

Bogotá D. C., 22 de marzo de 2017

**Honorable Magistrado
AQUILES ARRIETA
CORTE CONSTITUCIONAL
E.S.D.**

Asunto: Concepto del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia–. Expediente N° RDL - 005. Revisión de constitucionalidad del Decreto-Ley 249 de 14 de febrero de 2017, por medio del cual se “regula la contratación para la erradicación manual de cultivos ilícitos en el marco del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”

César Augusto Rodríguez Garavito, Mauricio Albarracín Caballero, Maryluz Barragán González, Diana Isabel Güiza Gómez, Isabel Pereira Arana y Luis Felipe Cruz Olivera, director e investigadores del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia–, identificados/as como aparece al pie de nuestras correspondientes firmas, presentamos concepto sobre el Decreto-Ley 249 de 14 de febrero de 2017 (en adelante DL 249/2017), en respuesta a la invitación realizada por la Corte Constitucional.

En nuestro criterio, el DL 249/2017 es inconstitucional, por cuanto (i) no cumple con el criterio de estricta necesidad y (ii) vulnera de los principios de legalidad, debido proceso y publicidad, que son aplicables a los procedimientos de contratación estatal. Por estas razones, solicitamos a la Corte que declare **INEXEQUIBLE** el DL 249/2017.

Para desarrollar estos argumentos, nuestra intervención se divide en tres partes. En primer lugar, estudiamos si el Presidente de la República, al momento de expedir el DL 249/2017, se extralimitó o no en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2016, de acuerdo a los criterios establecidos por la Corte Constitucional, en las sentencias C-699 de 2016 y C-160 de 2017. En segundo lugar, demostramos que el DL 249/2017 es inconstitucional porque, además, la forma de contratación que adopta para la erradicación manual de cultivos de uso ilícito viola los principios básicos de la contratación estatal. En tercer y último lugar, concretamos la solicitud derivada del estudio de constitucionalidad.

1. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA SE EXTRALIMITÓ EN EL EJERCICIO DE LAS FACULTADES EXTRAORDINARIAS AL MOMENTO DE EXPEDIR EL DL 249/2017

Antes de revisar la constitucionalidad del contenido del DL 249/2017, la Corte deberá analizar si el Presidente de la República, al expedir esa norma con fuerza de ley, cumplió o no con los criterios de competencia material, conexidad, finalidad y estricta necesidad, que

debe reunir para ejercer las facultades extraordinarias que le fueron otorgadas por el artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2016¹. En nuestro concepto, el Presidente se extralimitó en el ejercicio de las facultades extraordinarias, pues el DL 249/2017 solamente reúne los criterios de competencia material, conexidad y finalidad, pero no cumple el criterio de estricta necesidad. Es por ello que solicitaremos a la Corte que declare inexecutable dicha norma. Para sustentar nuestra posición, a continuación describimos los presupuestos que la jurisprudencia constitucional ha fijado para que el Presidente use las facultades especiales para la paz, resumimos el contenido y el alcance del DL 249/2017, y verificamos el cumplimiento de cada uno de dichos criterios.

(i) ***Criterios establecidos en el Acto Legislativo 1 de 2016 y la sentencia C-699 de 2016, para el ejercicio de las facultades especiales para la paz***

El artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2016 habilitó al Presidente de la República a expedir decretos con fuerza de Ley, para cumplir “*el objetivo de facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la terminación del conflicto*”. En la Sentencia C-699 de 2016, que declaró executable ese Acto Legislativo, la Corte Constitucional estableció que la habilitación otorgada al Presidente de la República tiene las siguientes características. Primero, no excluye otras leyes habilitantes que pudieran otorgar facultades extraordinarias al Presidente, para desarrollar o implementar el Acuerdo Final. Segundo, el uso de esas facultades supone la refrendación popular del Acuerdo Final, en los términos indicados en esa misma sentencia. Tercero, dichas facultades extraordinarias están limitadas en el tiempo, pues el Presidente podrá ejercerlas dentro de los 180 días contados desde la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2016. Cuarto, tales facultades no se pueden usar para expedir “*actos legislativos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes códigos, leyes que necesitan mayorías calificada o absoluta para su aprobación, ni para decretar impuestos*”. Quinto, los decretos-leyes que se expidan en ejercicio de esas facultades extraordinarias están sujetos a control constitucional automático y posterior a su entrada en vigencia, dentro de los dos meses siguientes. Y, sexto, dichas facultades tampoco pueden usarse para regular asuntos sometidos a reserva de ley que no estén mencionados en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política o en el artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2016.

De lo anterior, se desprende que, para el ejercicio de las facultades presidenciales para la paz, el Presidente de la República debe ceñirse a unos criterios de competencia material, conexidad, finalidad y estricta necesidad con el Acuerdo Final. Esos criterios han sido desarrollados en las sentencias C-699 de 2016 y C-160 de 2017. En el comunicado de prensa 11 de 2017, que publica el sentido de la segunda sentencia, la Corte puntualiza que “*el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en el art 2° del A.L. 1 de 2016 está supeditado a que se acredite suficientemente, no solo la relación de conexidad entre las medidas adoptadas y la implementación del Acuerdo Final, sino, también, la estricta necesidad de acudir a la vía extraordinaria*” (subrayas no originales).

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-699 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa.

El criterio de **competencia material** indica que toda norma que sea expedida, en ejercicio del artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2016, debe respetar el ámbito de competencia y los temas que ese mismo texto ha delineado. El Presidente de la República fue habilitado con el margen suficiente para producir normas con fuerza de ley que dieran alcance a los contenidos del Acuerdo Final. Sin embargo, el texto constitucional ha impuesto límites sustanciales para el ejercicio de estas facultades, como son la prohibición expresa de expedir actos legislativos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes códigos, leyes que requieren mayorías calificada o absoluta para su aprobación, ni decretar impuestos. En otras palabras, el Presidente no está autorizado para tratar temas que no pueden ser delegados por el Congreso de la República, a través de facultades extraordinarias. Por ejemplo, por esta vía no se podrían emitir normas que impongan obligaciones tributarias, a pesar del hecho de que el recaudo tributario sea un factor importante en la disposición de recursos para implementar las obligaciones del Acuerdo Final.

El **criterio de conexidad** indaga si el respectivo Decreto-Ley está clara y estrechamente vinculado a los contenidos específicos o reglamenta el funcionamiento de la implementación normativa del Acuerdo Final. Este criterio deriva de la esencia de las facultades extraordinarias otorgadas por esa reforma constitucional. Según esa norma, el Presidente de la República es competente para hacer uso de las facultades especiales para la paz sólo en aquellos asuntos que se derivan del “*objetivo de facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo*” de lo firmado. En este sentido, las facultades especiales para la paz no son una carta abierta para que el Gobierno incorpore reformas que, en tiempos ordinarios, no ha podido emitir. Por ejemplo, la Ley 30 de 1992, que organiza el servicio público de la Educación Superior, no podría ser reformada a través de un Decreto-Ley, ya que no existe una relación directa entre esta modificación y el Acuerdo Final ni su implementación normativa.

Ahora, el respectivo Decreto-Ley, además de los dos criterios señalados, debe perseguir el fin de construir una paz estable y duradera, es decir, debe cumplir el **criterio de finalidad**. Este criterio analiza si efectivamente las medidas decretadas por el Presidente de la República tienen por propósito facilitar y asegurar la implementación del Acuerdo Final. De esta manera, el Acto Legislativo que habilitó al Presidente a emitir decretos con fuerza de ley indica una cierta interpretación teleológica, donde cada norma debe dirigirse a materializar la implementación del Acuerdo. Por ejemplo, aquellas medidas que se decreten para garantizar la vida e integridad personal de líderes y lideresas sociales que, a lo largo del 2016 y lo que va de 2017, han sido víctimas de violencia y amenazas² se consideran un asunto de principal importancia para el proceso de construcción de la paz estable y duradera.

Por último, el **criterio de estricta necesidad**, mencionado por la Corte Constitucional en su análisis del Decreto-Ley 2204 de 2016, indica que el uso de las facultades extraordinarias “*supone comprobar que la vía extraordinaria utilizada tenga efectivamente una*

² De acuerdo con el “Informe Contra las cuerdas” del Sistema de Información Sobre Agresiones Contra Defensores de DDHH en Colombia – SIADDHH, durante el 2016 se presentó un incremento de la violencia en contra del movimiento social con cifras que oscilan desde los 125 a 80 homicidios.

justificación estricta por parte del Presidente de la República". En este sentido, a pesar de que un asunto sea decretado conforme a los criterios de competencia material, conexidad y finalidad, el Presidente también debe argumentar por qué opta por esta vía y no por la vía ordinaria ni por el mecanismo legislativo especial que trata el artículo 1 del Acto Legislativo No. 1 de 2016. Esto supone que, para su uso, no es suficiente que el Presidente invoque una urgencia cualquiera, pues el mecanismo denominado *Fast Track* también garantiza un procedimiento ágil para la expedición de las normas legales que desarrollen los acuerdos, algo fundamental para evitar que el Congreso se vea privado de su competencia legislativa.

Precisamente, la Sentencia C-699 de 2016 declara que *"la rama legislativa tiene competencia principal para legislar"*, por lo que *"se justifica ejercer las facultades previstas en el artículo 2 demandado solo en circunstancias extraordinarias, cuando resulte estrictamente necesario apelar a ellas en lugar de someter el asunto al procedimiento legislativo correspondiente"*. La consecuencia jurídica de lo anterior es que el Presidente de la República, al hacer uso de las facultades extraordinarias, tiene una doble carga argumentativa con respecto de la estricta necesidad, esto es, en las consideraciones de cada Decreto-Ley, el Presidente debe exponer las razones por las cuales la expedición de la norma no se hace a través de la vía ordinaria ni por medio del mecanismo legislativo especial denominado *Fast Track*.

(ii) Contenido y alcance del DL 249/2017

El Presidente de la República enuncia las siguientes consideraciones, para expedir el DL 249/2017. Primero, para contribuir al propósito de sentar bases para la construcción de una paz estable y duradera es necesario encontrar una solución al problema de las drogas ilícitas, especialmente, en aquellas regiones marcadas por la pobreza y abandono, donde los cultivos de uso ilícito han incidido *"en la profundización de su marginalidad y de la inequidad"*. Segundo, el Acuerdo Final ha diseñado el Programa Nacional Integral de Sustitución de cultivos de uso ilícito (PNIS) que tiene como principio la sustitución voluntaria que *"conlleva la decisión y el compromiso de los cultivadores y cultivadoras de abandonar los cultivos"*, con el fin de generar confianza entre las comunidades. Tercero, en aquellos lugares donde ya se encuentre operando el PNIS, aquellas personas que no manifiesten su decisión de sustituir o incumplan los compromisos adquiridos en los acuerdos con el gobierno y otras entidades territoriales, *"sin que medie caso fortuito o fuerza mayor a pesar de los esfuerzos del programa"*, el Gobierno erradicará esos cultivos, *"priorizando la erradicación manual donde sea posible"*. Cuarto, existe una Política Nacional de Erradicación Manual de Cultivos Ilícitos contenida en el documento CONPES 3669 de 2010 que tiene por objeto *"afianzar procesos integrales y sostenibles de erradicación manual y desarrollo alternativo"*.

Quinto, la erradicación manual tiende a la consolidación de áreas libres de cultivos ilícitos y, de esa manera, permite nuevas alternativas para la mejora de las condiciones de bienestar y buen vivir de las comunidades, así como *"la conservación de ecosistemas, el uso sostenible de recursos naturales, la implementación de bienes y servicios ambientales, la generación de ingresos alternativos en zonas social y ambientalmente estratégicas, el*

restablecimiento de lazos de confianza entre las comunidades y el Estado". Sexto, la erradicación manual constituye una herramienta fundamental para la construcción y consolidación de una paz estable y duradera, en la medida en que se trata de una de las piezas centrales del PNIS; por lo que es posible acoplar el componente de erradicación al de integración social. Y, séptimo, se requiere dotar a las autoridades públicas de nuevas herramientas para adelantar, de manera ágil y eficiente, todas las actividades que demande la erradicación manual de cultivos ilícitos lo cual, a juicio del Gobierno Nacional, *"contribuirá a la solución al problema de las drogas ilícitas, a la ampliación de la oferta de tierras libres de cultivos ilícitos, a la implementación del Programa Nacional Integral de Cultivos de uso Ilícito"*, como parte de la Reforma Rural Integral.

A partir de lo anterior, el artículo 1 del DL 249/2017 habilita a la Policía Nacional para contratar con particulares las actividades relacionadas con este tipo de erradicación, sin que se requiera convocatoria pública y observando los principios de transparencia, economía, responsabilidad, así como *"los postulados que rigen la función administrativa"*. El artículo 2 describe el procedimiento de contratación, en el que la Policía Nacional se encarga de realizar los estudios previos, la solicitud de ofertas, así como su verificación y evaluación. A su vez, el artículo 4 designa a la Oficina de Control Interno Sectorial del Ministerio de Defensa Nacional la función de ejercer control sobre los contratos que se firmen, en cumplimiento de las normas de este Decreto-Ley.

(iii) Valoración de los criterios de competencia material, conexidad, finalidad y estricta necesidad del DL 249/2017

Consideramos que el DL 249/2017 cumple con los criterios de competencia material, conexidad y finalidad, ya que es una norma que regula un procedimiento abreviado para la contratación de particulares en erradicación manual, la cual es una actividad mencionada en el Acuerdo Final. Además, el Decreto-Ley no establece normas que hacen parte de las exclusiones realizadas en el inciso segundo del artículo 2 del Acto Legislativo No. 1 de 2016 y el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política. Sin embargo, la motivación del DL 249/2017 no satisface la justificación de estricta necesidad, por lo que debe ser declarado inexecutable. A continuación, presentamos las razones.

El DL 249/2017 cumple, en primer lugar, con el criterio de competencia material, porque no regula asuntos que el Congreso de la República tiene prohibido delegar al Presidente, a través de facultades extraordinarias (numeral 10 art. 150 C.P. y art. 2 AL 1 de 2016). De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el Presidente de la República puede recibir facultades extraordinarias para modificar aspectos concretos del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública³. En consecuencia, el Presidente de la República respetó la competencia material de las facultades excepcionales para la paz. Segundo, la

³ En la Sentencia C-016 de 2013, la Corte Constitucional decidió la constitucionalidad de las facultades extraordinarias delegadas por el Congreso de la República al Presidente *"para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública"*. Particularmente el artículo 218 modificó el artículo 31 de la Ley 80 de 1993.

norma bajo estudio desarrolla un asunto que tiene conexidad clara y estrecha con una materia específica del Acuerdo Final, pues la erradicación manual se considera una de las estrategias para la reducción de las áreas con cultivos de uso ilícitos⁴. Tercero, de las consideraciones del DL 249/2017, se desprende que la finalidad de las medidas allí adoptadas corresponde con algunos propósitos contenidos en el Acuerdo Final. Las modificaciones a las reglas de contratación para la erradicación de cultivos buscan agilizar el mecanismo de la erradicación manual, lo cual apunta a facilitar y asegurar la implementación normativa del Acuerdo Final.

No obstante, ninguno de los considerandos del DL 249/2017 establece la estricta necesidad de adoptar las reglas especiales de contratación de particulares para erradicación manual, en uso de las facultades especiales del artículo 2 del Acto Legislativo de 2016. Por el contrario, el Presidente de la República hace una referencia genérica al fin esencial del Estado de asegurar la convivencia pacífica, para describir simplemente las herramientas que entrega el Acuerdo Final. De allí, el Presidente concluyó que existe la necesidad de adelantar ágil y eficazmente las actividades que demande la erradicación manual de cultivos ilícitos. Este es el razonamiento que el Presidente expone como razón suficiente que legitima su uso de las facultades extraordinarias, con la expedición del decreto estudiado. Todo lo anterior supone que la contratación abreviada de terceros para coordinar las operaciones de erradicación manual, objeto que no queda claro en el desarrollo del artículo 2 Decreto-Ley, *“contribuirá a la solución al problema de las drogas ilícitas, a la ampliación de la oferta de tierras libres de cultivos ilícitos, a la implementación del Programa Nacional Integral de Cultivos de uso Ilícito”*, como parte de la Reforma Rural Integral.

De esta manera, el Presidente de la República omitió justificar que existía estricta necesidad de usar las facultades extraordinarias para la paz y que, por tanto, no había lugar a aprobar las reglas especiales de contratación de particulares para erradicación manual, por las vías ordinarias ni por el procedimiento legislativo abreviado del Acto Legislativo 1 de 2016. El Presidente tampoco adujo por qué esas vías legislativas, que conservan al máximo la competencia del Congreso de la República, pueden generar traumatismos o retrasos en la implementación del PNIS o la Reforma Rural integral.

Sumado a esto, la erradicación manual es una medida subsidiaria en la solución del problema de los cultivos de uso ilícito, según el Acuerdo Final. En el punto cuatro, el

⁴ “En los casos donde, en el marco de la suscripción de los acuerdos con las comunidades en el marco del PNIS, haya algunos cultivadores y cultivadoras que no manifiesten su decisión de sustituir los cultivos de uso ilícito o incumplan los compromisos adquiridos sin que medie caso fortuito o fuerza mayor a pesar de los esfuerzos del Programa y de las comunidades de persuadirlos, el Gobierno procederá a su erradicación manual, previo un proceso de socialización e información con las comunidades.

En los casos en los que no haya acuerdo con las comunidades, el Gobierno procederá a la erradicación de los cultivos de uso ilícito, priorizando la erradicación manual donde sea posible, teniendo en cuenta el respeto por los derechos humanos, el medio ambiente, la salud y el buen vivir. El Gobierno, de no ser posible la sustitución, no renuncia a los instrumentos que crea más efectivos, incluyendo la aspersión, para garantizar la erradicación de los cultivos de uso ilícito. Las FARC-EP consideran que en cualquier caso en que haya erradicación esta debe ser manual” (Acuerdo Final, p. 107).

Acuerdo Final contempla la erradicación manual solamente en los casos que, “*en el marco de la suscripción de los acuerdos con las comunidades en el marco del PNIS, haya algunos cultivadores y cultivadoras que no manifiesten su decisión de sustituir los cultivos de uso ilícito o incumplan los compromisos adquiridos sin que medie caso fortuito o fuerza mayor*”⁵. De ahí deriva que el Estado colombiano se comprometió a utilizar la erradicación manual forzada **como el último recurso**. Es por eso que el Gobierno nacional no puede recurrir a la erradicación manual como primera opción, sin antes realizar un análisis caso a caso para determinar si los cultivadores y cultivadoras no manifestaron su decisión de sustituir cultivos de uso ilícito o incumplieron esos compromisos, debido a un suceso de caso fortuito o fuerza mayor. Ese análisis detallado y particular debería incluir criterios para determinar cuándo la resiembra, la reiteración en la participación por parte de los beneficiarios de los programas de sustitución en las actividades ilícitas de la hoja de coca, o la imposibilidad de realizar acuerdos de sustitución se presenta por motivos ajenos a la voluntad las comunidades o de los sujetos pasivos de la erradicación. Sin embargo, no hubo un análisis previo de este tipo antes de la expedición del DL 249/2017, por lo que no existe claridad de cuáles son las razones sobre la necesidad o urgencia de privilegiar un mecanismo que en el Acuerdo Final es subsidiario respecto de los demás elementos de la solución al problema de las drogas ilícitas o la Reforma Rural Integral.

Además, el Gobierno nacional ha implementado políticas de erradicación manual de cultivos ilícitos, a través de Grupos Móviles de Erradicación (GME), desde hace más de 12 años, lo cual no ha tenido resultados exitosos y ha provocado afectaciones a la vida y salud de personas que participan en las actividades. Sin embargo, el Presidente insiste, en las consideraciones del DL 249/2017, que se requiere, con carácter urgente, dotar a las autoridades antinarcóticos “*de nuevas herramientas de orden legal*” para agilizar la erradicación manual, sin argumentar la estricta necesidad de establecer un procedimiento abreviado de contratación, para llevar a cabo las actividades de esta modalidad.

2. EL DL 249/2017 VIOLA LOS PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL PARA ERRADICACIÓN MANUAL DE CULTIVOS ILÍCITOS

En el aparte anterior, demostramos que el Presidente de la República excedió las facultades extraordinarias del artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2016, pues no justificó de forma suficiente la estricta necesidad de usar dicha vía extraordinaria. No obstante, incluso si se llegara a concluir que el Presidente no excedió las facultades extraordinarias, el DL 249/2017 es inconstitucional, porque la forma en que regula la contratación de particulares para la erradicación manual viola los principios de legalidad (art. 6, 121 y 122 C.P.), debido proceso (art. 29 C.P) y publicidad (arts. 74 y 209 C.P.), que regulan la contratación estatal.

En primer lugar, los principios de legalidad y debido proceso se desconocen porque la norma no contempla un procedimiento que fije reglas claras, precisas y unívocas aplicables a la contratación para la erradicación de cultivos ilícitos. Y en segundo lugar, el principio

⁵ Acuerdo Final p. 107.

de publicidad se vulnera porque la norma restringe totalmente y de manera injustificada la publicidad del proceso de contratación, sin fundamentarse en las excepciones constitucionalmente permitidas.

(i) El DL 249/2017 viola los principios de legalidad, debido proceso y publicidad exigibles en los procesos de contratación estatal

Las facultades extraordinarias para la paz deben ser ejercidas en cumplimiento de los principios constitucionales y, por lo tanto, no son admisibles las reformas tácitas a la Constitución Política⁶, ni la regulación de asuntos que tengan reserva legal. En consecuencia, las normas que se expidan con fundamento en esta facultad extraordinaria tienen como límite material el texto de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia.

En materia de contratación estatal, la Constitución Política y el Estatuto de la Contratación Pública establecen dentro de sus principios rectores: el interés público, la legalidad, la igualdad, el debido proceso, la responsabilidad, la moralidad, la eficiencia, la economía, la publicidad y la transparencia. Esos principios encuentran sustento constitucional en el artículo 209. De ahí deriva que el Presidente de la República, aun en ejercicio de facultades extraordinarias frente a la regulación de asuntos de contratación estatal, debe observar estos principios. Ello por cuanto, a pesar de que circunstancias excepcionales justifiquen la flexibilización de las reglas generales de contratación estatal, cualquier modificación de las mismas no puede desconocer la Constitución Política, so pretexto de una situación apremiante.

Según el artículo 1 del DL 249/2017, el procedimiento de contratación para la erradicación de cultivos ilícitos se rige bajo los principios de transparencia, economía, responsabilidad y demás postulados de la administración pública. Sin embargo, la regulación del Decreto-Ley presenta serias dudas frente al cumplimiento de los principios de legalidad, debido proceso y publicidad, por las razones que desarrollamos a continuación.

(ii) Principios de legalidad y debido proceso en la contratación estatal (Arts. 6 y 29 C.P.)

El principio de legalidad se entiende como el sometimiento de las autoridades públicas al imperio de la Constitución y la Ley, lo que, en términos prácticos, se traduce en el deber de las autoridades de fundar sus actuaciones en principios y reglas preestablecidas en el ordenamiento jurídico. Por su lado, el debido proceso implica que toda actuación pública debe ser adelantada conforme al trámite y las reglas de competencia fijadas en la norma jurídica. En ese orden de ideas, tanto el principio de legalidad como el debido proceso tienen como finalidad proteger al individuo frente al Estado, a través del respeto de las formalidades propias de cada actuación administrativa o judicial.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-699 de 2016. M.P.: María Victoria Calle Correa.

Respecto a las reglas de competencia en materia de contratación estatal, el numeral 25 del artículo 150 de la Constitución Política establece que el Congreso de la República tiene la competencia general para “*expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional*”. En desarrollo de este precepto, se expidió la Ley 80 de 1993, la cual contiene las reglas y principios básicos para orientar la actividad contractual del Estado.

En cuanto a esta reserva legal, la Corte Constitucional⁷ ha precisado que la competencia contenida en el artículo 150 constitucional no constituye una obligación al legislador de dictar un estatuto contractual integral y casuístico. Debido a las múltiples dinámicas de los negocios jurídicos, se trataría de un deber de imposible cumplimiento⁸. Es por ello que la Constitución habilita al legislador para revestir al Ejecutivo de facultades extraordinarias para regular temas específicos de contratación estatal, bajo ciertas restricciones materiales y temporales. Una de esas restricciones es la garantía de los principios que rigen la contratación estatal, dentro de los que se encuentra el principio de legalidad y debido proceso⁹.

La Corte Constitucional ha precisado que los principios de legalidad y debido proceso no se limitan al hecho de que un procedimiento se encuentre consignado en una norma jurídica, sino que conllevan el deber de establecer reglas claras encaminadas a garantizar derechos individuales y determinar las obligaciones del Estado y de los particulares¹⁰. Así pues, la aplicación de estos principios en materia de contratación estatal implica un diseño normativo que contenga formalidades unívocas y precisas, que puedan orientar el procedimiento en las distintas etapas: precontractual, contractual y post-contractual. Dentro de estas formalidades, están las reglas básicas en materia de presupuesto, requisitos de perfeccionamiento, ejecución y pago, garantías de cumplimiento, entre otros.

El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades especiales para la paz, está en capacidad de regular aspectos relacionados con contratación estatal, no solo en virtud del Acto Legislativo 01 de 2016, sino en concordancia con el artículo 150 de la Constitución Política. No obstante, esta facultad debe ser ejercida dentro de los parámetros constitucionales, los cuales exigen la aplicación de los principios de legalidad y debido proceso, en la regulación de temas contractuales.

Respecto al DL 249/2017, consideramos que el Presidente de la República desconoció los principios constitucionales de legalidad y debido proceso que rigen la contratación pública, ya que fija un procedimiento para la contratación de la erradicación de los cultivos ilícitos que no resulta claro, unívoco ni preciso. El Decreto-Ley se limita exclusivamente a fijar

⁷ Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-949 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁸ *Ibídem* “En especial, tratándose de los entes territoriales, la existencia de una legislación única en materia contractual habría sido realmente perniciosa en términos de la autonomía que les reconoce la Carta Política en los artículos 2° y 287, puesto que hubiera impedido que los departamentos y municipios pudieran desarrollar las normas y principios rectores contenidos en el estatuto de contratación adecuándolos a sus necesidades particulares mediante ordenanzas y acuerdos.”

⁹ Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-508 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁰ Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-179 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

unas reglas para la etapa precontractual, en lo relativo a estudios previos, ofertas y formalidades del contrato; pero no regula ningún parámetro para las etapas contractual o de ejecución y la post-contractual. Esto se traduce en un amplio vacío normativo, que puede dar lugar a actuaciones arbitrarias de parte de la administración, particularmente, la Policía Nacional, como entidad habilitada para realizar los contratos de erradicación de cultivos ilícitos.

Asimismo, el DL 249/2017 no define pautas respecto al régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable, supervisión e interventoría de los contratos, medios que garanticen la exigibilidad en el cumplimiento del contrato, causales de terminación, declaratoria de incumplimiento, entre otros aspectos, para ejercer un control de legalidad de la actividad contractual del Estado. Esto resulta fundamental, puesto que la ciudadanía y demás órganos de control deben contar con herramientas que aseguren que la actividad contractual del Estado solo persigue los fines dispuestos por la Constitución Política.

No existe duda del amplio vacío normativo del que adolece el Decreto-Ley bajo estudio, pues en ninguno de sus cuatro artículos se realiza remisión normativa alguna que oriente la actuación de la Policía Nacional como entidad contratante, así como las reglas a los que deben ceñirse los particulares, como eventuales colaboradores del Estado. Ello no constituye un tema menor, considerando la interrelación que existe entre el cumplimiento del principio de legalidad y las garantías de igualdad de oportunidades y moralidad administrativa.

En conclusión, el procedimiento de contratación para la erradicación de cultivos ilícitos contemplado en el decreto referenciado, resulta inconstitucional comoquiera que carece de formalidades unívocas y precisas, lo que resulta contrario a los principios de legalidad y debido proceso que debe observarse en toda actuación administrativa, incluida la actividad contractual del Estado.

(iii) Publicidad en la contratación estatal (Arts. 74 y 209 C.P.)

El artículo 74 de la Constitución Política establece que, en principio, todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos. Con ello, se autoriza a los ciudadanos a tener acceso a la información oficial de las entidades públicas que sean de interés general. A su vez, el artículo 209 constitucional también contempla la publicidad como uno de los principios de la actuación administrativa, lo que, en materia de contratación estatal, se relaciona con las garantías de los principios de transparencia e interés público.

Respecto al alcance de este derecho, la Corte Constitucional¹¹ ha señalado que el acceso a los documentos públicos no es un derecho absoluto. En efecto, existen limitaciones constitucionales que permiten restringir ese derecho, con base en: (i) una objetiva prevalencia del interés general; (ii) cuando se trata de asuntos de defensa o seguridad

¹¹ Ver. Corte Constitucional. Sentencia T-473 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón; Sentencia C-882 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

nacional; y (iii) cuando involucra la protección del derecho a la intimidad y/o secreto profesional.

El artículo 3 del DL 249/2017 determina que: “*con el fin de preservar la seguridad del programa de erradicación de cultivos ilícitos y la de sus participantes, el proceso de contratación de que trata (sic), el presente decreto no requiere publicidad*”. En nuestro concepto, esta disposición resulta contraria al principio de publicidad y es una medida excesiva que afecta injustificadamente el derecho al acceso a la información de interés público, por dos razones, principalmente.

Por un lado, el Decreto-Ley no contiene una motivación debidamente fundada que justifique la excepción que establece al principio de publicidad tiene sustento constitucional. Este es un requisito necesario para restringir el acceso a información de interés público. De lo contrario, se limita injustificadamente ese principio y, por tanto, un límite de ese tipo es inconstitucional. El principio de interés público está implícito en la actividad contractual del Estado, pues ésta persigue el cumplimiento de los fines del Estado. Es por ello que la restricción total en la publicidad en el proceso de contratación del DL 249/2017 no se puede sustentar con una simple referencia a la seguridad del programa y de los participantes. Por el contrario, para fijar dicho límite, el Decreto-Ley debió exponer, de manera concisa, cuáles asuntos contractuales tienen reserva y cuáles son las razones que constitucionalmente permiten esa reserva.

Por otro lado, no existe razón constitucional para restringir el acceso a todos los asuntos, trámites y documentos relacionados con la contratación para la erradicación de cultivos ilícitos. Tal es el caso de las reglas del procedimiento para la selección de los contratistas, criterios para determinar la favorabilidad de la oferta, información sobre el debido cumplimiento del objeto contractual y otros aspectos similares, cuya publicidad es determinante para realizar un control efectivo de legalidad de la actividad contractual del Estado.

Es claro que la ejecución de un contrato de este tipo implicará el manejo de datos sensibles, por lo que éstos datos pueden gozar de reserva de acceso. Es el caso, por ejemplo, de los datos relacionados con la identidad de los propietarios de los terrenos y la ubicación de los lotes, ya que involucra derechos fundamentales de personas y determinadas comunidades. No obstante, esta realidad no justifica la limitación absoluta del derecho al acceso a la información en lo que tiene que ver con las formalidades en la contratación, en sus distintas etapas. Por ejemplo, el acceso a información sobre el gasto público destinado a la contratación le imprime mayor transparencia a la contratación y, en principio, no implica poner en riesgo los derechos de las personas involucradas y la ejecución del contrato en sí.

Otro asunto que despierta gran interés en la comunidad es lo relativo a la selección de los contratistas, puesto que de la acertada elección de éstos depende el logro en el cumplimiento del fin perseguido con el contrato. Para ello, es necesario que exista una buena gestión contractual desde las etapas iniciales del proceso pues, en esa medida, se garantiza la selección objetiva de la mejor alternativa del mercado. En estos casos, no hay

justificación constitucional para limitar de plano la publicidad de la información relacionada con la selección de contratistas. Por el contrario, la estructuración de procedimientos que otorguen la mayor transparencia a la contratación pública es una estrategia contra la corrupción.

El artículo 1° del DL 249/2017 también establece que para la contratación no se requerirá de convocatoria pública. Al respecto, vale destacar que ello no habilita *per se* a la entidad contratante para reservar en su totalidad, la información del proceso contractual. Si bien la contratación directa¹² implica, en ciertos casos, la flexibilización de las reglas de la contratación estatal, ello no se traduce en una permisón para afectar injustificadamente los principios constitucionales de publicidad y transparencia.

En ese orden, frente a los riesgos de actos de corrupción, resulta imperativo que cualquier limitación al principio de publicidad y de transparencia quede debidamente motivada, lo cual no cumple el DL 249/2017. Es por ello que consideramos que estas irregularidades en la reglamentación del proceso contractual de particulares para erradicación manual derivan en la inconstitucionalidad del Decreto-Ley analizado.

3. SOLICITUD

Por las razones expuestas, solicitamos a la Corte Constitucional que declare que el DL 249/2017 es **INEXEQUIBLE**, por cuanto el Presidente de la República se extralimitó en el ejercicio de las facultades extraordinarias del artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2016 y porque la regulación de la contratación de particulares para la erradicación manual viola los principios de legalidad (art. 6, 121 y 122 C.P.), debido proceso (art. 29 C.P) y publicidad (arts. 74 y 209 C.P.), que rigen para la contratación estatal.

Cordialmente,

Dejusticia

¹² Ver. Decreto 1510 de 2013 “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”.