



Vniversitas

ISSN: 0041-9060

revistascientificasjaveriana@gmail.com

Pontificia Universidad Javeriana

Colombia

Urrego-Ortiz, Franky; Quinche-Ramírez, Manuel Fernando
LOS DECRETOS EN EL SISTEMA NORMATIVO COLOMBIANO -Una política estatal de invención
normativa-

Vniversitas, núm. 116, julio-diciembre, 2008, pp. 53-83

Pontificia Universidad Javeriana

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82515355003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LOS DECRETOS EN EL SISTEMA NORMATIVO COLOMBIANO -Una política estatal de invención normativa-

*Franky Urrego-Ortiz**
*Manuel Fernando Quinche-Ramírez**

RESUMEN

Este artículo hace una presentación general de los tipos de decretos que expide el Gobierno Nacional en el sistema constitucional colombiano. Pretende, de una parte, mostrar la forma como el Ejecutivo ha manipulado la Constitución Política para dictar piezas normativas ajenas a nuestro sistema de fuentes del Derecho y por la otra, generar en la sociedad y en órganos como la Corte Constitucional y el Consejo de Estado la preocupación por la imperiosa tarea de identificar en nuestro ordenamiento jurídico con precisión, una tipología de enunciados normativos que permitan alertar con facilidad sobre aquellas normas que expida el Ejecutivo y que vulneren la supremacía de la Constitución, iniciando, de esa manera, la desarticulación del paradigma de invención normativa que viene operando en Colombia.

Palabras clave: sistema constitucional, decretos del gobierno, inseguridad jurídica, manipulación constitucional, paradigma de invención normativa

*Fecha de recepción: 11 de agosto de 2008
Fecha de aceptación: 13 de octubre de 2008*

* Profesores de Derecho Constitucional, miembros de la Línea de investigación Sistemas jurídicos, constitucional y de protección, de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Contacto: franky.urrego@urosario.edu.co; mquinche@urosario.edu.co

THE DECREES IN THE COLOMBIAN LEGAL SYSTEM –A state policy of norm invention–

ABSTRACT

This paper offers a global vision of the types of Colombian national government's decrees in the constitutional system. The paper thesis focuses on showing the way how the executive branch has manipulated the Constitution in order to enact whichever type of decree, even though it has not the competence for that. Also it aims to get not only from the Constitutional Court and the State Council but also the society a preoccupation about the necessary labor of establishing a precise standard classification of the pieces of the Colombian legal system for detecting those of the executive branch which violate our supreme norm and start a long way in order to demolish the norm invention paradigm.

Key words: constitutional system, classification of the national government's decrees, legal insecurity, constitutional manipulation, invented decrees, norm invention paradigm.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo se ocupa de la tipología de los decretos en el sistema normativo colombiano, y concretamente de los que profiere el Gobierno Nacional. La tesis es que el Gobierno Nacional, mediante la manipulación del texto constitucional, articula una *política estatal de invención normativa*, que ha dado lugar al nacimiento de decretos no previstos por el Pueblo en la Constitución. Para el desarrollo de la tesis expuesta y su defensa, el texto se divide en tres secciones: en la primera se hace una contextualización temática de los decretos en el sistema de fuentes en Colombia, contrastando las tipologías dispuestas tanto en la Constitución de 1886, como en la de 1991 (i); en la segunda parte, se explicita la clasificación de los decretos contenida en la Constitución de 1991 (ii); para finalmente en la tercera sección, denunciar y describir la incorporación de otros decretos que son invención del Ejecutivo, y que le permiten al Presidente de la República, la captura regulativa de gruesos sectores normativos, reservados por la Constitución al Congreso (iii).

1. La necesidad de precisar el lugar y límites de los decretos en el sistema de fuentes del Estado constitucional democrático

En estados autoritarios, carece de interés práctico hacer distinciones normativas. En esos sistemas no tiene relevancia si la orden del Presidente o del Dictador ha sido vertida en una ley, en un decreto o en un reglamento, pues en virtud de la concentración del poder, lo único que interesa es que lo haya decidido quien ejerce la autoridad. Más aún, un rasgo recurrente en las presidencias y las dictaduras latinoamericanas ha sido el uso frecuente de decretos, en una práctica descrita coloquialmente como “gobernar a decretazos”. En sentido contrario, en los Estados regidos por una Constitución, el soberano es el Pueblo (art. 3 C.P.) y éste ha decidido distribuir ese poder entre las diferentes agencias y demás órganos autónomos e independientes para la realización de los fines esenciales del Estado (art. 2 C.P.).

De esta manera, el Pueblo soberano entendió que al existir diferentes poderes constituidos, cada uno de ellos debía proferir piezas normativas de diferente rango, de forma tal, que se articularan entre sí para garantizar la plenitud, consistencia y economía de todo sistema jurídico¹. De allí que la regla general prescriba que el Congreso, en virtud del ejercicio del principio democrático, expide las leyes (art. 150 C.P.); que las demás autoridades del ejecutivo² y los órganos autónomos e independientes³ expidan disposiciones administrativas y reglamentarias; y que quienes administran justicia dicten providencias judiciales, hasta articular un orden normativo, en el que cada una de las piezas cumple funciones específicas dentro del sistema.

No obstante y tras diecisiete años de vigencia de la Carta de 1991, no parece haber sido plenamente identificada la tipología de las piezas jurídicas que articulan el sistema normativo, lo que es patente en la invención de algunos decretos que irregularmente ingresan al sistema jurídico. Esta falta de claridad no acontece solamente en los procesos de producción normativa, sino que involucra el concepto mismo de Constitución. En efecto, el legislador, la Corte Suprema de Justicia y el

1 Sobre las características deseables de un sistema jurídico, Atienza señala que “*En sentido estricto, en sentido lógico, las normas jurídicas sólo forman un sistema cuando no generan lagunas –no hay casos sin resolver–, ni contradicciones –no hay ningún caso resuelto por más de una norma en forma incompatible–, ni redundancias –no hay casos resueltos por más de una norma en forma coincidente. Un sistema normativo tiene, por tanto, las propiedades de plenitud (ausencia de lagunas), consistencia (ausencia de contradicciones) y economía (ausencia de redundancias)*”. Ver: ATIENZA, MANUEL. *Tras la Justicia*. Barcelona, Ariel, 1999, página 12.

2 Cfr. Artículo 189, 305 y 315 de la Carta Política.

3 Nos referimos, por ejemplo, a la Comisión Nacional de Televisión (art. 77 C.P.), la Comisión Nacional del Servicio Civil (art. 130 *ibidem*), el Consejo Nacional Electoral (art. 265 *ibidem*), a la Contraloría General de la República (art. 268 *ibidem*) y al Procurador General de la Nación (art. 277 *ibidem*).

Consejo de Estado, por solo citar algunos ejemplos, llegan al punto de expedir y tolerar que en la mayoría de los códigos expedidos en vigencia de la Carta de 1991, se reproduzcan en sus primeros artículos disposiciones que ya están contenidas en la Constitución o en tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad⁴, desconociendo de esa manera que la Carta Política tiene eficacia directa y que, por lo mismo, no es necesario incluir sus contenidos en una ley para que aquellos produzcan efectos jurídicos en cada caso particular.

Ahora bien, si buena parte de los operadores jurídicos no dimensionan ni comprenden diferencia existente entre la Constitución y la ley, el panorama de lo que ocurre con el uso de los decretos resulta mucho más preocupante, en la medida en que mediante estos, el Gobierno Nacional sustituye en numerosas ocasiones la norma legal, sin tener competencia para ello.

Uno de los aspectos más problemáticos en el caso de los decretos, que son la forma preponderante de participación del Gobierno en el sistema normativo, radica en que su expedición excluye el ejercicio del principio democrático, en la medida en que allí tan solo se contiene la voluntad del Presidente de la República avalada por el Ministro o Director de Departamento Administrativo, según la materia que corresponda, con ausencia total de debate, de deliberación. Ahora bien, si se tiene en cuenta que el principio democrático es uno de los elementos fundantes del Estado colombiano (art. 1 C.P.), es la ley y no el decreto, la que, por regla general, tiene una mayor jerarquía dentro del sistema jurídico, debiendo entonces el ejecutivo someterse a la voluntad del Congreso, que es lo que, en principio, evita nuestro modelo de Estado sea una dictadura.

Tanto en el régimen actual, como en el anterior a la Constitución de 1991, la clasificación de los decretos ha resultado siempre problemática, en la medida en que en últimas, la dinámica de los mismos ha hecho que se cuente con dos órdenes, uno, ajustado al derecho y derivado directamente de la Constitución, y otro de rasgos ilegítimos, vinculado al “ingenio” y las prácticas del Gobierno, que se evidencia en la invención de decretos no previstos por la Constitución. En vigencia de la Carta de 1886 la tipología de los decretos fue amplia e indeterminada, y su clasificación varió según los usos presidenciales y los autores que se ocupaban de trabajar el tema, mostrando siempre una gran variedad, en el que la calidad del control constitucional de los mismos, resultaba ser secundario.

4 Sobre bloque de constitucionalidad ver la Sentencia C-067 de 2003

2. Clasificación de los decretos en la Constitución Política de 1991

Al igual que acontece con otras materias, los decretos del Gobierno Nacional pueden ser clasificados de conformidad con diversos criterios. Para los efectos de este escrito, se acoge el criterio material o de contenido. Seguramente la escogencia de otro parámetro derivaría en otra clasificación, lo que no excluye ni la que aquí se presenta, ni las demás⁵. De esta manera, pueden ser sectorizados dos grupos, con sus divisiones: los decretos de contenido legislativo y los de contenido administrativo.

2.1. Decretos de contenido legislativo

Se trata aquí de enunciados normativos expedidos por el Gobierno Nacional, en casos expresamente previstos por la Constitución Política, cuyo alcance es de fuerza material de ley, hasta el punto de derogarlas o subrogarlas. El sistema constitucional colombiano⁶ prevé cinco variedades: los decretos leyes, los decretos legislativos, el decreto del plan nacional de desarrollo, los decretos estatutarios y los reglamentos autónomos. En el caso de los tres primeros su control fue asignado a la Corte Constitucional, de conformidad con los numerales 5 y 7 del artículo 241 de la Carta.

2.1.1. Los decretos leyes

Son textos normativos, con fuerza material de ley, dictados con base en una ley de facultades extraordinarias, de acuerdo con lo previsto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución. Estas últimas son una clase especial de leyes, por medio de las cuales el Congreso, titular de la facultad legislativa, se despoja de ella para habilitar hasta por seis meses al Presidente de la República y por solicitud de éste para legislar por una sola vez mediante dichos decretos.

Una característica propia de los decretos leyes es su permanencia en el tiempo, debido a que siguen vigentes luego de cesar las facultades extraordinarias en virtud de las cuales fueron expedidos. Estos decretos pueden referirse a cualquier materia, salvo las prohibidas en el inciso final del numeral 10 del artículo 150 de la Carta,

5 Entre otros trabajos que contengan clasificaciones normativas acerca de los decretos en Colombia, ver: CHARRY, JUAN MANUEL. *Sistema normativo de la Constitución de 1991*. Bogotá, Temis, 1993, páginas 49 a 59. También JULIO, ALEXEI *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución colombiana de 1991*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, páginas 75 a 95.

6 A nivel legal, la Ley 134 de 1994 estatutaria de los mecanismos de participación ciudadana prevé la posibilidad de que el Gobierno Nacional haga efectiva la decisión del pueblo en una consulta popular a través de un decreto con fuerza de ley, cuando el Congreso no haya expedido la respectiva ley dentro del período de sesiones siguientes al pronunciamiento popular (art. 56).

esto es, para expedir códigos, leyes estatutarias (art. 152 C.P.), leyes orgánicas (art. 151 C.P.), leyes marco (art. 150-19 C.P.)⁷, ni para decretar impuestos, con lo que se garantiza el principio *no taxation without representation* que aportó Inglaterra al constitucionalismo, según el cual no puede haber impuestos sin representación popular⁸.

El control de estos decretos es posterior y por vía de acción, habiendo precisado la Corte Constitucional, que el escrutinio de “*constitucionalidad de un decreto ley no exige realizar previamente el estudio de constitucionalidad de la ley habilitante, en virtud de la cual aquel fue expedido. La Corte podría entrar a analizar dicha ley cuando haya sido demandada, o cuando sea necesario conformar la unidad normativa para realizar el juicio de exequibilidad*”⁹.

2.1.2. Los decretos legislativos

Así se denomina a los dictados con ocasión de los estados de excepción. En el sistema colombiano los estados de excepción revisten tres variedades: el estado de guerra exterior (art. 212 C.P.), el estado de conmoción interior (art. 213 C.P.) y el estado de emergencia económica, social y ecológica (art. 215 C.P.), teniendo cada uno de ellos dos momentos normativos relevantes: el de la declaratoria del estado de excepción, que se hace por medio de un decreto legislativo (i) y el de la expedición de los distintos decretos legislativos que contienen las medidas necesarias para conjurar la situación planteada con el estado de excepción (ii).

En el pasado, la Corte Suprema de Justicia se inhibió de controlar el decreto legislativo que declaraba el estado de excepción, bajo el “*argumento*” de la división de poderes y la colaboración armónica. No obstante esa doctrina cambió con la Sentencia C-004 de 1992, donde la Corte Constitucional formuló la regla del control material y formal, tanto del decreto declaratorio del estado de excepción, como de los que contienen las medidas excepcionales.

Tales decretos deben cumplir sustantivamente el requisito de la conexidad, es decir, deben referirse, o al estado de guerra, o a la grave alteración del orden público, o a una situación de crisis económica, social o ambiental. Como presupuesto

7 Si bien la cláusula del inciso tercero del artículo 150-10 de la Constitución refiere expresamente al “numeral 20” del artículo 150, la Corte Constitucional entendió desde la Sentencia C-608 de 1999 que dicha remisión corresponde es al numeral 19, que regula las leyes marco. En el mismo sentido las Sentencias C-700 de 1999, C-830 de 2001 y C-979 de 2002, entre otras.

8 La fijación de este principio fue dispuesta en el inciso final del artículo 154 de la Constitución, según el cual, los proyectos de ley relativos a tributos deben iniciar su trámite en la Cámara de Representantes.

9 Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2004.

de validez, el artículo 214-1 de la Constitución impone un requisito formal consistente en que deben llevar la firma del Presidente y la de los trece ministros¹⁰, debiendo ser dictados durante la vigencia del estado de excepción al que se refieran¹¹ y remitidos a la Corte Constitucional para su control, al día siguiente al de su expedición.

Así entonces, a diferencia de los decretos leyes, los legislativos tienen por regla general control de constitucionalidad automático y excepcionalmente oficioso, puesto que si el Gobierno faltare al deber de remisión, el Presidente de la Corte Constitucional debe solicitar copia auténtica de los mismos a la Secretaría General de la Presidencia de la República, con dos días de término y en subsidio actuará sobre el texto que hubiera sido publicado¹².

Los decretos legislativos que se dicten en estado de guerra exterior y de conmoción interior son transitorios, suspenden las leyes que sean incompatibles y rigen mientras dure el estado de excepción. En el caso del estado de emergencia económica, social y ecológica, su vigencia es indefinida hasta que el Congreso los modifique o derogue, excepto cuando se trate de nuevos tributos o de variación de los existentes, evento en el cual dejan de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso durante el año siguiente les otorgue carácter permanente.

2.1.3. El decreto del plan nacional de desarrollo

El artículo 151 de la Constitución prevé las materias y el trámite de las leyes orgánicas, incluyendo dentro de estas a la Ley del Plan General de Desarrollo. Esta ley sirve a su vez de fundamento para la expedición de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, cuyo proyecto debe ser presentado por el Presidente de la República, dentro de los seis primeros meses de su periodo.

De conformidad con el inciso tercero del artículo 341 de la Carta,

“Si el Congreso no aprueba el plan nacional de inversiones públicas en un término de tres meses después de presentado, el gobierno podrá ponerlo en vigencia mediante decreto con fuerza de ley”.

En este sentido, el decreto es una medida supletoria a la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, bajo el supuesto de la necesidad de su existencia, siendo su control

10 *Cfr.* Artículo 7 de la Ley 790 de 2002.

11 En la Sentencia C-179 de 1994 la Corte Constitucional incorporó un cuadro comparativo de los estados de excepción de recomendable análisis.

12 *Cfr.* Artículo 36 del Decreto 2067 de 1991.

de constitucionalidad posterior y por vía de acción en cabeza de la Corte Constitucional, conforme lo dispone el numeral 5 del artículo 241 de la Carta.

Cabe cuestionarse sobre la posibilidad que el Gobierno Nacional dicte el decreto del plan en el caso que la Corte Constitucional declare la inexecutable de la ley aprobatoria del Plan Nacional de Desarrollo. Al respecto la regla jurisprudencial vigente tiene establecido que en dicho escenario no le asiste competencia al ejecutivo para hacer uso de la atribución contenida en el artículo 341 de la Constitución¹³.

2.1.4. Decretos Estatutarios

Por decreto estatutario o de contenido estatutario ha de entenderse aquel enunciado normativo que es expedido por el Gobierno Nacional y cuya materia debía ser regulada, en principio, por una ley estatutaria en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 152 de la Carta Política.

Uno de los ejemplos de este tipo de normativa es el Decreto 2591 de 1991¹⁴ que fue expedido con fundamento en el literal b) del artículo 5 transitorio de la Carta Política conforme al cual se revistió al Presidente de la República de precisas facultades para “*Reglamentar el derecho de tutela*”. Nótese que al ser la tutela (art. 86 C.P.) a su vez un derecho y un recurso para la protección de derechos constitucionales fundamentales, su regulación debía hacerse mediante una ley estatutaria al tenor de lo que ordena el literal a) del artículo 152 Superior. No obstante, el Constituyente Primario consideró imperioso que la regulación fuese hecha en el mismo año de 1991 y no hasta que iniciara su funcionamiento el nuevo Congreso¹⁵.

Ese enunciado normativo puede ser también entendido como un Decreto ley, pero dicha mención es incorrecta, pues como se dijo, esta clase de decretos suponen la existencia de una ley de facultades extraordinarias, lo que no acontece aquí, ya que la competencia fue atribuida directamente por el Constituyente. Tampoco se trata de un Decreto Autónomo puesto que el Decreto 2591 de 1991 puede ser modificado directamente por el Congreso – vía ley estatutaria – lo cual no ocurre con ese tipo de decretos. Finalmente, cabe recordar que este decreto estatutario tiene control ante la Corte Constitucional por mandato del artículo 10 transitorio de la Constitución.

13 Sobre el alcance de esta regla jurisprudencial puede estudiarse la Sentencia C-1403 de 2000.

14 “*Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.*”

15 Para la fecha de entrada en vigencia de la Constitución de 1991, el Congreso había sido clausurado y el artículo 1 transitorio había dispuesto convocar a elecciones sólo hasta 27 de octubre de 1991.

Otro buen ejemplo de estatutario es el Decreto 2067 de 1991 «*Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional*», que regula todo lo relacionado el control de constitucionalidad abstracto como mecanismo para hacer efectivo el derecho fundamental a la supremacía de la Constitución. Al igual que acontece con la acción de tutela, si el Congreso quisiera reformar este decreto, tendría que hacerlo mediante una ley estatutaria.

Desde el año 2003 el Congreso, en ejercicio de su función constituyente, ha pretendido habilitar al Gobierno Nacional –*vía regulación supletiva*– para expedir Decretos estatutarios, con lo cual literalmente, el Ejecutivo inventa una categoría de decretos ajenos al sistema normativo colombiano, tal y como se explicita en la sección 3.3 de este escrito.

2.1.5. Decretos autónomos o reglamentos constitucionales

La Constitución Política de 1886 ya consagraba esta categoría de decretos que tanto la jurisprudencia como la doctrina fundamentaban en los numerales 6, 7, 9, 12, 14 y 19 del artículo 120 de esa Carta, y que el sector mayoritario de la comunidad jurídica consideraba como disposiciones infralegales, frente a quienes sostenían que éstas eran piezas normativas que estaban al mismo nivel de la ley¹⁶. En el caso de la Constitución vigente fueron minimizados, existiendo en el sistema constitucional un único caso¹⁷ en que el Gobierno Nacional puede dictar este tipo de actos, en ejercicio de la facultad que le atribuye a éste directamente la Constitución y sin sujeción a la ley previa¹⁸.

16 Cfr. RODRÍGUEZ, LIBARDO, *Derecho Administrativo General y colombiano*, Bogotá, Temis, 1996, página 282.

17 El fundamento normativo al cual ha recurrido la posición mayoritaria de la Corte Constitucional para sostener que los reglamentos constitucionales autónomos tienen cabida en nuestro sistema jurídico es el artículo 355 de la Carta. No obstante esta postura no es unánime puesto que para el magistrado JAIME ARAÚJO RENTERÍA (Cfr. Aclaración de voto a la Sentencia C-1290/01) la expedición de dichas normas fue proscrita por la Constitución de 1991. Así mismo, el magistrado RODRIGO ESCOBAR GIL en su aclaración de voto a la Sentencia C-738/01 señaló “*Aceptar la argumentación expuesta por la Corte en el presente fallo implicaría que los reglamentos autónomos, eliminados por la Constitución de 1991, renacería*”. Por contraste, para el ex magistrado EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT en el salvamento de voto a la Sentencia C-712/01 existen al menos nueve casos diferentes al artículo 355 Superior en los que es posible que no sólo el Gobierno Nacional, sino otras autoridades dicten reglamentos constitucionales autónomos que en su opinión dentro “*del sistema de fuentes de derecho, cuentan con una jerarquía igual a la ley*”. Esta apreciación es incorrecta a la luz del principio de unidad de la Constitución por cuanto si en gracia de discusión ello se aceptara, el control de dichos reglamentos sería competencia de la Corte Constitucional, lo cual no ocurre conforme al artículo 241 de la Constitución.

18 Una reconstrucción de las posiciones jurisprudenciales frente a los reglamentos constitucionales autónomos puede estudiarse en la Sentencia C-021 de 1993

En la actualidad, se les considera como actos de naturaleza administrativa¹⁹, de allí que sea el Consejo de Estado y no la Corte Constitucional la autoridad competente para ejercer su control de constitucionalidad. Pero esa afirmación no significa que su expedición corresponda a una función propiamente administrativa²⁰, por lo que su control de constitucionalidad debería hacerse mediante la acción de nulidad por inconstitucionalidad (art. 237-2 C.P.) y no vía acción nulidad (art.84 C.C.A.)

De conformidad con esta tesis, el único decreto autónomo dictado en vigencia de la Constitución de 1991 es el 777 de 1992 “*por el cual se reglamenta la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política*”²¹. En este sentido es discutible la posición de Charry, quien considera también como decretos autónomos: los que expide el Gobierno Nacional en ejercicio del artículo 131, referentes a la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y a la determinación del número de notarios y oficinas de registro; el del artículo 34 transitorio sobre el veedor del tesoro²²; y el del artículo 50 transitorio para la expedición transitoria de la regulación de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, con lo que ese autor confunde los decretos autónomos con aquellos que fueron producto del ejercicio de atribuciones otorgadas directamente por la Carta Política al inicio de su vigencia, ya de forma directa²³, vía *regulación supletiva*²⁴, o más recientemente los que intentaban eludir el control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, en tanto dichas piezas normativas, a diferencia de los

19 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejera Ponente: OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO. Sentencia del 26 de octubre de 2000. Radicación Número: 5900.

20 Por función administrativa el Consejo de Estado ha entendido aquella en cuyo ejercicio se “*desarrollan o da aplicación concreta a la ley, o [se] condiciona la aplicación de una situación general preexistente a una persona determinada*”. Cfr. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA. Sentencia del 23 de julio de 1996. Expediente N° S612 (3367). Actor: GUILLERMO VARGAS AYALA.

21 A pesar de la entidad de este decreto, el Consejo de Estado efectuó el control a través de acción de nulidad (art. 84 C.C.A.), sin hacer análisis sobre la improcedencia de la nulidad por inconstitucionalidad, pese a que las normas invocadas como violadas eran exclusivamente de rango constitucional. Al respecto puede estudiarse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 26 de febrero de 1993. Consejero Ponente: YESID ROJAS SERRANO. Expediente 2073.

22 Decreto 2093 de 1991.

23 Cfr. Artículos transitorios 5, 10, 23,30, 39, 42 y 48 de la Constitución Política.

24 Sobre el alcance de este concepto ver: URREGO, FRANKY. “Control de constitucionalidad de los decretos expedidos con fundamento en facultades otorgadas en actos legislativos. De cómo se pretendía eludir su revisión de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional”. En: *Revista de Estudios Socio Jurídicos*, Volumen 7 N° 2, Bogotá, Universidad del Rosario, 2005, páginas 136 y 137. Algunos artículos transitorios que otorgaron competencia para la regulación supletiva fueron el 21, 41, 48, 49, 51 y el 55 parágrafo 2 de la Carta Política. Cabe precisar que el artículo 341 *ibidem* en materia del Decreto del Plan, ya reseñado, mantiene en esencia el diseño de la regulación supletiva.

reglamentos constitucionales, no sustraen al Congreso de la regulación de dichas materias *a posteriori*-.

2.2. Los decretos de contenido administrativo

En este evento se está frente a enunciados normativos, expedidos por el Gobierno Nacional en los casos previstos por la Constitución, cuyo contenido y alcance material está sometido tanto al de las leyes que les sirven de fundamento, como al de las demás leyes del sistema. Por ello, su fuerza vinculante es inferior a la de las leyes y a la de los decretos de contenido legislativo. En el sistema colombiano estos decretos operan bajo tres modalidades básicas: Los decretos reglamentarios, los decretos que desarrollan leyes marco y los decretos ejecutivos. No obstante, la inventiva oficial ha dado lugar a una cuarta clase, a los decretos de enmienda o de corrección de yerros caligráficos o tipográficos.

2.2.1. Los decretos reglamentarios

La potestad reglamentaria es una facultad permanente del Presidente de la República, prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Carta, que se ejerce *“mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”*²⁵. Si bien a diferencia de lo que ocurre con los decretos legislativos la potestad reglamentaria es permanente, ello no es óbice para que la ley que va a ser reglamentada establezca un término dentro del cual deba expedirse el respectivo reglamento²⁶.

La perspectiva clásica, con base en el principio de separación de poderes, sostenía que el legislador creaba el Derecho y que el ejecutivo lo aplicaba. Ibáñez Najar al diferenciar entre regulación y reglamentación, señala que la potestad reglamentaria busca la emisión de normas complementarias para la ejecución de la regulación, precisando que:

*“mientras que con la regulación se hace la creación originaria del derecho mediante normas de carácter general, impersonal y abstracto, las cuales constituyen materia reglamentable, con la reglamentación se complementa dicha regulación con el objeto de lograr su cumplida ejecución”*²⁷.

25 A esta facultad reglamentaria el Consejo de Estado le ha denominado *ordinaria* para diferenciarla de la *especial* que deriva del artículo 150-19 que se refiere a la potestad reglamentaria en materia de leyes marco. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PLANETA. Sentencia del 17 de noviembre de 2004. Radicación Número: 11001-03-24-000-2003-0025-01(8624).

26 Sentencia C-485 de 2002. M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

27 IBAÑEZ, JORGE ENRIQUE. *Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo*. Bogotá, Justicia y Desarrollo Sostenible, Legis, Universidad Sergio Arboleda, 2007, página 649

En este contexto la función de los decretos reglamentarios sería la de desarrollar y permitir la ejecución de las leyes, o de la regulación, teniendo por lo mismo sus enunciados, fuerza vinculante inferior a la de la ley.

Para el caso colombiano, la postura clásica²⁸ ha sido modificada²⁹ y el supuesto reparto general de competencias normativas entre la ley y el decreto reglamentario es cada día más inexistente. Así por ejemplo, el Gobierno Nacional dispuso en el artículo 1 del Decreto 4088 de 2007³⁰, que:

“Durante la jornada electoral del 28 de octubre de 2007, los ciudadanos no podrán usar, dentro del puesto de votación, teléfonos celulares, cámaras fotográficas o de video entre las 8 a.m. y las 4 p.m. Podrán hacer uso de tales aparatos los comunicadores acreditados ante la Registraduría General de la Nación por el respectivo medio de comunicación”.

Esta norma establece una clara restricción al uso y goce de bienes muebles. Si el Estado lo que pretendía era evitar la entrada o salida de llamadas en los puestos de votación, bien puede activar sistemas de bloqueo de llamadas, pero no puede prohibir el uso de los mismos. Si ya es muy cuestionable que en un Estado social de derecho se restrinjan derechos de las personas, lo realmente grave es que dicha práctica se haga por medio de simples actos administrativos proferidos por la autoridad de turno, violándose de esa manera la reserva de ley³¹ que el Constituyente primario estableció cuando se trata de limitar el ejercicio de los derechos constitucionales.

Esta es tan sólo una muestra de la utilidad de los decretos reglamentarios, que teóricamente se plantean como actos normativos a los cuales se atribuye un rango

28 La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia N° 88 del 25 de julio de 1991, Exp. N° 2279 señaló: *“El reglamento por sí mismo no crea una situación general ni un derecho ni un trámite o procedimiento, sino que aporta o precisa un concepto, casi un dictamen, en el campo al cual lo llama la ley bajo las condiciones y lineamientos que ella ha considerado en su soberanía. La invitación de la Ley se explica porque la regla contenida en el decreto reglamentario, en la orden o en la resolución, afecta de manera general la conducta de los particulares. Pero en todo caso, la subordinación del reglamento a la ley, es total, en su contenido no puede existir nada que la ley en su esencia no haya previsto.”*

29 MONCADA, JUAN CARLOS. *El reglamento como fuente de Derecho en Colombia*. Bogotá, Temis, 2007. Páginas 59 a 61.

30 Diario Oficial 46.792 del 25 de octubre de 2007. La estrategia del Gobierno para eludir el control constitucional del decreto, consistió en publicarlo el día jueves inmediatamente anterior a las elecciones del domingo 28 de octubre del mismo año. De esta manera, resultaba imposible en términos reales atacar vía acción de nulidad (art. 84 C.C.A.) dicho acto administrativo.

31 *Cfr.* Corte Constitucional. Sentencia C-593 de 2005.

inferior a la Constitución y a la ley, pero que en el caso colombiano, pueden violar impunemente³² cualquier ley³³ e incluso la Constitución³⁴.

Basta señalar que hay ámbitos de reserva legislativa donde según la Constitución no es admisible que el Gobierno Nacional en ejercicio de su potestad reglamentaria dicte decretos de esa naturaleza, tal como ocurre con las leyes estatutarias y las orgánicas³⁵. Empero, como suele ocurrir en países donde cada juez tiene su propia Constitución Política, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado avala una posición contraria en tanto sostiene a partir de su lectura administrativa de la Carta Política que “*la función presidencial de reglamentación se predica de todas las leyes*”³⁶. De allí que haya conceptuado en la misma providencia, que una ley orgánica “*puede ser reglamentada en ejercicio de la potestad reglamentaria que el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política le confiere al Presidente de la República*”.

32 El daño que el Consejo de Estado causa a la institucionalidad de Estado colombiano en el tratamiento de los decretos reglamentarios es muy grande, pues no solamente declaró ajustado al ordenamiento superior el Decreto reglamentario 1382 de 2000 (Sentencia del 18 de julio de 2008 Sección Primera Consejero Ponente CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE. Expediente N° 6414 Actor: FRANKY URREGO ORTIZ y otros) sino que han transcurrido más de cinco (5) años sin que se haya resuelto el recurso extraordinario de súplica interpuesto contra dicha providencia (Expediente 2003-00311), desconociendo de esa manera los artículos 228 y 229 de la Carta Política, así como el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 16/72).

33 Sobre la violación de la reserva de las leyes estatutarias por parte de decretos reglamentarios puede estudiarse: QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL. “La clase de religión en los colegios. Otro caso de elusión constitucional mediante decreto reglamentario”. En: *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*. N° 334, Bogotá, abril de 2007, páginas 119 a 146.

34 Para un análisis sobre la forma mediante la cual se modificó la cláusula constitucional del artículo 86 en cuanto al derecho de toda persona de acudir “*ante los jueces*” para solicitar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales ver: QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL. *La elusión constitucional. Una política de evasión del control constitucional en Colombia*. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2006, capítulo II, páginas 23 a 40.

35 Sobre esta prohibición ver: Sentencia C-894 de 2006, en la que se señaló “*En algunos casos la Constitución exige que el ámbito de ordenación normativa con fuerza de ley sea más amplio, como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias (artículos 151 y 152 C.P.), pues se trata de regulaciones que dentro del contexto constitucional tienen una jerarquía especial y, por tanto, exigen la acción directa del legislador. En estos casos la jurisprudencia se ha referido a la reserva de ley orgánica³⁵ y estatutaria³⁵, para señalar que los aspectos centrales de las materias que corresponden a cada una de ellas, están excluidas incluso del ámbito de competencia del legislador ordinario. Por tanto, lo que es objeto directo de leyes estatutarias u orgánicas (arts. 151 y 152 C.P.) no se podrá regular por la vía de la ley ordinaria y, mucho menos, por la del reglamento.*” A pesar de la claridad de la regla jurisprudencial fijada por la Corte Constitucional, dentro de nuestro sistema normativo, fueron expedidos los Decretos 785 de 1995 y 1396 de 1997 que reglamentan la Ley 133 de 1994, estatutaria de la libertad religiosa y de cultos.

36 Concepto N° 1721 del 23 de febrero de 2006. Consejero Ponente: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO.

De lo expuesto podemos afirmar que en la práctica jurídica colombiana viene operando, con tendencia al aumento, una “*auto*”- deslegalización³⁷ en la que el Ejecutivo con el respaldo del Consejo de Estado emite permanentemente decretos que, bajo el pretexto de reglamentar, violan la cláusula general de competencia otorgada al Congreso para “hacer las leyes” (art. 150-10 C.P.), desarrollar la Constitución y expedir las reglas de Derecho³⁸, procedimiento este que carece de legitimidad, aún en el escenario de descrédito legislativo que afronta el país.

2.2.2. Decretos inmarco³⁹ o que desarrollan leyes marco o cuadro

Las leyes marco son una clase especial de ley, cuyas materias están previstas en el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución. Mediante estas, el Congreso le señala al Gobierno los criterios y objetivos que habrán de servirle de marco para la producción de decretos que permitan la realización de esas finalidades. Al Gobierno Nacional le asiste la facultad permanente para dictar este tipo de decretos, ya que los puede expedir en cualquier tiempo y en el número que considere necesario, bajo dos supuestos: que exista la ley marco y que los decretos se enmarquen en los criterios y objetivos por ella definidos. Se trata en este caso, del manejo de materias que necesitan acciones inmediatas, de asuntos cambiantes, que es necesario regular de una manera ágil y oportuna, aplicando conocimientos técnicos e información pertinente; regulación que, en esas condiciones, el Congreso no está en posibilidad de expedir⁴⁰.

Las leyes marco no equivalen a una ley de facultades extraordinarias. Lo anterior

“por cuanto las competencias gubernamentales para regular aquellas materias objeto de ley marco no son facultades de naturaleza legislativa, sino propiamente administrativas o ejecutivas: “en este tipo de leyes lo que queda para la actividad de regulación del Gobierno solamente puede ser de índole administrativa, pues en virtud de ellas no está investido el Presidente de la República de la atribución de legislar, a

37 Este fenómeno jurídico, admitido en nuestro sistema normativo tanto por el Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejera Ponente: OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO. Sentencia del 17 de febrero de 2000. Radicación Número: AI-045) como por la Corte Constitucional (Sentencia C-290 de 1997), ha sido entendido a partir de la doctrina española (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS. *Curso de Derecho Administrativo*. Madridi, Civitas, 2006) como el mecanismo por medio del cual, el legislador otorga a la administración la facultad de regular materias que anteriormente sólo eran reglamentadas por él, en desarrollo de su potestad reglamentaria, lo cual implica en últimas la transmutación de la naturaleza de una actividad, de legislativa a administrativa.

38 Corte Constitucional. C-527 de 1994.

39 Este es el nombre que se otorga en el texto de CHARRY URUEÑA. *Op. cit.* páginas 54 y 55.

40 Corte Constitucional. Sentencia C-140 de 2007. Un ejemplo es el Decreto 668 de 2008 por el cual se fijan las escalas de viáticos, en desarrollo de la Ley 4 de 1992, marco del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

*la manera como sí acontece con las leyes de facultades extraordinarias*⁴¹⁴². De allí que, conforme a la Constitución, los decretos que desarrollan leyes marco son de naturaleza ejecutiva o administrativa, aunque como lo ha precisado la Corte “*no corresponden propiamente a la potestad reglamentaria del Gobierno, que por su naturaleza es más restringida*”.⁴³ Sin embargo, el Consejo de Estado los denomina “*decretos reglamentarios especiales*”⁴⁴.

Para el Consejo de Estado “*las leyes marco habilitan al Gobierno para expedir los reglamentos que según la conveniencia y oportunidad del momento y de la realidad económica y social, sean más aconsejable*”⁴⁵. Estos elementos de conveniencia y oportunidad, que no están consagrados en parte alguna de la Constitución, son los que le van a permitir el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, afirmar que estos decretos a pesar de ser actos administrativos tienen “*vocación legislativa*”, invención esta que será objeto de análisis en la sección final de este trabajo.

De otra parte, tanto la Corte Constitucional⁴⁶ como el Consejo de Estado⁴⁷ han entendido que los decretos que expide el Gobierno Nacional para cumplir con la función de “*modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley*”, contenida en el artículo 189-16 de la Carta Política son típicas normas que desarrollan leyes marco⁴⁸.

2.2.3. Los decretos ejecutivos

Para el estudio de estos decretos es preciso analizar previamente lo que dispone el inciso cuarto del artículo 115 de la Carta Política, en tanto algunas de estas

41 Sentencia C-955 de 2000

42 Corte Constitucional Sentencia C-140 de 2007.

43 *Ibidem*

44 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA. Sentencia del 23 de mayo de 2000. Radicación Número: 11001-03-24-000-2000-1216-01(7536).

45 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA. Sentencia del 3 de noviembre de 1997.

46 Sentencia C-350 de 2004.

47 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejera Ponente: OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO. Sentencia del 1 de noviembre de 2000. Radicación Número: 11001-03-24-000-2000-6686-01(6686). Actor: FRANKY URREGO ORTIZ.

48 En la actualidad dichos principios y reglas están contenidos en el artículo 54 de la Ley 489 de 1998.

disposiciones, excepcionalmente, no tienen que ser suscritas por los ministros o directores de departamentos administrativos como requisito de validez y configuran actos de responsabilidad exclusiva del Presidente de la República⁴⁹. No obstante, en uno u otro caso se designan como decretos ejecutivos aquellos que permiten la ejecución de actividades preferentemente administrativas, de conformidad con las potestades dispuestas por el artículo 189 de la Constitución.

Así, por medio de estos decretos, son nombrados y removidos libremente los ministros del despacho y los directores de departamento administrativo (art. 189-1 C.P.); se nombran los agentes diplomáticos (art. 189-2 C.P.); se designa a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales que no sean de carrera administrativa (art. 189-13 C.P.), se confieren ascensos a los miembros de la fuerza pública (art. 189 numerales 3 y 19 C.P.), se conceden permisos a los empleados públicos que los solicitan, para aceptar de gobiernos extranjeros u organismos internacionales cargos, honores, recompensas o celebrar contratos con ellos (art. 129 y 189-18 C.P.), se delegan funciones al ministro delegatorio (art. 196 C.P.), se convoca al Congreso a sesiones extraordinarias (art. 200-2 C.P.) y se dispone la aplicación temporal de un tratado internacional (art. 224 C.P.).

En la práctica, éstos se expiden cuando dentro de la categorización de los decretos del orden nacional, un texto normativo no puede clasificarse con claridad en uno de los otros tipos ya enunciados, y por ende, puede sostenerse que se trata de una categoría meramente residual. Así son decretos ejecutivos, los actos mediante los cuales el Gobierno Nacional da cumplimiento a una sanción a instancias de autoridad competente, por ejemplo, cuando se suspende a un Gobernador que ha sido sancionado por incurrir en desacato a un fallo de tutela o se le hace efectiva una sanción disciplinaria de destitución o el que decreta el duelo nacional por el fallecimiento de un congresista, tiempo durante el cual debía izarse “*el pabellón Nacional a media asta en todos los edificios públicos del país*”⁵⁰.

2.2.2. Decretos Enmienda o de corrección de yerros caligráficos o tipográficos

Aunque podrían considerarse típicos decretos ejecutivos los *Decretos Enmienda o de corrección de yerros caligráficos o tipográficos*, en las citas o referencias

49 En este caso puede reseñarse el Decreto 345 de 2007 por medio del cual se designó un Ministro de Defensa Ad-hoc en tanto que el titular de esa cartera se declaró impedido para decidir todos los asuntos relacionados con el ascenso al grado de Teniente Coronel de la Reserva del Ejército Nacional de su hermano. También el Decreto 014 de 2007 mediante las cuales delega funciones constitucionales al ministro delegatorio en los términos del artículo 196 de la Constitución.

50 *V.gr.* Decreto 327 de 2007.

de las leyes⁵¹, han adquirido autonomía, dado el abuso que se ha hecho de los mismos.

Estos actos administrativos tienen como fundamento el artículo 45 del Código de Régimen Político y Municipal⁵², norma promulgada en 1913, cuando no existían leyes orgánicas, ni estatutarias ni la prohibición para que el Gobierno Nacional expidiera códigos. A pesar de las transformación del sistema normativo con la Carta Política de 1991, el Gobierno Nacional ha utilizado este tipo de piezas normativas frecuentemente, siendo la forma más refinada de modificar el contenido de las leyes, Códigos o de normas con fuerza material de ley o para evitar diversas interpretaciones sobre la vigencia de una ley, bajo el pretexto de hacer meras correcciones caligráficas o tipográficas, con lo cual nuevamente se presenta una afrenta a la seguridad jurídica.

El uso perverso de este tipo de decretos genera consecuencias prácticas funestas dentro de nuestro sistema normativo, en la medida en que los Decretos Enmienda han sido utilizados para subsanar los vicios de forma en que ha incurrido el Congreso en el trámite legislativo o para revivir normas legales derogadas, invocando para ello la facultad de corrección de *yerros caligráficos o tipográficos*⁵³. El abuso de

51 Un ejemplo que podría justificar el uso de estos decretos es lo ocurrido con la Ley 1116 por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial publicada en el Diario Oficial N° 46.494 del 27 de diciembre de 2006 que en el inciso primero del artículo 83 dispuso: “*INHABILIDAD PARA EJERCER EL COMERCIO. Los administradores y socios de la deudora y las personas naturales serán inhabilitados para ejercer el comercio, hasta por diez (10), cuando estén acreditados uno o varios de los siguientes eventos o conductas (...)*” (Resaltado fuera de texto) En este contexto, no se sabe si se alude a años, meses o días, por tal razón el Gobierno Nacional mediante el Decreto 2190 de 2007 el artículo 2 estableció “*Corrígase el yerro de tipográfico en el inciso 1o, del artículo 83, al indicarse “...por diez (10)”, siendo lo correcto “...por diez (10) años”*”. Por lo tanto, el inciso 1o, del artículo 83 quedará de la siguiente manera: *Artículo 83. Inhabilidad para ejercer el comercio. Los administradores y socios de la deudora y las personas naturales serán inhabilitados para ejercer el comercio, hasta por diez (10) años, cuando estén acreditados uno o varios de los siguientes eventos o conductas (...)*” (Resaltado fuera de texto), ordenándose en el artículo 3 la publicación en el Diario Oficial la Ley 1116 de diciembre de 2006 con las correcciones que se establecen en dicho decreto, lo cual a la fecha no se ha cumplido, por lo cual formularemos la correspondiente acción (art. 87 Superior) previa constitución en renuencia al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República para tal fin.

52 Esta disposición señala que: “*Los yerros caligráficos o tipográficos en las citas o referencias de unas leyes a otras no perjudicarán, y deberán ser modificados por los respectivos funcionarios, cuando no quede duda en cuanto a la voluntad del legislador*”.

53 Al respecto puede estudiarse el infame caso del Decreto 131 de 2001 por el cual se corrigen yerros de la Ley 640 de 2001, «por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones», que pretendía en su artículo 1° modificar el artículo 47 de la citada ley que finalmente fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-500 de 2001. Con posterioridad, como consecuencia de esa decisión del supremo intérprete de la Constitución, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado mediante la Sentencia del 22 de noviembre de 2002. Radicación Número: 11001-03-24-000-2001-0068-01(6871). Consejero Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. ACTOR: OLGA MARÍA VELÁSQUEZ DE BERNAL, declaró la nulidad del artículo 1° de dicho decreto.

la facultad de corrección ha llegado al punto que, ahora⁵⁴, el Gobierno Nacional empezó a utilizarla para enmendar actos legislativos a pesar que el Código de Régimen Político y Municipal alude, como se indicó, exclusivamente a la rectificación de leyes y que en el sistema constitucional vigente el Ejecutivo no tiene competencia ni para objetar, ni sancionar, ni promulgar las decisiones del Congreso cuando ejerce su función constituyente dado que dichas atribuciones las ejerce, sólo cuando de función legislativa se trata.

Como el ejercicio del poder constituyente derivado (art. 374 C.P.) no fue atribuido al Ejecutivo, éste no tiene competencia para corregir los yerros en los que haya podido incurrir el Congreso. Peor aún, lo que este hecho denota, es el desgreño de los miembros de esa corporación pública de elección popular, que expide las normas sin un mínimo de técnica⁵⁵. En este punto bien cabe la distinción que hace Carnelutti entre obreros del Derecho calificados y no calificados⁵⁶, siendo mucho más problemático para el caso colombiano, en razón a los conocidos vínculos del Congreso con el paramilitarismo, que permiten augurar la conformación de *quórum* y mayorías calificadas de los parlamentarios en prisión, elegidos, en su momento, por pertenecer a diferentes partidos políticos.

Si en el sistema jurídico colombiano estuvieran identificadas con claridad y rigor las piezas normativas que lo componen, seguramente no se admitiría que un acto administrativo –*Decreto Enmienda*– pudiera modificar un texto constitucional, incluso so pretexto de corregir yerros caligráficos o tipográficos. En nuestro sistema normativo dichos errores deben ser remediados por el propio Congreso y no por el Ejecutivo.

54 Mediante el Decreto 2576 de 2006 “*se corrige un yerro en el título del Acto Legislativo número 01 de 2005, «por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política».*”

55 Sea el momento de ilustrar la forma empírica y anti técnica como el Congreso reforma la Constitución, en tanto sus miembros, desconociendo el principio elemental de hermenéutica constitucional denominado “*unidad de la Constitución*” creen que cada uno de los artículos del texto constitucional son un cuerpo normativo aislado. Por eso quienes estudian Derecho Constitucional Comparado se encuentran con el vergonzoso hallazgo para la comunidad jurídica colombiana que a partir de una lectura desprevenida de la Carta Política hay dos respuestas para una sencilla pregunta ¿Quién elige al Registrador Nacional del Estado Civil? Al respecto puede estudiarse el numeral 2 del artículo 265 y el artículo 266 (modificado por el artículo 15 del Acto Legislativo 01/03) de la Constitución. Aunque la solución del problema no representa mayor dificultad para juristas, no se compadece con el valor que tiene la Carta Política y el respeto que debe a los electores.

56 CARNELUTTI, FRANCESCO. *Cómo nace el Derecho*. Temis, 1994, página 82.

3. Decretos inventados por el Gobierno Nacional

El Gobierno Nacional, en ejecución del presidencialismo extremo que propicia el sistema, no conforme con hacer uso indebido de su potestad reglamentaria y de las competencias para expedir otros textos normativos, se ha dado a la tarea de articular una política de invención de nuevas piezas normativas (léase decretos), ajenas al sistema constitucional vigente, pero que gracias a la falta de control y de rigor del Consejo de Estado, evidencian cómo en Colombia el poder público formalmente está dividido en ramas, pero materialmente se concentra alrededor de la figura del Presidente de la República.

En este trágico y oscuro contexto se presentan a continuación los decretos **inventados** por el Gobierno, que no armonizan con el sistema normativo previsto en la Carta de 1991.

3.1. Decretos compiladores

La Constitución Española de 1978 diferencia entre dos clases de delegación legislativa⁵⁷, una de las cuales es la facultad que se le otorga al Gobierno para refundir textos legales, la que fue prevista en el numeral 2 del artículo 82 de esa Carta Política, según el cual “*La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una Ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una Ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo.*” (Resaltado fuera de texto.) Esa competencia para refundir textos legales tiene como finalidad “*reconducir a unidad la normativa dispersa y fragmentaria*”⁵⁸. El autor precisa que en este caso “*la limitación es mucho más drástica, y el Gobierno se encuentra sujeto no a directrices fijadas por las Cortes*[⁵⁹] *en la ley, sino a la propia normativa legal vigente, que no podrá modificar. El Gobierno habrá de operar con las normas legales existentes -no puede conferir rango legal a normas que no lo tengan – tan solo para hacer de ellas un único cuerpo legal*”⁶⁰. El documento que se genera por el Gobierno es denominado *texto refundido* y es puesto en vigencia mediante un Real Decreto Legislativo.

57 DE OTTO, IGNACIO. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Barcelona, Ariel, 1999, página 187.

58 DE OTTO, *Ibid.*, página 187.

59 Se refiere a las Cortes Generales que es el órgano en la Constitución española (art. 66) equivalente al Congreso en el caso colombiano (art. 115 C.P.)

60 DE OTTO, op. cit., página 187.

En el caso colombiano, el Constituyente de 1991 consciente de la voluminosa, desordenada y antitécnica producción normativa del Congreso y de otras autoridades estatales previa a la expedición de la Carta Política, estableció dos reglas constitucionales. La primera, prescribe como competencia exclusiva y excluyente del Congreso la expedición de códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones (art. 150-2 C.P.) y la segunda, ordena que en los casos en que una ley fuera objeto de reforma parcial, deba ser publicada en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas (art. 158 C.P.). En desarrollo de este mandato, la Ley Orgánica del Reglamento del Congreso (Ley 5 de 1992) en su artículo 195 prescribió “*PUBLICACIÓN EN UN SOLO TEXTO. Los servicios técnicos y profesionales de las Cámaras tendrán a su cargo la preparación y publicación de las leyes que, al haber sido objeto de reforma parcial, deban publicarse en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas*”⁶¹. Obvio es concluir que si esas reglas fuesen cumplidas, podría precisarse la normatividad vigente cuando menos en el nivel legal.

Esta imposibilidad de predecir las consecuencias frente a un problema jurídico concreto, genera espacios de arbitrariedad y de abuso del poder, ya que ante la ausencia de reglas claras de juego, será el servidor público de turno el encargado de fijarlas, en detrimento de los intereses de las personas involucradas en el conflicto, que vuelven a adquirir la posición jurídica de súbditos⁶² frente a la voluntad incontrolable de quien ejerza la función pública. Este escenario de incertidumbre e inseguridad jurídica es el más favorable tanto para el Congreso como para el Ejecutivo, en clara violación de los artículos 6, 121, 122, 123 y 209 de la Carta Política.

Como situación lamentable para el caso colombiano y como consecuencia de la complacencia del Congreso⁶³ con el Ejecutivo, el Estatuto Orgánico del Presupuesto que por mandato del artículo 151 de la Constitución debe ser expedido mediante una Ley Orgánica, está contenido en el Decreto 111 de 1996 **por el cual se compilan**

61 De esta manera todas las leyes que hicieran modificaciones parciales a otra ley debería contener una cláusula similar a la que se estableció en el artículo 4° de la Ley 811 de 2003 la cual preceptúa “*PUBLICACIÓN DE UN SOLO TEXTO. De conformidad con el artículo 195 de la Ley 5° de 1992, deberá publicarse en un solo texto la Ley 101 de 1993 que incorpore las presentes modificaciones.*”

62 En el caso colombiano, la categoría de ciudadano o de ciudadana, salvo para los comicios electorales. Caso específico de quienes no tienen formación jurídica y que cotidianamente son privados de su libertad, por ejemplo, por no llevar consigo su cédula de ciudadanía en razón de una práctica ilegal originada en el derogado Estado de Derecho. Es ilegal en razón a que ninguna autoridad civil o militar le asiste existe competencia (art. 121 C.P.) para violar el derecho a la libertad personal (art. 28 C.P.) sólo por hecho que un ciudadano o una ciudadana no presente su documento de identificación. De esta manera y ante la ausencia de reglas claras y efectivas, en circunstancias de proliferación normativa, el Estado será menos social de derecho y más autoritario.

63 Es necesario distinguir entre *congresista* (senador o representante a la cámara) y *legislador* (quien representa al pueblo y actúa técnicamente consultado la justicia y el bien común). Cualquiera puede ser congresista, pero no por eso puede ser designado como legislador.

la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995. Este decreto tuvo origen en la autorización que el legislador, en el artículo 24 de la Ley 225 de 1995, otorgó al Gobierno Nacional para que compilara las normas de esta ley, así como las Leyes 38 de 1989 y 179 de 1994, “*sin cambiar su redacción ni contenido*”. Piezas normativas, como el Decreto 111 de 1996 han sido llamados por la jurisprudencia como **Decretos compiladores**, los que como toda práctica inconstitucional son expedidos con frecuencia y sin control eficaz alguno.

Uno de los asuntos más problemáticos de la situación, radica en la posición adoptada por la Corte Constitucional alrededor de la compilación de normas, pues la corporación entendió que “*al tratarse de una facultad que en nada debe alterar la naturaleza misma de las normas agrupadas, puede ser desarrollada por cualquier particular o entidad pública, o puede igualmente ser delegada en el ejecutivo a través de las facultades de que trata el numeral 10° del artículo 150 superior. Con todo, cabe en este punto precisar que la facultad de compilar, esto es, de agrupar en un sólo texto normas jurídicas referentes a un determinado tema, no puede conllevar la expedición de un nuevo texto jurídico con una numeración y una titulación propia e independiente, pues ello, de conformidad con lo expuesto, equivale a expedir un código*”⁶⁴. Al amparo de una tesis como esa, acontece hoy que el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero no esté contenido en una ley, sino en el Decreto 663 de 1993⁶⁵. No existe sin embargo justificación alguna, para que haya sido la propia Corte Constitucional la que haya acogido la existencia de competencias compilatorias en el Ejecutivo, si se tiene en cuenta que la misma corporación había establecido que las leyes orgánicas hacen parte del bloque de constitucionalidad *latu sensu*⁶⁶, y que adicionalmente, el artículo 158 de la Constitución otorgó taxativamente tal atribución al Congreso, disponiendo además la Ley 5 de 1992, que dicha labor era competencia de los “*servicios técnicos y profesionales de las Cámaras*”.

Ha hecho carrera en la Corte Constitucional y mucho más en el Consejo de Estado⁶⁷ un párrafo contenido en la Sentencia C-541 de 1995, referido al artículo 54 de la Ley 179 de 1994 que sirvió de fundamento para la expedición del Decreto 111 de 1996 según el cual “*Debe advertirse que este decreto ejecutivo no puede derogar, suprimir ni modificar ninguna de las normas de las leyes 38 de 1989 y 179 de 1994. Tal decreto tiene una mera fuerza indicativa y su finalidad no*

64 Sentencia C-129 de 1995.

65 Declarado exequible mediante la Sentencia C-252 de 1994.

66 Sentencia C-985 de 2006.

67 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejera Ponente: OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO. Sentencia del 22 de junio de 2000. Radicación AI-049 Actor: LUIS ALBERTO CÁCERES ARBELÁEZ.

*es otra que la de facilitar la consulta de las dos leyes mencionadas*⁶⁸. En el mismo sentido el Consejo de Estado ha afirmado que “*Los decretos ejecutivos compiladores de leyes, son actos administrativos que no constituyen un cuerpo legal autónomo, y no tienen valor normativo sino indicativo*”⁶⁹ (Resaltado fuera de texto).

En una comunidad jurídica madura, en la que el sistema de fuentes estuviera claramente establecido, cuyos integrantes observaran la Constitución como presupuesto normativo, no caben conclusiones como las trascritas. En efecto, de lo expuesto por el Tribunal Constitucional y por el cuerpo consultivo del Gobierno puede inferirse, que dichas corporaciones aceptan que en nuestro sistema existen disposiciones jurídicas que no generan consecuencias normativas sino meramente indicativas. Entonces, al parecer un decreto compilador no produciría efectos jurídicos, y si eso es así, ¿para qué expedir enunciados que no van a producir consecuencias jurídicas? Con esa tesis, no faltará quien sostenga para el caso del Código Nacional de Tránsito Terrestre que definiciones como por ejemplo la de vía arterial⁷⁰ pueda, con algo de fundamentación, ser aducida con fuerza meramente indicativa.

El control judicial de los decretos compiladores corresponde al Consejo de Estado⁷¹. Así, el mejor servicio que esa corporación podría brindarle al sistema jurídico es cambiar su jurisprudencia (*overruling*), tanto en los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil como en las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo y no admitir la validez de las compilaciones que pretenda expedir el Gobierno Nacional.

68 Un acto administrativo no puede ser, conforme a nuestro Derecho Administrativo, meramente indicativo, ni siquiera lo son los de trámite.

69 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 21 de julio de 2005. Radicación 1657. Consejero Ponente GUSTAVO APONTE SANTOS.

70 El artículo 2 del Código Nacional de Tránsito Terrestre define la vía arterial como la “*vía de un sistema vial urbano con prelación de circulación de tránsito sobre las demás vías, con excepción de la vía férrea y la autopista*”.

71 Corte Constitucional. Sala Plena Auto 02 de 1999. También puede estudiarse la Sentencia C-508 de 1996 en la que se precisó i) que: “*corresponde a la Corte Constitucional, y no al Consejo de Estado, conocer de los distintos artículos de estos decretos compiladores, pues si bien el decreto es en sí mismo ejecutivo, los artículos que lo integran son materialmente legales*” y, ii) que “*corresponde al supremo tribunal de lo contencioso conocer de las acusaciones que pongan en cuestión el decreto compilador como tal, por ejemplo, porque se considere que hubo vicios de forma en su expedición. Sin embargo, no puede ese tribunal pronunciarse sobre los artículos y los contenidos normativos que integran tales decretos, pues se trata de normas legales, cuya competencia corresponde a la Corte Constitucional. Es pues obvio que las decisiones del Consejo de Estado sobre los decretos ejecutivos compiladores sólo recaen sobre la compilación misma, pero no pueden afectar las normas materialmente legales que integran esos decretos, cuyo conocimiento ha sido atribuido a la Corte Constitucional.*”

El diseño constitucional vigente que delimita el sistema de fuentes y otorga validez a las diferentes piezas que lo integran pretende atacar la *inflación normativa* con la expedición de Códigos, Estatutos o Leyes estatutarias, pero no mediante decretos compiladores “*con fuerza meramente indicativa*”, que al ser producto de una invención del Gobierno, no resultan compatibles con el sistema normativo, generando contradicciones y problemas innecesarios en las altas cortes al hacer su escrutinio.

3.2. Decretos de contenido administrativo con vocación legislativa

En el apartado 2.2.2. fueron presentadas algunas de las características de los decretos que desarrollan leyes marco o cuadro, los que han sido entendidos como típicos actos administrativos o reglamentos, tanto por la Corte Constitucional como el Consejo de Estado. La teoría del acto administrativo enseña que “*la administración está sujeta en su actividad al ordenamiento jurídico, es decir, que todos los actos que dicte y las actuaciones que realice deben respetar las normas jurídicas superiores*”⁷² y a esta idea se la denomina principio de legalidad, que debe entenderse, en el Estado social de derecho, como principio de constitucionalidad.

Sobre el principio de legalidad el Consejo de Estado⁷³ ha dicho que es “*fundante del Estado Social de Derecho, tiene un mayúsculo valor normativo que irradia la convivencia dentro del orden social, pues, a la vez que sujeta las situaciones y relaciones al imperio jurídico y a la obediencia del derecho, define la órbita de responsabilidad de las personas y de las autoridades y, por ende, tiene connotaciones sustantivas para el ejercicio del derecho fundamental a la libertad, habida cuenta que en tanto los administrados pueden hacer todo aquello que no les está prohibido por el orden jurídico, las autoridades únicamente pueden hacer lo que les está legalmente permitido y autorizado*”⁷⁴.

72 Cfr. RODRÍGUEZ, LIBARDO. Op. Cit., página 212. En el mismo sentido SANTOFIMIO, JAIME ORLANDO. *Tratado de Derecho Administrativo* Tomo II. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, página 70 y GÓMEZ, GUSTAVO EDUARDO. *Principios del Derecho Administrativo*. Bogotá, ABC Editores, 2002, páginas 250 y 251.

73 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 3 de diciembre de 2007 Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Radicación Número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01(24524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01(25410); 1100-10-326-000-2003-000-71-(26105); 100-10-326-000-2004-000-34-00(28244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01(31447) Acumulados- Carlos Orlando Velásquez Murcia y otros.

74 “(...) un principio fundamental del Estado de Derecho es la racionalidad de la actuación de la Administración Pública. Es su norte. Su razón de ser es el poder reglado, ajeno a toda discrecionalidad y subjetividad en el ejercicio de la función pública. Sólo así es posible garantizar los derechos y las libertades de los asociados; vale decir que la actividad de la administración debe desarrollarse de manera controlada y responsable (...)” Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 9 de julio de 1993, Exp. 5671.

Aplicado este principio al ejercicio de la competencia reglamentaria del Gobierno Nacional, el Consejo de Estado ha señalado que:

“la potestad es una función administrativa en cabeza del Gobierno, indispensable para la correcta y cumplida ejecución de las leyes, y que dentro los parámetros trazados para su cabal ejercicio, entre otros, se encuentran:

“...- Entre mayor sea el detalle con que el legislador haya regulado la materia, menos resulta necesaria la reglamentación de la ley. Al contrario, habría una competencia material más amplia en poder del gobierno, cuando la ley omite establecer todas o las suficientes disposiciones para su ejecución.

- El reglamento debe sumisión a la ley reglamentada, tanto que no podrá restringir o extender su alcance, ni crear situaciones, u ordenamientos no previstos en ésta.

- *El reglamento **no puede** contradecir la norma reglamentada, sino hacerla más entendible y de fácil aplicación....”⁷⁵.*

(...)

“El reglamento, como expresión de esta facultad originaria del Ejecutivo es, pues, un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior categoría y complementaria de la ley; su sumisión jerárquica a ésta en la escala normativa (principio de jerarquía normativa piramidal) es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos⁷⁶, motivo por el cual si supera o rebasa el ámbito de aplicación de la ley e incursiona en la órbita de competencia del Legislador compromete su validez y, por tanto, deberá ser declarado nulo, de conformidad con lo ordenado por el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política.” (Resaltado fuera de texto)

No obstante el Gobierno Nacional invocando las competencias de los numerales 16 y 17 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 54 de la Ley 489 de 1998⁷⁷ dictó el Decreto 219 de 2000 con el fin de modificar el, existente para ese momento, Ministerio de Desarrollo Económico. Este acto administrativo, entonces, puede catalogarse como un típico decreto inmarco. El artículo 32 de dicho decreto estableció:

75 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 19 de febrero de 1998, Exp. 9825.

76 Ver: GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, y FERNÁNDEZ, TOMÁS. Op. Cit. pág. 182 y ss.

77 En esta normativa se establecen los principios y reglas generales con sujeción a las cuales el gobierno nacional puede modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás organismos administrativos del orden nacional.

“Vigencia. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga los Decretos 2152 de 1992 y 150 de 1998, **los artículos 4 a 11 de la Ley 300 de 1996, artículo 50 de la Ley 81 de 1988**, Decretos 2422 y 2423 de 1997 y demás disposiciones que le sean contrarias”. (Resaltado fuera de texto). Demandada la norma cabría esperar que el Consejo de Estado declarara su nulidad, pues se evidencia de bulto que se trata de un caso en el que una disposición de menor jerarquía deroga una de mayor rango⁷⁸. No obstante, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo en este caso afirmó:

Los decretos expedidos en virtud de Leyes Cuadro o Marco, son de índole eminentemente administrativa y no tienen la capacidad de derogar o modificar, en principio, las leyes vigentes, salvo, como ocurre en el caso sub examine, cuando existe una expresa disposición constitucional que así lo disponga. En el caso del Decreto 219 de 2000, que modifica la estructura del Ministerio de Desarrollo Económico, se derogaron las siguientes disposiciones, todas relacionadas con esta entidad:

(...)

*El contenido de las disposiciones derogadas fue objeto de modificación en el Decreto acusado y, **resulta apenas obvio** que si la propia ley, en este caso, la Ley 489 de 1998, expidió los principios y reglas generales con sujeción a los cuales el Gobierno Nacional podía modificar la estructura de ministerios, departamentos administrativos y demás organismos administrativos del orden nacional para lo cual el Presidente de la República debía dictar las disposiciones aplicables, resultasen derogadas las disposiciones contrarias, así ellas tuvieran fuerza de ley. Lo que ocurre es que en este caso particular, fue la propia Constitución la que, al permitir que el Presidente, en ejercicio de las atribuciones conferidas en el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política, expidiera decretos modificatorios de la estructura de los ministerios, **necesariamente** estos actos tenían que sustituir la normatividad vigente sobre el particular así estuviera contenida en leyes o decretos con fuerza de ley.” (Resaltado fuera de texto)*

Si el Consejo de Estado como se ve dicta sentencias con fundamento en la “obviedad” de las cosas⁷⁹, resulta irrazonable que no observe el principio universal “*in iure sicut fit ita solvitur res*” conforme al cual, las cosas en Derecho se

78 En el mismo sentido podemos reseñar el Decreto 1274 de 2001- también inmarco - que en su título dice “Por el cual se derogan los Decretos 2023 de 1999 y 2804 de 2000”, no obstante en su artículo hace otras derogatorias “Artículo 1o. Derogar los Decretos 2023 de 15 de octubre de 1999, por el cual se modifican unas funciones del Consejo Nacional de Operación y el 2804 de diciembre 29 de 2000, por el cual se modifica el Decreto 2023 del 15 de octubre de 1999, por lo tanto el Consejo Nacional de Operación del Sector continuará ejerciendo las funciones previstas en los artículos 168, 169 y 172 de la Ley 142 de 1994 y en los artículos 28, 29 literal b), 34 y 36 de la Ley 143 de 1994.”

79 A pesar que el artículo 230 de la Carta Política prescribe que los jueces (individuales y colegiados) en sus providencias están sometidos al imperio del ordenamiento jurídico.

deshacen como se hace. En este sentido, lo que resulta obvio es que si el legislador plasmó en una ley una determinación, sea el propio Congreso el que la derogue y no el Ejecutivo mediante un acto administrativo. Además, si el mal llamado principio de legalidad y la teoría del acto administrativo vincularan al propio Consejo de Estado, en ningún caso un acto administrativo podría derogar una ley. Pero ¿De dónde surge la excepción, en este caso? Es posible, que del único interés que guía al cuerpo consultivo del Gobierno, sea el avalar las decisiones de su consultante. Adicionalmente, cabe preguntarse ¿Por qué en este caso el Consejo de Estado no aplicó el canon universal de hermenéutica jurídica conforme al cual, en Derecho, las excepciones son taxativas y de interpretación restrictiva?, cuestión que es pertinente, ya que de la interpretación del numeral 16 del artículo 189 de la Carta Política no pueden extraerse, al menos razonablemente, excepciones de ningún tipo.

No obstante, a iniciativa del Gobierno Nacional y con el aval del Consejo de Estado es posible que un decreto de naturaleza administrativa tenga vocación legislativa, piezas normativas que han sido referidas por dicha Corporación como “*reglamentos legislativos*”⁸⁰, a pesar que dichos enunciados son ajenos al sistema jurídico colombiano y que admitir su validez implica quebrantar el principio de separación de funciones⁸¹ (art. 113 C.P.) que ha sido reconocido como elemento definitorio de la esencia del Estado social de derecho.

Cabe recordar que en el sistema colombiano, cuando se enfrenta una regla jurisprudencial de la Corte Constitucional a cualquier otra de carácter legal, reglamentario o jurisprudencial, fijada por cualquier otra autoridad judicial, prevalece⁸² la emitida por el Tribunal Constitucional. Alrededor del asunto examinando, se precisó que:

“los decretos que expide el Presidente de la República en desarrollo de las leyes marco previstas en el artículo 150, numeral 19, no gozan, como lo afirman los demandantes, de fuerza material de ley. Ellos tienen por límite el texto de la

80 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. Sentencia del 20 de mayo de 1994. C.P. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO. Un amplio sector de la doctrina nacional, defensores todos del principio de legalidad, comparten la errada posición del Consejo de Estado. Al respecto ver: OSPINA, LAURA Y SÁNCHEZ, GUILLERMO. “Cambio de objetivos, modificación, traslado y supresión de funciones de entidades y organismos administrativos del orden nacional en proceso de reestructuración” En: *Universitas* N° 106. Bogotá, Universidad Javeriana, 2003, páginas 274 a 276.

81 En la Sentencia C-1040 de 2005 se precisó: “*Así, en la Constitución de 1991, el principio de separación de poderes, mantiene como elemento definitorio, la identificación de las distintas funciones del Estado que, en el nivel supremo de su estructura, habrán de asignarse a órganos separados y autónomos. En este modelo los controles interogánicos juegan un papel preponderante en la regulación del balance entre los poderes públicos.*”

82 *Cfr.* Corte Constitucional. Sentencia C-820 de 2006.

*correspondiente ley general, que fija pautas y criterios al Ejecutivo, y no pueden modificarla ni cambiar las reglas que establece. Son decretos típicamente administrativos, y más exactamente reglamentarios, aunque con un ámbito más amplio que el señalado en la Constitución para los decretos expedidos en desarrollo del artículo 189, numeral 11, de la Constitución.*⁸³ (Resaltado fuera de texto).

De esta manera, si el Gobierno Nacional, el Consejo de Estado y el sector mayoritario de la doctrina insistiesen en defender la existencia de los “*reglamentos legislativos*”, o de actos administrativos con vocación legislativa, lo primero que tendrían que hacer como mínimo, es presentar las razones para apartarse de la regla jurisprudencial fijada por la Corte Constitucional, lo que no resulta posible, pues la regla de la Corte es producto del control abstracto de constitucionalidad, con efectos *erga omnes* de cosa juzgada constitucional (art. 243 C.P.). Además, por ser de Perogrullo sostener que “*decretos típicamente administrativos*” no pueden derogar leyes, es que la Administración recurre a la arbitrariedad, inventándose un enunciado normativo ajeno a al sistema jurídico.

Esta práctica irregular de de invención normativa, como se dijo, genera graves problemas de inseguridad jurídica para los operadores, la sociedad y la Academia. De esta manera, los estudiantes de derecho, posteriormente vinculados como profesionales en empleos del Gobierno o de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, van a repetir sin más lo que equivocadamente la doctrina amplificó, desarrollándose de esa manera la política de invención normativa que aquí se denuncia.

3.3. Decretos estatutarios irregulares, expedidos como resultado de una regulación supletiva

Estos últimos decretos, bien podrían ubicarse en el catálogo de los decretos estatutarios, al ser enunciados expedidos por el Gobierno Nacional, que versan sobre materias que tienen reserva de ley estatutaria. El establecimiento de esta clase de decretos es una novedad en el sistema colombiano, dispuesta durante la administración Uribe Vélez, y han resultado eficaces para evadir el control que la Corte Constitucional debe ejercer sobre los enunciados que tienen fuerza material de ley.

La maniobra consiste en la ejecución de una facultad extraordinaria que es otorgada al Presidente, por medio de párrafos o artículos transitorios contenidos en actos legislativos, para que legisle sobre materias que tienen reserva de ley

83 Corte Constitucional. Sentencia C-129 de 1998.

estatutaria, de modo tal que se evade el control constitucional y se afecta el Estado constitucional democrático.

Específicamente la estrategia es la siguiente: en Colombia (hasta antes de estos decretos) ciertas materias por su importancia, tenían reserva de ley estatutaria (art. 152 C.P.), estableciéndose para ellas un trámite más exigente que para las demás leyes, que incluye el control automático, previo e integral por parte de la Corte Constitucional. Ahora bien, a partir de 2002, se incluye una cláusula de regulación supletiva en los actos reformativos de la Constitución, que señala que en caso de no expedir el Congreso la ley estatutaria sobre el tema (para lo que no se le da tiempo), entonces, queda facultado el Gobierno Nacional para regular la materia estatutaria por medio de decretos.

El resultado es así tan efectivo como perverso⁸⁴ puesto que se expide el decreto “*estatutario*” el cual cobra vigencia inmediata, sin control alguno, regulando de plano situaciones y quitando vigencia a normas estatutarias, que sí tuvieron que respetar los trámites legislativos y judiciales de que tratan los artículos 152 y 153 de la Carta. Acontece así una captura regulativa por parte del Gobierno Nacional, que le permite apropiarse de las materias estatutarias, sin discusión en el Congreso con violación del principio democrático (arts. 3 y 160 C.P.). Adicionalmente y en razón al sistema de control judicial posterior, en este caso, dicha disposición alcanza a agotar su finalidad.

Son ejemplos de esta clase de decretos, el 2207 de 2003, dictado con base en el párrafo transitorio del Acto Legislativo N° 1 de 2003, sobre reforma política, relacionado con la financiación de las campañas; los decretos 2637 de 2004 y 2697 de 2004 expedidos con fundamento en el Acto Legislativo N° 3 de 2002, relativo al sistema penal acusatorio; y el decreto 4766 de 2005, proferido en desarrollo del párrafo transitorio del artículo 176 de la Constitución Política, reformado por el Acto Legislativo N° 2 de 2005, sobre circunscripciones territoriales, especiales e internacional para la Cámara de Representantes.

Aunque la Corte Constitucional efectuó el control de constitucionalidad de forma oficiosa sobre los tres primeros decretos, respecto del Decreto 4766 de 2005 lo efectuó de forma automática ya que el Gobierno remitió su texto a dicha Corporación. Cabe resaltar que si bien todos estos decretos fueron declarados inexecutable, en el caso de la norma del 2005, durante la etapa de fijación en lista se solicitó la suspensión

84 Para un análisis más amplio ver: QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL. *La Elusión Constitucional. Una política de evasión el control constitucional en Colombia*. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2006, páginas 41 a 78.

provisional de sus efectos⁸⁵, razón por lo cual la Corte otorgó efectos retroactivos a la declaración de inexequibilidad⁸⁶.

Estos decretos no tienen justificación constitucional alguna, ni siquiera en los actuales momentos de crisis congresional⁸⁷. Si de lo que se trata es de regular uno de las materias a las que se refiere el artículo 152 Superior dicha corporación pública debe hacerlo mediante la ley estatutaria correspondiente y no transferirle esa función al Gobierno Nacional, de allí que estos decretos también sean producto de la invención de los poderes constituidos y por lo mismo ajenos a nuestro sistema normativo.

4. A modo de conclusión

De continuar con esta tendencia de invención de piezas normativas, consideramos que en la práctica no existiría una utilidad material que justifique hacer distinciones entre los tipos de decretos. Deberían denominarse entonces, sin rigor analítico, simplemente, “decretos del Gobierno Nacional”, ya que identificar su naturaleza legislativa o administrativa para lo máximo que serviría (utilidad formal), sería para precisar el órgano judicial competente para controlar su contenido, lo que desnaturaliza el nivel jerárquico que debe existir entre la Constitución, las leyes y los decretos.

Más que inventar enunciados normativos, ajenos a nuestro sistema, quienes integran el Gobierno Nacional, el Congreso y el Consejo de Estado deberían mejor hacer lo que juraron (art. 122 C.P.), esto es, defender y cumplir la Constitución Política cuya supremacía está cada día más amenazada. No puede soslayarse que en el Estado social de derecho el fin no justifica los medios, como sí ocurría con la represiva Constitución de 1886. Es más digno que se cambie con claridad el modelo de Estado y el sistema de fuentes desde la Constitución, que hacer transformaciones arbitrarias, ilegítimas y de facto.

85 Solicitud del 14 de febrero de 2006 suscrita por el ciudadano FRANKY URREGO ORTIZ dentro del Expediente PE-027 y atendida mediante auto del 28 de febrero de 2006 Magistrado Ponente MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA en el cual se resolvió “*Informar al peticionario que la Corporación decidirá sobre su solicitud en el momento oportuno*”

86 Corte Constitucional. Sentencia C-665 de 2006.

87 Esta crisis atiende no sólo al tema de la *narco-para-política*, sino al defectuoso funcionamiento de la Corporación, donde prima el ausentismo, la ausencia de debates serios y donde se prefiere el gasto y la legislación de favorecimiento corporativo, sobre la necesidad de acceso y prestación de servicios de salud. Peor aún, acontece una notable desviación de las funciones, hoy encaminadas más a la actuación en el Canal del Congreso, que a participar en el debate para la aprobación de las leyes; a efectuar el control político al Gobierno y a la Administración; a prestar atención –*al menos por respeto*– a las personas en el uso de la palabra durante un debate; a responder oportunamente las peticiones respetuosas que las personas les formulen; en últimas hacer su trabajo.

Recuérdese que la “*Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico*”⁸⁸, por lo que con la política de invención, cuya existencia se ha probado, los poderes constituidos actúan como sujetos al margen del ordenamiento jurídico, inspirados exclusivamente en la arbitrariedad. Si el Gobierno permanentemente invoca la “*patria*” como justificación de las decisiones, entonces resulta pertinente reclamar un poco de “*patriotismo constitucional*”⁸⁹ como mecanismo preventivo para garantizar la supremacía de la Constitución.

El profesor Sternberger sostiene con razón que:

*“una buena Constitución es aquella que hace posible que todos tengamos una misma y vigorosa forma de gobierno. No necesitamos rehuir el elogio de la Ley Fundamental. Podemos criticar en un determinado momento al Gobierno, reprochar las debilidades de la oposición, tomar a mal el torrente legislativo del Parlamento, echar de menos la falta de espíritu y de fantasía de los partidos, sentirnos molestos con la burocracia, quejarnos de los sindicatos por demasiado exigentes, criticar al reportero por indiscreto. Pero la Constitución es de una naturaleza tal que permite a todos mejorar; nos estimula y alienta a progresar. Una insatisfacción moderada es de utilidad para el Estado, pues no aminora la fidelidad que se debe a la Constitución. En fin es un deber patriótico defender a la Constitución de sus enemigos declarados”*⁹⁰.

Por lo mismo, una buena estrategia de defensa de la supremacía de la Constitución es determinar con precisión las piezas normativas que integran el sistema jurídico, de forma tal que cualquier persona pueda alertar la incorporación de una disposición ajena al orden jurídico y lograr mediante el ejercicio las acciones judiciales respectivas, dejar sin validez el enunciado espurio. Se trata así en últimas, de dar inicio a la ardua tarea de desarticular el modelo y desestimular la política de invención normativa a la que estamos siendo sometidos, por el Gobierno Nacional, el Congreso y el Consejo de Estado.

88 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas, 1991, página 49.

89 Este concepto se atribuye al profesor alemán DOLF STERNBERGER. En palabras de GREGORIO PECES-BARBA la idea de patriotismo constitucional “*supone un añadido, una adhesión mayor que la simple aceptación de los valores y de las reglas de juego constitucionales y que la misma idea de lealtad a la Constitución*”. Cfr. *La Constitución y los derechos*. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N°39, 2006, página 243.

90 STERNBERGER, DOLF. *Patriotismo Constitucional*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, páginas 88 y 89.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, MANUEL, *Tras la justicia*, Barcelona, Ariel, 1997
- CARNELUTTI, FRANCESCO, *Cómo nace el Derecho*, Bogotá, Temis, 1994
- CHARRY, JUAN MANUEL, *Sistema normativo de la Constitución de 1991*, Bogotá, Temis, 1993
- DO OTTO, IGNACIO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1999
- DUEÑAS, OSCAR, *Control constitucional*, Bogotá, Librería del Profesional, 1997
- FERRAJOLI, LUIGI, “La crisis de la democracia en la era de la globalización”. En: *Law and justice in a global society*. IVR, Granada, Universidad de Granada, 2005
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Madrid, 1991
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, Madrid, 2004
- IBÁÑEZ, JORGE ENRIQUE, “Alcance y límites de las potestades reguladora y reglamentaria”, En: *Revista Universitas* No. 106. Bogotá, Universidad Javeriana, 2003
- IBÁÑEZ, JORGE ENRIQUE, *Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo*, Bogotá, Justicia y Desarrollo Sostenible, Legis, Universidad Sergio Arboleda, 2007
- JULIO, ALEXEI, *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución colombiana de 1991*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003
- MONCADA, JUAN CARLOS, *El reglamento como fuente de Derecho en Colombia*, Bogotá, Temis 2007
- OSPINA, LAURA y SÁNCHEZ, GUILLERMO, “Cambio de objetivos, modificación, traslado y supresión de funciones de entidades y organismos del orden nacional en proceso de reestructuración”. En: *Revista Universitas* No. 106. Bogotá, Universidad Javeriana, 2003
- PECES-BARBA, GREGORIO, *La Constitución y los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006
- QUINCHE, MANUEL FERNANDO, *Derecho Constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*, Ibáñez, Universidad del Rosario. Bogotá, 2008
- QUINCHE, MANUEL FERNANDO, “La clase de religión en los colegios. Otro caso de elusión constitucional mediante decreto reglamentario”. En: *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*. No. 334, Bogotá, 2007
- QUINCHE, MANUEL FERNANDO, *La elusión constitucional. Una política de evasión del control constitucional en Colombia*, Bogotá, Doctrina y ley, 2006
- RODRIGUEZ, LIBARDO, *Derecho Administrativo general y colombiano*, Bogotá, Temis, 1996
- STERNBERGER, DOLF, *Patriotismo constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001
- ÚRREGO, FRANKY, “Control de constitucionalidad de los decretos expedidos con fundamento en facultades otorgadas en actos legislativos. De cómo se pretendía eludir su control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional”. En: *Revista de Estudios Socio Jurídicos*, Volumen 7 No. 2. Bogotá, Universidad el Rosario, 2005

