobertura, la construcción, el mantenimiento de infraestructura eléctrica y la regularización de usuarios, entre otros.

De esta manera, el decreto objeto de estudio estableció la modificación de la destinación de los recursos de los fondos FAER, FAZNI y PRONE que constituyen gasto público social debido a la naturaleza prioritaria de los proyectos que financia, lo que implica, prima facie, el

desconocimiento del artículo 350 de la Carta, porque se modificaron partidas presupuestarias destinadas a satisfacer un componente relacionado con la prestación del servicio de energía que impacta en el bienestar general y en el mejoramiento de la calidad de vida de la población.

Adicionalmente, la norma no consagró un límite a la destinación de los mencionados recursos, pues su textura abierta e indeterminada permite inferir razonadamente que el Ministerio de Minas al definir su valor máximo, puede determinar que el mismo abarque la totalidad de los recursos que administran, lo que claramente implica el desfinanciamiento de otros proyectos que vayan a iniciarse o que ya estén en curso en detrimento del artículo 350 Superior, en materia de gasto público social y con las consecuencias en términos de accesibilidad al servicio de las comunidades que resulten afectadas.

En suma, la utilización de los recursos provenientes de los fondos FAER, FAZNI y PRONE, desconoció el artículo 350 Superior, porque: i) se produjo la modificación de una partida presupuestaria destinada al gasto público social; y, ii) no se establecieron límites de apropiación, lo que puede significar que puedan utilizarse la totalidad de los mismos en detrimento de proyectos que vayan a iniciarse o que ya estén en ejecución, lo que impacta directamente en el bienestar de las comunidades afectadas.

La inconstitucionalidad material de los artículos 4º y 5º del Decreto 884 de 2017.

El artículo 4º del Decreto 884 de 2017, estableció que:

“ARTÍCULO 4º.- Aplicación de la Ley 1682 de 2013. Para determinar los valores que se han de pagar por los predios o inmuebles afectados por proyectos y ejecución de obras de energía

eléctrica, amparadas por la declaratoria de utilidad pública e interés social, así como para el saneamiento de tales predios, se dará aplicación a lo establecido en los artículos 21, 22, 23, 24, 25 y 26 de la Ley 1682 de 2013, con excepción de la expropiación por vía administrativa.

PARÁGRAFO. Para efectos de la aplicación de lo aquí dispuesto, se entenderá por entidad estatal al propietario del proyecto declarado de utilidad pública e interés social, sin importar que se trate de entidad pública o privada.”

Por su parte, el artículo 5º del mencionado cuerpo normativo, consagró que:

“Corresponde al propietario del proyecto que lo haya adoptado y ordenado su ejecución, promover en calidad de demandante los procesos que sean necesarios para hacer efectivo al gravamen de servidumbre de conducción de energía eléctrica.”

De la lectura de ambos preceptos se concluye que:

i. i) El propietario del proyecto declarado de utilidad pública e interés general puede ser una entidad pública o privada.

) Se entenderá, para los efectos del artículo 4º del decreto objeto bajo estudio, por entidad estatal al propietario del proyecto.

) Lo anterior permite que los particulares que sean los dueños del proyecto, puedan hacer uso de las facultades consagradas en los artículos 21, 22, 23, 24, 25 y 26 de la Ley 1682 de 2013 “Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias.”

) El propietario del proyecto puede adelantar en calidad de demandante los procesos que sean necesarios para hacer efectivo el gravamen de servidumbre de conducción de energía eléctrica.

Estas potestades, según el Título IV de la Ley 1682 de 2013, están relacionadas con la gestión y adquisición de predios, la gestión ambiental, los activos y redes de servicios públicos, los permisos mineros y servidumbres, entre otros.

En efecto, el artículo 19 de la mencionada ley definió como un motivo de utilidad pública e interés social la ejecución o desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte, entre otras actividades, con la finalidad de permitir la expropiación administrativa o judicial de los bienes e inmuebles urbanos y rurales que se requieran para dichos efectos.

Por su parte, en el artículo 20 se estableció que la adquisición predial es responsabilidad del Estado, por tal razón la entidad pública responsable del proyecto podrá adelantar la expropiación administrativa, mediante la utilización de los instrumentos jurídicos contenidos en los artículos 21 al 26 de la mencionada ley y que se refieren a las siguientes actuaciones:

- Saneamientos por motivos de utilidad pública (art. 21).
- Limitaciones, afectaciones, gravámenes al dominio y medidas cautelares (art. 22).

- Avaluadores y metodología del avalúo (art. 23).
- Revisión e impugnación de avalúos comerciales (art. 24).
- Notificación de la oferta (art. 25).
- Actualización de cabida y linderos (art. 26).

De acuerdo a lo anterior, el artículo 4º facultó a los particulares para usar instrumentos jurídicos destinados a la expropiación administrativa, no obstante que la misma está, prima facie, excluida de la mencionada regulación. Una interpretación fundada en el efecto útil de la disposición permite concluir que se habilitó a los operadores privados dueños de los proyectos, para que impongan servidumbres mediante potestades administrativas utilizadas en procedimientos de expropiación.

En otras palabras, la regulación por remisión a los artículos 21 al 26 de la Ley 1682 de 2013, contenida en el artículo 4º analizado, permite que los particulares dueños de los proyectos adelanten actuaciones de imposición de servidumbre a través de mecanismos jurídicos que tienen naturaleza expropiatoria, lo que desconoce el artículo 58 de la Constitución, puesto que se autorizó a un operador privado a adelantar procesos de expropiación administrativa a su favor.

En efecto, la Constitución no habilitó a los particulares para que adelantaran procesos de expropiación a su favor sobre predios afectados por la declaratoria de utilidad pública o de interés general. El Estado no puede despojarse de las potestades que le son inherentes, específicamente aquella que tiene que ver con actuaciones expropiatorias para el desarrollo de proyectos relacionados con la prestación de servicios públicos.

El artículo 117 de la Ley 142 de 1994, establece que la empresa de servicios públicos que

tenga interés en beneficiarse de una servidumbre, podrá solicitar la imposición de la misma mediante acto administrativo, o promover el proceso judicial respectivo. Por su parte, el artículo 118 de la Ley en cita, consagra que la facultad para imponer una servidumbre por acto administrativo radica en las entidades territoriales y la Nación, cuando tengan competencia para prestar el servicio público respectivo y las comisiones de regulación.

Nótese que en el régimen general de servicios públicos domiciliarios, el Estado no se despojó de su específica potestad de expropiar o de imponer el gravamen de servidumbre por vía administrativa los predios afectados por la declaratoria de utilidad pública o de interés general.

Lo anterior por una razón elemental y es que el artículo 58 Superior permite el control judicial del acto administrativo de expropiación mediante la acción contenciosa administrativa respectiva, incluso respecto del precio.

Bajo los presupuestos de la norma, si un particular hace uso de las mencionadas facultades, surgen varias inquietudes que no fueron resueltos en la sentencia de la cual salvo mi voto: i) ¿la actuación desplegada por la empresa privada es objeto de controles administrativos y judiciales?; y ii) ¿quién debe responder por los perjuicios que puedan causarse a los propietarios de los predios intervenidos?

Ahora bien, en materia de imposición de servidumbre para la prestación del servicio público de energía eléctrica por vía judicial, esta Corporación en sentencia C-831 de 2007, analizó la constitucionalidad del artículo 25 de la Ley 56 de 1981. En aquella decisión resaltó la importancia de que el titular de esta acción sea el Estado, porque se trata de la adquisición de inmuebles destinados a la instalación de la obra pública y la imposición de gravámenes a la propiedad privada para garantizar la constitución de la infraestructura necesaria para la adecuada prestación de los servicios públicos. De igual manera, porque es aquel quien debe responder por la solicitud de declaratoria de expropiación o servidumbre y del pago

correlativo de las indemnizaciones a las que haya lugar.

En suma, la norma acusada habilitó a los particulares para utilizar instrumentos de expropiación administrativa, en un claro desplazamiento de las facultades y de responsabilidades del Estado en la materia, que afecta el derecho de propiedad privada consagrado en el artículo 58 Superior.

La integración de la unidad normativa del artículo 25 de la Ley 56 de 1981.

La sentencia C-565 de 2017, consideró que procedía realizar la integración normativa del artículo 25 de la Ley 56 de 1981, bajo el entendido de que:

“(...) el artículo 5 del Decreto Ley 884 de 2017 modificó el artículo 27 de la Ley 56 de 1981 en lo que respecta a quién puede promover la servidumbre en calidad de demandante, la Sala Plena considera necesario armonizar los artículos 25 y 27 de la Ley 56 de 1981. Por lo tanto, bajo esta interpretación integral de las normas, se deberá entender que el titular de las facultades a las que hace referencia el artículo 25 de la Ley 56 de 1981 es el propietario del proyecto.”

En términos generales, la facultad de esta Corporación para realizar la integración normativa es excepcional, puesto que no es un Tribunal que realice el control de constitucionalidad oficioso del ordenamiento jurídico. Esta habilitación se fundamenta en el inciso 3º del artículo 6º del Decreto 2067 de 1991, que establece: “La Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales.”

Este Tribunal desde sus inicios estableció las reglas jurisprudenciales que rigen la utilización de esta figura procesal, con especial énfasis en su procedencia excepcional y la interpretación restrictiva de las causales que habilitan su uso por parte de la Corte, puesto que, en principio, no procede el control oficioso de constitucionalidad de las normas que integran el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, en sentencia C-539 de 1999, esta Corporación expresó que:

“En principio, la Corte Constitucional no es competente para conocer de oficio las disposiciones legales. La Constitución exceptúa, de este principio general, cierto tipo de normas cuyo control previo o de oficio es necesario para preservar otros principios del ordenamiento jurídico. No obstante, las leyes ordinarias expedidas por el legislador en uso de sus facultades propias, que no incorporan tratados internacionales, no pueden ser conocidas por esta Corporación, sino previa demanda ciudadana.

Ahora bien, excepcionalmente, la Corte puede conocer sobre la constitucionalidad de leyes ordinarias que no son objeto de control previo u oficioso, pese a que contra las mismas no se hubiere dirigido demanda alguna. Se trata de aquellos eventos en los cuales procede la integración de la unidad normativa.”

De este modo, en esa providencia la Corte estableció las reglas jurisprudenciales de procedencia de la integración de unidad normativa cuando:

i) se trata de una disposición jurídica que de manera independiente no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de tal forma que su interpretación y aplicación depende de integrar su contenido con el de otra disposición que no fue objeto de censura constitucional.

ii) la disposición normativa objeto de control constitucional está reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas; y,

iii) no se verifica ninguna de las causales anteriores, sin embargo, la norma demandada se encuentra “(...) intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad”. En ese sentido, la procedencia de esta causal está condicionada a la verificación de dos requisitos adicionales, distintos y concurrentes: “(1) que la norma (...) tenga una estrecha relación con las disposiciones no cuestionadas que formarían la unidad normativa; (2) que las disposiciones no acusadas aparezcan, a primera vista, aparentemente inconstitucionales. A este respecto, la Corporación ha señalado que “es legítimo que la Corte entre a estudiar la regulación global de la cual forma parte la norma demandada, si tal regulación aparece prima facie de una dudosa constitucionalidad”.”

En conclusión, en principio, la Corte no puede realizar un control oficioso de constitucionalidad de las normas del ordenamiento jurídico del país. Sin embargo, a través de la institución procesal de la integración de unidad normativa, puede realizar el examen de constitucionalidad de disposiciones jurídicas que no fueron demandadas en casos excepcionales desarrollados en la jurisprudencia constitucional.

Ahora bien, estas reglas son igualmente aplicables a los escenarios de control de constitucionalidad oficioso conforme al Acto Legislativo 01 de 2016, pues la habilitación del constituyente fue restringida a las normas que se expidan con ocasión de la mencionada reforma constitucional y no se extiende a todo el ordenamiento jurídico.

De esta manera, la sentencia C-565 de 2017 eludió el análisis de la procedencia excepcional de este instrumento procesal, pues no justificó las razones por las cuales la Corte debía realizar la integración normativa del artículo 25 de la Ley 56 de 1981. En ese sentido, no se acreditó argumentativamente el cumplimiento de las reglas especiales de dicha causal, en el

entendido de que solo se limitó a exponer que el titular de las facultades a que hace referencia el artículo 25 de la Ley 56 de 1981 es el propietario del proyecto.

Bajo esta perspectiva, las dos normas no presentan una contradicción constitucional que habilite su integración normativa, pues con base en una interpretación sistemática es posible determinar el alcance de las mismas, sin que aquello implique un problema de trascendencia Superior.

Así las cosas, con base en las reglas jurisprudenciales expuestas y el carácter excepcional y restrictivo de las causales de procedibilidad, la integración de unidad normativa no era procedente en el caso bajo estudio de la Corte.

Ahora bien, de aceptarse la tesis de la posición mayoritaria, consistente en la procedencia de la integración de la unidad normativa, debió declararse la exequibilidad condicionada del artículo 25 de la Ley 56 de 1981, bajo el entendido de que el titular de las facultades a las que se refiere esa norma es el propietario del proyecto.

Este aspecto no fue tenido en cuenta por la providencia de la cual me aparto, puesto que la parte resolutive se limitó a declarar la exequibilidad pura y simple del Decreto 884 de 2017.

Conclusiones.

Para concluir, los argumentos contenidos en la sentencia de la referencia y que sustentaron la postura mayoritaria de la Corte, presentaron los siguientes problemas:

i. i) El lenguaje utilizado en la sentencia para el estudio del análisis de la validez del ejercicio

de las facultades especiales del Gobierno Nacional para la expedición de leyes en sentido material, se basó en la necesidad de que la Corte sea sensible a los elementos asociados al proceso transicional. Esta postura argumental desconoció los principios de separación de poderes y de independencia judicial, pues las razones expuestas hacen parte de las expresiones usadas por el ejecutivo para justificar la conveniencia política del Acuerdo de Paz suscrito con las FARC.

) La imposición de cargas argumentales desproporcionadas e injustificadas a los intervinientes en el proceso de constitucionalidad en escenarios de control previo y oficioso de normas.

) La falta de acreditación del requisito formal de necesidad estricta que justificara la expedición del decreto analizado porque:

- Se demostró la ausencia de justificación de la urgencia por la falta de identificación de las zonas del territorio que serían intervenidas.

- La materia objeto de regulación no era de implementación prioritaria conforme al Acuerdo Final.

- Se acreditó la indefinición de los términos para la implementación del PNER.

- El objeto del decreto se encontraba regulado reglamentariamente.

- Se planearon metas de política pública para el año 2030.
-) No se protegió el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades que pueden resultar afectadas con los proyecto del PNER.
-) La inconstitucionalidad material de los artículos 3º, 4º y 5º del Decreto 884 de 2017.
-) La ausencia de fundamentación y de decisión en la parte resolutive sobre la integración de la unidad normativa del artículo 25 de la Ley 56 de 1981.

Con base en lo expuesto, la Corte no podía declarar la exequibilidad del Decreto 884 de 2017, por lo que la decisión que se imponía era la declaratoria de inexequibilidad, conforme a las razones expuestas previamente.

Fecha ut supra

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA C-565/17

PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES-Desconocimiento (Aclaración de voto)

LENGUAJE OFICIAL-Alcance (Aclaración de voto)

LENGUAJE LEGAL-Relevancia constitucional (Aclaración de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Particularidades en contexto de justicia transicional
(Aclaración de voto)

CORTE CONSTITUCIONAL-Lealtad a la Carta Política en contextos de transición (Aclaración de voto)

FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Requisito de estricta necesidad no fue establecido en el Acto Legislativo 01 de 2016 (Aclaración de voto)

DECRETOS LEY DICTADOS EN EJERCICIO DE FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-

Requisito de estricta necesidad no debería analizarse en la revisión de los decretos ley expedidos en virtud de las facultades excepcionales constitucionales (Aclaración de voto)

A continuación, me permito aclarar el voto en relación con la Sentencia C-565 de 2017, pues si bien comparto la determinación de declarar exequible el Decreto Ley 884 de 2017, considero imprescindible clarificar un elemento de las consideraciones que ha sido objeto de la opinión disidente del fallo. Se trata de un aspecto de carácter argumentativo, relacionado con ciertas expresiones empleadas en la providencia. Este planteamiento, además, implica una acusación grave e infundada, de falta de independencia de la Corte, de ahí que me veo en el deber institucional, como ponente de la decisión, de realizar ciertas precisiones, en orden a reafirmar el trabajo imparcial, independiente y riguroso que, como en otras ocasiones, ha realizado la Sala Plena también en esta oportunidad.

Por otra parte, aclaro también el voto porque, como lo he señalado reiteradamente junto con otros magistrados, no comparto el requisito de competencia denominado “estricta necesidad”, de origen jurisprudencial, en el control de constitucionalidad de los decretos leyes de implementación del Acuerdo Final.

(i) La acusación contra la independencia de la Corte es infundada

La Sentencia ha sido señalada de utilizar lenguaje con una carga política y de conveniencia, propio del Ejecutivo al defender sus políticas de paz, por lo cual la Corte habría desconocido los principios de separación de poderes e independencia judicial. El uso de un lenguaje con

tales características se le atribuye a la mayoría de la Sala, por el hecho de afirmar que, al hacer el estudio sobre la validez del ejercicio de la habilitación legislativa para el Gobierno Nacional, no puede desconocerse la existencia de un contexto que tiende a la construcción de un escenario de paz, principio, derecho y deber del Estado, y objetivo previsto en la Constitución. De este modo, se censura la afirmación de que: “la Corte debe ser sensible a los elementos asociados al proceso transicional, como respuesta ineludible a su misión de ser la guardiana de la supremacía de la Carta”.

Obviamente, comparto la opinión acerca de la suma importancia que tiene la independencia de los tribunales constitucionales y, en particular la de esta Corte, en contextos de posconflicto, para la estabilidad de la estructura social y política que sustenta la Constitución.

Considero, también fundamental el lenguaje utilizado en las decisiones judiciales, en la medida en que a través del mismo se hacen públicos los razonamientos jurídicos, la persuasión de los argumentos y se proporciona, sobre la base de adecuadas razones, legitimidad a las providencias. El lenguaje, como ha sido sostenido por algunos, es la más rica y compleja herramienta de comunicación entre los hombres, pues con ella se pueden hacer una multiplicidad de cosas. Sin embargo, un sector de la minoría de la Sala adscribe a la expresión señalada un significado con el cual no fue empleada en la Sentencia y, por esta razón, resulta injusto el conjunto de efectos y connotaciones que, a partir de esta, se le atribuye a la decisión.

En el análisis adecuado de los argumentos debe tenerse en cuenta no solo los diversos usos del lenguaje y la fuerza con la cual este puede ser utilizado. Es imprescindible observar, también, el problema básico de indeterminación lingüística que afecta los discursos jurídicos. La expresión objeto de controversia, como la gran mayoría de vocablos en nuestra lengua, presenta un problema de ambigüedad. Como lo ha puesto de manifiesto la Corte en abundante jurisprudencia, en el lenguaje utilizado por las autoridades normativas pueden presentarse, entre los más importantes, dos tipos de indeterminación, vinculados al uso de las expresiones lingüísticas: por un lado, los conocidos problemas de ambigüedad y, por el otro, los límites impuestos por la vaguedad de los vocablos generales.

Mientras que la segunda clase de problemas se produce a causa de que no se tiene certeza de cuáles supuestos de hecho pueden ser subsumidos en su campo de aplicación, la primera se deriva de que los textos normativos son susceptibles de significados distintos. En otros términos, la vaguedad de las palabras revela los problemas que surgen en su uso para designar los objetos pertenecientes a una clase, en tanto que la ambigüedad hace relación a los varios sentidos o alcances que puede adquirir, según las circunstancias, un mismo texto. En este sentido, los problemas de vaguedad constituyen una propiedad objetiva e ineliminable del lenguaje, al paso que la indeterminación debida a la ambigüedad de los enunciados del Legislador depende de las convenciones lingüísticas, de las construcciones dogmáticas y los métodos interpretativos.

Pues bien, en la frase: “la Corte debe ser sensible a los elementos asociados al proceso transicional, como respuesta ineludible a su misión de ser la guardiana de la supremacía de la Carta”, el adjetivo “sensible”, aplicado a las diversas situaciones ligadas al proceso de transición, es efectivamente ambiguo y puede tener varios alcances. En un sentido general, podría ser, hipotéticamente y en abstracto, susceptible de dos significados: (i) que la Corte debe tomar en cuenta, al interpretar la Constitución, el contexto material de transición en el que se está desarrollando el control de constitucionalidad, o (ii) que la Corte debe ser receptiva y favorable al proyecto político del Gobierno sobre la paz. Había, sin embargo, pocas probabilidades de asumir que la Sala había planteado el argumento con la segunda interpretación.

La frase transcrita se formuló en el Fallo luego de indicarse que en el análisis sobre la validez del ejercicio de la habilitación legislativa para el Gobierno nacional no puede desconocerse la existencia de un contexto especial, que tiende a la construcción de un escenario de paz, principio, derecho y deber del Estado en la Constitución de 1991. En este sentido, de la argumentación que desarrollaba la Sentencia resulta evidente que el vocablo “sensible” fue empleado en el primer sentido indicado. Lo que buscó poner de manifiesto la Corte es la idea de que la Constitución del Estado no es solamente un documento escrito que debe ser leído

de forma aislada de la realidad, sino que posee un carácter dinámico y ha de ser interpretada a la luz de su contexto material, es decir, de los procesos económicos, sociales, políticos y culturales de la sociedad a la que rige, idea que ha sido recurrente en la jurisprudencia constitucional. En este caso concreto, quiso subrayar que no puede ignorarse el trasfondo transicional en el que se enmarca el control de constitucionalidad sobre los actos jurídicos de implementación del Acuerdo Final.

La anterior interpretación no solo resulta clara del contexto en el que se afirmó la referida frase sino que a esa conclusión puede arribarse fácilmente, pues se trata de un planteamiento al que ya había hecho referencia la Corte, en relación con el actual proceso de transición. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-699 de 2016, la Sala analizó una demanda que alegaba la sustitución de la Constitución por la creación del trámite legislativo abreviado (fast track) y la concesión de facultades especiales al Presidente de la República para la implementación del Acuerdo Final. En este caso, la Corte sostuvo que la Constitución tiene un nivel de resistencia relativa adaptable a la transición, en los siguientes términos:

“35.4. La resistencia al cambio que detentan las normas constitucionales es ciertamente superior a la de las leyes, pero el grado de superioridad es un aspecto susceptible de adaptación transicional. En efecto, una Constitución debe tener procedimientos de enmienda, y puede intentar institucionalizar su propia sustitución por otra opuesta o integralmente diferente, pero no puede interpretarse como un pacto que propicie su propia destrucción. La superior resistencia al cambio de las normas constitucionales es una manera de reforzar precisamente los compromisos fundamentales expresados en ellas. Es claro que ese principio de resistencia relativa cede en flexibilidad, sin desaparecer, cuando esos compromisos se encuentren en permanente riesgo de ineffectividad, por ejemplo, por estar erosionados a causa de una guerra. La parte orgánica de la Constitución, a la cual pertenecen en buena medida los fundamentos del principio de rigidez específica, encuentran sentido como instrumentos de garantía de la parte dogmática, en la cual están las aspiraciones constitucionales de superar los conflictos armados y alcanzar la paz. La Corte dijo desde muy temprano, por eso mismo, que «la parte orgánica de la Constitución sólo se explica como

derivación del contenido axiológico de la parte dogmática, como instrumentalización de los principios, valores y derechos constitucionales». En contextos de transición de un conflicto armado hacia su terminación, la garantía de la “integridad” del orden constitucional que esta Corte debe guardar (CP art 241), implica examinar el principio de resistencia constitucional con una dosis de adaptabilidad que asegure la conservación de sus compromisos”.

De esta forma, así como en el Fallo citado (bajo la noción de adaptabilidad), en la presente Sentencia, la mayoría solamente reiteró que en el control de constitucionalidad de los actos normativos de implementación del Acuerdo Final, tanto en relación con el procedimiento como en cuanto al fondo, la interpretación de la Constitución no puede perder de vista la realidad material de transición sobre la cual se proyecta la función de la Corte. Ello, de hecho, como se indicó en la cita anterior, viene impuesto por la obligación estatal de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la propia Carta Política. La crítica hacia la expresión utilizada, en cambio, opta por atribuir a ella la interpretación menos razonable y políticamente más comprometida.

A mi juicio, se recurre al expediente de adscribir conscientemente a las palabras de la mayoría un alcance que evidentemente no tienen, con el propósito de facilitar el ataque a la solidez de la decisión. Así mismo, se agrega de forma articulada con lo anterior, una acusación de falta de independencia de la Corte, con lo cual se acude a un elemento de emotividad del lenguaje, para hacer más incisivo el argumento. Todo el planteamiento, sin embargo, carece de sustento, por cuanto parte del supuesto de que la Sentencia hace una afirmación que, en realidad, nunca hizo, de tal manera que se termina discutiendo y se pretende haber vencido un adversario que nunca existió (es la conocida falacia del “hombre de paja”).

Así, estoy completamente de acuerdo con que a la Corte no le corresponde actuar de manera receptiva respecto a un proyecto político del gobernante de turno. Precisamente así actuó en esta oportunidad y ello muestra la independencia, autonomía y rigurosidad con que efectuó y

ha venido llevando a cabo su papel de guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución.

(ii) El requisito de estricta necesidad es superfluo e innecesario

Como lo he señalado en varias oportunidades, junto con otros magistrados, en los casos en los cuales la Corte ha analizado la constitucionalidad de normas con fuerza de ley expedidas por el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016, el requisito de estricta necesidad no fue establecido en tal reforma constitucional, ni se infiere de sus disposiciones. Se trata, en cambio, de una creación jurisprudencial, que resulta superflua e innecesaria.

La denominada estricta necesidad es superflua dado que, dentro del test de competencia, se analiza si las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional satisfacen el requisito de conexidad (objetiva, estricta y, por lo tanto, suficiente). Estos elementos, de configurarse, dan cuenta de la urgencia e imperiosidad de la expedición normativa al inscribirse en el marco de implementación del Acuerdo Final. Por lo tanto, no hace falta una carga argumentativa adicional en cabeza del Gobierno Nacional para justificar por qué las vías ordinarias adicionales no son adecuadas para la expedición de las normas contenidas en los decretos proferidos al amparo de las facultades presidenciales para la paz.

Aunado a lo anterior, si bien la Sala Plena, en su mayoría, afirma que el requisito de estricta necesidad persigue la protección del principio de separación de poderes, un eje de la Constitución, lo cierto es que este último se encuentra plenamente garantizado a través de diversas medidas expresamente previstas en el Acto Legislativo 01 de 2016. Estas se concretan en (i) el límite temporal, de 180 días para el uso de las facultades especiales, y (ii) la prohibición de expedir por esta vía contenidos propios de la competencia del Congreso de la República, como actos legislativos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, códigos, leyes que requieran mayorías calificada o absoluta para su aprobación o leyes que decretan impuestos.

Por las razones expuestas, considero que el requisito de estricta necesidad no le es exigible al Gobierno y, en esta medida, la Corte no debería analizarlo en la revisión de los decretos ley expedidos en virtud de las citadas facultades excepcionales constitucionales.

En los anteriores términos, dejo expuestas las razones que me conducen a aclarar el voto dentro de la Sentencia C-565 de 2017.

Fecha ut supra

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada