

Editorial

ANÍBAL ZÁRATE¹

La Constitución Política de 1991 establece que es el Congreso la autoridad competente para determinar la estructura de la administración pública del orden nacional². La jurisprudencia constitucional es clara en indicar que la estructura comprende no solo la creación, supresión o fusión de los organismos que la integran, sino también el señalamiento de la arquitectura interna de cada uno de estos organismos, la precisión de sus misiones, la determinación de sus órganos principales y la definición de sus funciones³. A su vez, el artículo 154 de la Constitución estableció una reserva de iniciativa a favor del gobierno para los proyectos de ley que establezcan o modifiquen la estructura de la administración nacional. De esta manera, la Corte Constitucional ha declarado inexecutable disposiciones que atribuyen o modifican funciones de las entidades que la integran, en los términos del artículo 39 de la Ley 489 de 1998, al no contar con la iniciativa del gobierno en el trámite legislativo⁴. Otra manera de vincular al ejecutivo en la tarea de determinar la estructura de la administración consiste en la atribución de facultades extraordinarias, en virtud de las cuales el propio Congreso habilita al Presidente para expedir decretos con fuerza de ley⁵ para crear, escindir, fusionar y suprimir el número, estructura orgánica y orden de precedencia de organismos principales y

1 Doctor en Derecho Público, Universidad Paris II, Panthéon-Assas, París, Francia. Docente investigador y Director del Grupo de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: anibal.zarate@uexternado.edu.co Para citar el artículo: ZÁRATE, A., "Editorial", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 18, segundo semestre, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 3-6. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n18.01>

2 Art. 150 num. 7 de la Constitución Política.

3 Por ejemplo, Corte Constitucional. Sentencias C-299 de 1994 y C-869 de 2003; Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia de 9 de mayo de 1974.

4 Corte Constitucional. Sentencia C-482 de 2002.

5 "Siguiendo el criterio de interpretación fijado por la jurisprudencia constitucional, a través del reconocimiento de las facultades extraordinarias el Congreso 'confía' al Ejecutivo mediante la figura de la 'comisión', el cumplimiento de una labor que por naturaleza le corresponde, pero que a causa del dispendioso procedimiento legislativo, al interés que prima sobre su pronta realización y al hecho de tratarse de asuntos técnicos o complejos conocidos con profundidad por el Gobierno, la misma puede ser llevada a cabo en forma más efectiva y rápida por la Rama Ejecutiva del Poder Público": Corte Constitucional. Sentencia C-306 de 2004.

adscritos y vinculados de los sectores central y descentralizado por servicios de la rama ejecutiva⁶.

En el marco de las disposiciones transitorias de la Constitución adoptadas para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz duradera, el pasado 4 de abril de 2017, mediante Acto legislativo 01 de 2017, se crearon, como componentes del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV) y la Unidad para la Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas en el Contexto y en Razón del Conflicto Armado (UBPD). Las disposiciones que las crean establecen que la ley reglamentará el mandato, funciones, composición y funcionamiento de estos órganos, conforme a los principios orientadores contenidos en el Acuerdo final e incluyendo los mecanismos de rendición de cuentas sobre su gestión, sin que estos menoscaben su autonomía frente al ejecutivo⁷.

El Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el Acto legislativo 01 de 2016, expidió los decretos leyes 588 y 589 de 5 de abril de 2017, por medio de los cuales se organizan la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad y la Unidad de Búsqueda de Personas, respectivamente. Pero, ¿son exequibles estas disposiciones? De una parte, el artículo transitorio 2 del Acto legislativo 01 de 2016 establece un ámbito de material amplio de las facultades extraordinarias que confiere al ejecutivo para expedir los decretos con fuerza de ley cuyo contenido tendrá por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo final para la terminación del conflicto. De manera que, para sus autores, los decretos leyes no contienen "elementos extraños o ajenos que no respondan a la necesidad de establecer el marco jurídico del Acuerdo", por lo que todos estos "se ajustan al Acuerdo final" y tienen como propósito el desarrollo legal necesario para hacer realidad los órganos que se crean⁸. De este modo, los decretos cumplirían con las condiciones establecidas por la Corte Constitucional en las sentencias C-699 de 2016 y C-160 de 2017, al guardar una conexidad objetiva, estricta y suficiente con la implementación del Acuerdo final y ser

6 P. ej., art. 18 de la Ley 1444 de 2011.

7 Artículos transitorios 2 y 3 del Acto Legislativo 01 de 2017. El artículo 2 señala: "... La Ley reglamentará el mandato, funciones, composición, y funcionamiento conforme a los principios orientadores dispuestos en el sub-punto 5.1.1.1 del Acuerdo Final, incluyendo los mecanismos de rendición de cuentas sobre su gestión, siempre que ellos no menoscaben la autonomía de la Comisión...". A su vez, el artículo 3 dispone: "... La Ley reglamentará la naturaleza jurídica, el mandato, funciones, composición, y funcionamiento de la Unidad, incluyendo los mecanismos de rendición de cuentas sobre su gestión, siempre que ellos no menoscaben su autonomía. La ley establecerá las atribuciones necesarias con las que contará la UBPD para cumplir efectivamente su mandato de búsqueda humanitaria y extrajudicial".

8 Ver considerandos de los decretos leyes 588 y 589 de 5 de abril de 2017.

necesarios para la consolidación efectiva de la transición y la construcción de la paz estable y duradera. De otra parte, el artículo transitorio 2 del Acto legislativo 01 de 2016 contiene un ámbito de aplicación temporal amplio de las facultades extraordinarias dadas al ejecutivo, denominadas "facultades presidenciales para la paz", de 180 días contados a partir de la entrada en vigencia del Acto legislativo 01 de 2016 y que, conforme a su artículo 5 transitorio, se daría con la refrendación popular del Acuerdo. Puesto que el pasado 30 de noviembre de 2016 tuvo lugar la refrendación del Acuerdo en el Congreso⁹, es posible indicar que los decretos respetarían también los límites temporales que otorga el artículo 2 del Acto legislativo 01 de 2016. Esto, asumiendo que las facultades extraordinarias atribuidas en 2016 puedan ser utilizadas para regular las materias que, con posterioridad, en el año 2017, el constituyente derivado otorgó al legislador.

Teniendo en cuenta que el ejercicio de facultades extraordinarias conlleva el desplazamiento de una competencia constitucional de una a otra rama del poder público, esto es, una alteración en el reparto de competencias normativas entre el Congreso y el Ejecutivo, su ejercicio, en términos de la Corte Constitucional, "es por esencia excepcional y de interpretación restrictiva"¹⁰. Si bien los decretos satisfacen los presupuestos de orden temporal y material para el ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 2 transitorio del Acto legislativo 01 de 2016, la reforma constitucional contenida en el Acto legislativo 01 de 2017 es posterior a la atribución de facultades extraordinarias al ejecutivo. De ahí que sea posible cuestionarnos acerca de la constitucionalidad de los decretos leyes expedidos por el gobierno el pasado 5 de abril de 2017. ¿No era acaso necesaria una nueva atribución de facultades extraordinarias para que el gobierno pudiera reglamentar la composición, mandato y funcionamiento de estos órganos? El carácter excepcional y restrictivo de las facultades extraordinarias se explica por cuanto el propósito inmediato es evitar que la expedición de leyes "vaya a tener permanente ocurrencia por fuera del foro público, sin que haya lugar a las deliberaciones y debates que por regla general debe[n] anteceder a su aprobación y que son de la esencia de todo sistema democrático"¹¹. La respuesta a estos interrogantes dependerá de si la Corte entiende que la reserva de ley creada es en sentido formal o en sentido material. Por regla general la Corte Constitucional ha juzgado que se trata de una reserva de ley en sentido formal y, por lo tanto, que la regulación debe ser expedida por el Congreso. Como este último punto admite discusión, habrá que esperar a conocer la decisión de sus nuevos magistrados.

9 <http://www.semana.com/nacion/articulo/refrendado-el-nuevo-acuerdo-de-paz/507536>

10 Corte Constitucional. Sentencia C-306 de 2004.

11 *Ibíd.*

Se invita a la comunidad académica a las Jornadas de Derecho Administrativo que se realizarán los días 30, 31 de agosto y 1.º de septiembre. Este año se abordará un análisis novedoso de la contratación estatal, pues no solo se tratarán temas clásicos, como los procesos de selección de contratistas o el ejercicio de prerrogativas de poder, sino que adicionalmente se ahondará en la introducción de técnicas de regulación a través de entidades públicas como Colombia Compra Eficiente, la distribución de riesgos, las asociaciones público-privadas, entre otros. El evento que se promociona no solo contará con la presencia de los docentes del Departamento de Derecho Administrativo y conferencistas nacionales de otras universidades, sino también con la participación de seis ponentes extranjeros que desde sus propias experiencias analizarán problemáticas e interrogantes también formulados en el caso colombiano.

¡Una provechosa lectura!