



Intervención ante la Corte Constitucional

Concepto del Consejo de Estado Proyecto de Ley Estatutaria 94/15 Senado, 156/15 Cámara “por el cual se regula el plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”.

Atendiendo a la invitación de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado presenta su concepto relativo al análisis de constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria 94/15 Senado, 156/15 Cámara “*por el cual se regula el plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*”. Esta invitación se extendió por la Corte Constitucional mediante auto del 27 de enero de 2016, con fundamento en el artículo 13 de Decreto Ley 2067 de 1991.

Teniendo en cuenta que el concepto se centrara en el tema del umbral previsto para la aprobación o no del plebiscito, se hará referencia en primer lugar, a la regla de constitucionalidad vigente sobre la libertad de configuración del legislador, luego, al marco normativo del examen de constitucionalidad, y posteriormente al análisis de compatibilidad constitucional del proyecto de ley estatutaria objeto de examen.

1. La regla de la libertad de configuración legislativa en el Proyecto de Ley Estatutaria 94/15 Senado, 156/15 Cámara

Respecto a la libertad de configuración del legislador, la Corte Constitucional señaló recientemente¹, que tratándose de asuntos de tinte electoral, la expansión del principio democrático si bien es un aspecto importante, no es el único que debe tenerse en cuenta para determinar los alcances de tal libertad, pues no siempre plantea soluciones claras o definitivas; en consecuencia, el Congreso tiene esa potestad que no es uniforme y depende del grado de regulación constitucional de la materia (tratándose de plebiscito es meramente enunciativa). Así las cosas, se ha aceptado la existencia de una regla que habilita fijar condiciones adicionales a las determinadas en la Constitución para la realización de un plebiscito.

¹ Sentencia C-150 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.



La Corte acepta en su jurisprudencia que el grado de impacto que puede tener en la materia la voluntad legislativa, debe confrontarse en cada caso con la densidad de la regulación constitucional, así, se reitera, siendo la regulación constitucional del plebiscito meramente enunciativa (artículo 103 superior), el legislador tiene un margen de libertad de configuración amplio, que atienda el principio de expansión democrático.

Al estudiar la norma relativa a la exigencia de la mayoría del censo electoral para la aprobación del plebiscito, la Corte Constitucional consideró que era “francamente desmesurada” en comparación con la exigencia legal para los demás mecanismos de participación ciudadana² (en tal evento no retiró del ordenamiento jurídico la disposición); sin embargo, ello supone no solo la libertad de configuración legislativa al respecto, sino la necesidad de que el umbral de aprobación se ajuste a la realidad material.

La sentencia C-179 de 2002, en la cual se estudió la constitucionalidad del entonces proyecto de Ley Estatutaria sobre el voto programático, estableció que *“la democracia participativa supone una tendencia expansiva. Esta característica significa que el principio democrático debe ampliarse progresivamente a nuevos ámbitos y hacerse cada vez más vigente, lo cual exige la construcción de una nueva cultura que debe paulatinamente implementarse en la sociedad política. Se trata pues de una maximización progresiva de los mecanismos que permiten el acceso al poder político, y el ejercicio y control del mismo, así como la injerencia en la toma de decisiones. Desde este punto de vista, la tendencia expansiva de la democracia participativa proscribire los obstáculos y trabas que impiden la efectiva realización de la democracia, y el excesivo formalismo de las normas que regulan el ejercicio de los derechos políticos”* (subrayado fuera del original).

En todo caso el análisis de constitucionalidad de las Leyes 130 de 1994 y 1757 de 2015, se realizó para contextos de normalidad política, democrática y jurídica, siendo su principal fundamento el artículo 103 de la Constitución Política y el principio participativo.

² Sentencia C-180 de 1994, M.P. Eduardo Herrera Vergara.



2. Marco jurídico del plebiscito en el contexto de transición

Tratándose de un proceso de paz es necesaria la implementación de justicia transicional no sólo en temas de tipo penal o procedimental, sino constitucional, como forma de garantizar la concreción de un bien jurídico superior como lo es la paz, siempre que se respete el procedimiento correspondiente.

Es por eso que el marco normativo constitucional del Proyecto de Ley objeto de estudio, debe analizarse bajo el entendido de que se están diseñando mecanismos propios que respeten las obligaciones constitucionales, para cada una de las partes en conflicto, tal como lo señala el artículo 66 transitorio de la Constitución Política³.

En tal contexto debe articularse y armonizarse el contenido del artículo 103 Superior, que ha sido el fundamento del análisis constitucional frente a las leyes que consagran los mecanismos de participación ciudadana, con la realidad de una justicia transicional que está amparada en el preámbulo constitucional, el artículo 22 de esta norma y la interpretación que se le ha dado por la Corte Constitucional⁴ que señala que la paz constituye el pilar esencial que impone al Estado, el deber de respetar, proteger y garantizar todos los derechos de la sociedad e implica reformas estructurales y políticas incluyentes.

En concordancia con el ordenamiento nacional las organizaciones internacionales, como la Organización de Naciones Unidas (ONU), la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Corte Penal Internacional (CPI), han señalado que la paz es un valor e interés superior de la humanidad que toda la comunidad internacional debe perseguir y mantener.

La ONU tradicionalmente acepta en temas de refrendación en procesos de justicia transicional, el mínimo de participación. De acuerdo con el ex Secretario General de la ONU, justicia, paz y democracia no son objetivos mutuamente excluyentes sino más bien imperativos que se refuerzan uno al otro. Entonces, los gobiernos asumen procesos de largo plazo para el fortalecimiento del Estado de Derecho y el fomento de la democracia. Sin embargo, en lo que

³ Introducido por el Acto Legislativo 01 de 2012.

⁴ Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



se refiere al seguimiento de procesos que promueven las consultas nacionales la OACNUDH afirma que:

- Los resultados de las consultas deben tenerse muy en cuenta pero no deben atar las manos de las autoridades competentes con poder de decisión. Esto se ajusta al derecho humano de participación, que exige que las opiniones se tengan en cuenta escrupulosa y respetuosamente, pero no entraña la expectativa de que esas opiniones se pongan necesariamente en práctica.
- Incluso si las opiniones no se ponen en práctica, pueden constituir una valiosa fuente de información sobre la capacidad y la voluntad de las comunidades de llevar a cabo la reconciliación y la rehabilitación, así como sobre la asistencia que se necesita. Como tales, son importantes para las autoridades en general y para los agentes.

En este sentido, el ex Secretario General de la ONU⁵ ha destacado que en los procesos de posconflicto es necesario equilibrar los objetivos que buscan la rendición de cuentas, la verdad, la reparación, la conservación de la paz y el fortalecimiento de la democracia en el marco del Estado de Derecho. Atendiendo a ello, según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) en el marco de procesos de transición hacia la paz, es importante cumplir con dichos objetivos, así como promover procesos de consulta⁶ que abran un espacio de participación y reflejen experiencias reales de las personas que se vieron afectadas por el conflicto armado, y así poder delimitar sus derechos y necesidades.

En suma el marco jurídico necesario para examinar la constitucionalidad del aspecto específico que aquí se analiza del Proyecto de Ley Estatutaria (artículo 2, numeral 3) no se agota en el artículo 103, sino que involucra las normas constitucionales e internacionales relevantes sobre justicia transicional.

⁵ ONU, Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. S/2004/616.

⁶ Cfr. OACNUDH, *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Consultas nacionales sobre la justicia de transición*. Naciones Unidas. Nueva York y Ginebra, 2009.



3. Análisis de compatibilidad constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria 94/15 Senado, 156/15 Cámara

De conformidad con el artículo 241.8, la Corte Constitucional debe decidir la constitucionalidad de los proyectos de las leyes estatutarias por vicios de forma y de fondo.

El proyecto de ley estatutaria por medio de la cual se regula el plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, plantea para el específico cometido de la refrendación ciudadana de los acuerdos de paz logrados con las FARC, la implementación de un mecanismo de participación ciudadana de características especiales pero remitiéndose igualmente, a las normas que regulan la materia.

Visto su contenido, el proyecto de ley guarda relación con los temas sometidos a reserva de ley estatutaria por la Constitución Política (artículo 152, literal d).

Plantea en su artículo 2.3, lo siguiente:

“Se entenderá que la ciudadanía aprueba este plebiscito en caso de que la votación por el sí obtenga una cantidad de votos mayor al 13 % del censo electoral vigente y supere los votos depositados por el no.”

El Proyecto de Ley introduce un umbral especial para la aprobación del plebiscito con el fin de validar los acuerdos conseguidos entre el Gobierno y las FARC en la Mesa de Conversaciones para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Duradera, que se diferencia del consagrado en la Ley Estatutaria 1757 de 2015, que exige el 50 % del censo electoral para su validación, y la mayoría simple de votos para su aprobación.

En este último caso, para el umbral de aceptación se cuentan los votos totales y se exige que se supere dicho porcentaje (50 %), pero, en cuanto al umbral de aprobación, únicamente se contabilizan los votos favorables a la iniciativa, que deben superar la mitad más uno del umbral de aceptación; en otras palabras, superar el 25 % de los votos obtenidos.



En el caso bajo estudio, el Proyecto de Ley Estatutaria concibe únicamente el 13 % como umbral de aprobación, de manera que los votos por el *sí* deben alcanzar tal porcentaje. En cuanto al umbral de aceptación, el proyecto de ley no contiene norma alguna.

Este cambio se justifica en la necesidad de fomentar la participación de los ciudadanos en este tipo de mecanismos, puesto que es posible votar desfavorablemente la iniciativa del plebiscito o abstenerse y que los votos favorables no alcancen el 13 % de quórum requerido. De esta manera se garantizan todas las formas de participación posibles y avaladas por la Constitución.

Vale la pena resaltar que la participación así concebida está dentro del amplio marco de configuración con que cuenta el legislador, y pretende hacer énfasis en la participación cualitativa más allá de una exigencia cuantitativa, donde no se excluye a la oposición y se armonizan los principios fundamentales de paz y democracia.

Si bien podría haber una restricción al abstencionismo⁷ este se justifica en tanto se persigue el principio superior de la paz, que incluye una pronta finalización del conflicto y la desmovilización del grupo armado FARC-EP.

El texto del artículo 2.3 al plantear el 13 % de aprobación pretende una mayor participación activa en los comicios dada la tendencia abstencionista de la sociedad colombiana; y tal disposición no contraviene los postulados constitucionales que consagran el voto como un derecho y un deber, y más relevante aún, no desconoce el abstencionismo –solo se restringe, como ya se explicó– como forma válida de participación en el sistema democrático participativo debido a que el quórum exigido, al no ser validatorio sino aprobatorio, justifica su porcentaje en el sentido de que necesita un número mínimo de sufragantes que voten por el *sí*, lo que quiere decir que las personas que estén en desacuerdo deberían salir a votar por el no.

⁷ La Corte Constitucional en las sentencias C-041 de 2004, C-550 de 2003, C-490 de 2011 y C-150 de 2015 señala de manera general que la abstención constituye una opción de participación protegida constitucionalmente dada su eficacia jurídica, estrategia legítima de oposición e incluso, como decisión válida de las personas de sustraerse de la vida pública y plantearse un proyecto de vida lejos de alguna intervención política.

Consejo de Estado



Presidencia

De conformidad con lo expuesto anteriormente, no se avizoran vicios de constitucionalidad que impliquen un concepto negativo por parte de esta Corporación.

Gracias,

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente