

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



Franky Urrego Ortiz*

Recibido: marzo de 2005

Aprobado: mayo de 2005

Uno de los principales derechos con que cuentan las personas (nacionales, extranjeros y ciudadanos) que habitan en el territorio colombiano es la supremacía de la Constitución¹ (art. 4 CP), la cual, como es sabido, implica que ninguna norma, acto jurídico o conducta puede desconocer los mandatos superiores, que ya no sólo están consagrados en reglas sino que se manifiestan también como principios y valores.²



* Abogado, especialista en Derecho Constitucional, profesor universitario e investigador. Estudiante de la Maestría en Derecho Administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Correo electrónico: franky.urrego@urosario.edu.co

¹ En la sentencia C-445 de 1996, M. P. Hernando Herrera Vergara, se señaló que: “la integridad y primacía de la Constitución, consagrada por virtud del querer soberano del pueblo, es dentro del sistema colombiano un derecho fundamental”.

² Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón. En la doctrina pueden citarse entre muchos trabajos los de Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios

Dicha supremacía, al igual que los demás derechos que consagra la Carta Política en vigencia de nuestro Estado social de derecho, deben ser garantizados por todas las autoridades estatales, pero no de cualquier forma, sino como lo ordena el artículo 2º Superior, esto es, de manera efectiva. Así, el mero reconocimiento de un derecho no garantiza su efectividad, por ello se hace necesario que existan unos mecanismos para lograr que desde una perspectiva material se haga realidad aquello que dispone la Constitución.

Después de catorce años de vigencia de la Carta de 1991, es claro que uno de los principales aciertos del Constituyente primario fue el establecer un sistema de garantías,³ esto es, una serie de instrumentos jurídicos para la protección efectiva de los derechos constitucionales. Así, se consagraron las acciones de hábeas corpus,⁴ de tutela,⁵ de cumplimiento,⁶ popular⁷ y la acción de grupo,⁸ todas ellas atribuidas a la jurisdicción constitucional,⁹ en cuya resolución se ejerce control de constitucionalidad concreto.

Aunado a lo anterior, desde la perspectiva del control abstracto, la Constitución Política prohíba un conjunto de mecanismos para el examen tanto de la constitucionalidad como de la legalidad de los textos normativos que profieren los diferentes órganos del Estado; de esta forma no pueden existir, por ejemplo, normas reformativas de la Constitución, con fuerza material de ley o de naturaleza administrativa que estén exentas del escrutinio de una autoridad judicial, que ya por mandato de la propia Carta Política,¹⁰ ora de la ley,¹¹ tengan la competencia para llevar a cabo el mencionado control.

Constitucionales, 1993; Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, Ariel, 1996; Luis Prieto Sanchis, *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, 1992; Gregorio Peces-Barba, *Los valores superiores*, Tecnos, 1984; Sergio Iván Estrada Vélez, *La excepción de principalidad*, Temis, 2000.

³ Juan Carlos Esguerra Portocarrero, *La protección constitucional del ciudadano*, Legis, 2004, p. viii; Ernesto Rey Cantor, *Derecho Procesal Constitucional – Derecho Constitucional Procesal – Derechos Humanos Procesales*, Ediciones Ciencia y Derecho, 2001, pp. 121 y ss.; Franky Urrego Ortiz, *La acción de cumplimiento. Estudio en el sistema jurídico colombiano. Análisis normativo y jurisprudencial*, Abc Editores – Uniagraria, 2001, pp. 20 y ss. Sobre el alcance de la noción “garantía” en el Estado social de derecho pueden estudiarse las obras de los profesores Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, 1999, p. 25, y de Domingo García Belaúnde, *Derecho procesal constitucional*, Temis, 2001, pp. 117.

⁴ Artículos 28 y 30 de la Constitución Política.

⁵ Artículo 86 de la Constitución Política, Decreto 2591 de 1991 y decretos reglamentarios 306 de 1992 y 1382 de 2000.

⁶ Artículo 87 de la Constitución Política y Ley 393 de 1997.

⁷ Inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política, y artículos 1 a 45 de la Ley 472 de 1998.

⁸ Inciso segundo del artículo 88 de la Constitución Política, y artículos 46 a 69 de la Ley 472 de 1998.

⁹ Artículo 43 de la Ley 270 de 1996.

¹⁰ Artículos 237-2 y 241 de la Carta Política.

¹¹ Artículos 128, 131 y 132 del Código Contencioso Administrativo.

Dentro de ese grupo de normas jurídicas se encuentran los decretos que expide el presidente de la república con fundamento en la facultad que le otorgan los actos legislativos¹² y que lo habilitan para expedir disposiciones que en razón de la materia corresponderían ser regulados exclusivamente por el Congreso, dado que, en principio, atenderían a temas de leyes estatutarias.¹³ La competencia del ejecutivo se activa cuando el Congreso omite su deber de expedir dichas disposiciones tendientes a lograr el desarrollo normativo de esas reformas constitucionales.

Nos estamos refiriendo a los decretos 2207 de 2003,¹⁴ 2636¹⁵ y 2637 de 2004,¹⁶ cuya naturaleza jurídica y la consiguiente determinación de la vía de control que ha de utilizarse frente a ellos ofrece variados e interesantes problemas desde la perspectiva constitucional, que serán el objeto de nuestro análisis.

Así, en el presente escrito pretendemos demostrar cómo con ese sui generis sistema de delegación legislativa lo que buscaban tanto el Congreso como el gobierno nacional era eludir la revisión de dichos decretos por parte de la Corte Constitucional, dado que de haber sido proferidos oportunamente por el legislativo éstos tendrían control de constitucionalidad ante esa Corporación.

Para ese fin, y como presupuesto para el correcto entendimiento del problema: 1) se presentará, sin ser exhaustivos, una clasificación de los decretos que puede expedir el presidente de la república precisando en cada caso el sistema de control de constitucionalidad o de legalidad que el ordenamiento jurídico ha establecido según se trate de decretos que estén al mismo nivel de la ley o si corresponden a actos administrativos; 2) se analizará la naturaleza de los decretos expedidos con fundamento en los actos legislativos (reforma política y reforma a la fiscalía, e implementación del sistema penal acusatorio), precisando las dos posibles vías de control de constitucionalidad; y, 3) se reseñarán las razones de la Corte Constitucional para asumir la revisión de dichos decretos.



¹² Artículos 374 y 375 de la Constitución Política, y artículo 221 de la Ley 5^a de 1992.

¹³ Artículo 152 de la Constitución Política.

¹⁴ Por medio de este decreto se desarrolló el artículo 3^o del Acto Legislativo 01 de julio 3 de 2003 (reforma política), en lo concerniente a financiación pública de los partidos y movimientos políticos en las campañas para las elecciones departamentales y municipales.

¹⁵ Por medio de este decreto se desarrolló el Acto Legislativo 03 de 2002 (reforma a la Fiscalía y sistema penal acusatorio) y se modificaron algunos artículos del Código Penitenciario y Carcelario.

¹⁶ Por medio de este decreto se desarrolló el Acto Legislativo 03 de 2002 para la implementación del sistema penal acusatorio, reformando varios artículos de la Ley 270 de 1996 –Estatutaria de la administración de justicia–.

1. DECRETOS DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y SU CONTROL JURISDICCIONAL

Es menester recordar que una de las características de nuestro sistema normativo es la existencia de una jerarquía entre todas las disposiciones que lo integran, lo cual presupone que ellas no se encuentran superpuestas unas a otras de forma aleatoria y desorganizada, sino que, por el contrario, encuentran su validez jurídica en el respeto de un precepto de rango superior.¹⁷

Del análisis sistemático de la Carta Política pueden constatarse al menos tres niveles normativos; el primero al que alude el artículo 4º Superior al señalar que: “la Constitución es norma de normas”;¹⁸ el segundo, concerniente a las regulaciones que aprueba el Congreso de la República mediante las “leyes”,¹⁹ y el tercero, a las demás normas que expiden las ramas del poder público así como los órganos autónomos e independientes, que pueden catalogarse como “actos administrativos”.²⁰



¹⁷ Sobre el particular resulta pertinente traer a colación lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa: “12. La unidad del sistema jurídico, y su coherencia y armonía, dependen de la característica de ordenamiento de tipo jerárquico de que se reviste. La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular. En esto consiste la connotación de sistema de que se reviste el ordenamiento, que garantiza su coherencia interna. La finalidad de esta armonía explícitamente buscada, no es otra que la de establecer un orden que permita regular conforme a un mismo sistema axiológico, las distintas situaciones de hecho llamadas a ser normadas por el ordenamiento jurídico.”

¹⁸ Debe precisarse que al aludir a este primer nivel de jerarquía normativa nos estamos refiriendo a una noción ampliada de Constitución, es decir, a aquella que prodiga la existencia de un bloque de constitucionalidad, esto es, a la existencia de normas de rango constitucional (bloque *strictu sensu*) o de normas que sirven de parámetro para el control de constitucionalidad (bloque *latu sensu*) que no aparecen directamente en el texto constitucional. Sobre el sentido y alcance de la figura del bloque de constitucionalidad en la doctrina colombiana, es obligatoria la lectura de los trabajos que sobre el particular magistralmente ha realizado el profesor Rodrigo Uprimny Yepes, titulados: “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2001, vol. I, pp. 97 y ss. Así como “Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal”, en *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal – los grandes desafíos del juez penal colombiano*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura - Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2005, pp. 25 y ss. En la jurisprudencia constitucional vale resaltar, entre otras, la sentencia C-067 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁹ Artículo 150 de la Constitución Política. Algunas propuestas de clasificación de las leyes en nuestro ordenamiento jurídico pueden estudiarse en los textos de los profesores Juan Manuel Charry Uruña, *Sistema normativo de la Constitución de 1991*, Bogotá, Temis, 1991, y Humberto Sierra Porto, *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*, Universidad Externado de Colombia, 1998.

²⁰ Artículo 113 de la Constitución Política y artículo 1º del Código Contencioso Administrativo. Una clasificación recurrente de los actos administrativos en nuestro ordenamiento jurídico puede estudiarse en la obra del profesor Libardo Rodríguez Rodríguez, *Derecho administrativo general y colombiano*, Bogotá, Temis, 2005.

Atendiendo a un criterio meramente orgánico podría afirmarse que las normas de carácter general que profiere el presidente de la república²¹ se circunscriben al tercer nivel antes indicado; no obstante, desde una perspectiva material, es decir, teniendo en cuenta el contenido de la decisión del ejecutivo, la disposición que asume forma de decreto, en algunos casos puede ser una norma con fuerza material de ley²² o en otros un acto administrativo con vocación legislativa.²³

A partir del texto de la Constitución Política se pueden identificar varios tipos de decretos que se encuentran en el ámbito de la ley; así, el artículo 150-10 brinda el fundamento normativo de los decretos leyes; por su parte, los artículos 212, 213 y 215, el de los decretos legislativos, y el artículo 341, el del decreto del plan nacional de desarrollo.

Todas estas normas, de conformidad con lo establecido en el artículo 241 de la Carta, son objeto de control de constitucionalidad, aunque mediante distintas modalidades,²⁴ por parte de la Corte Constitucional.

Respecto a los demás decretos de carácter general que expide el gobierno nacional, su control jurisdiccional corresponde al Consejo de Estado; no obstante, el procedimiento que utiliza esta corporación varía según la clase de acto administrativo de que se trate.

En efecto, a partir del texto constitucional pueden identificarse los decretos reglamentarios (art. 189-11 CP), los decretos que desarrollan leyes marco (arts. 189-25 y 150-19 CP) y aquellos que son dictados por el gobierno nacional en ejercicio de facultades que directamente le atribuye a éste la Constitución y sin sujeción a la ley previa,²⁵ y que tradicionalmente se han denominado reglamentos constitucionales autónomos.



²¹ Inciso cuarto del artículo 115, y artículo 189 de la Constitución Política.

²² Sobre el alcance de la noción de “norma con fuerza material de ley” puede estudiarse el libro de Franky Urrego Ortiz, *op. cit.*, pp. 104 y ss.

²³ Sentencia del 1º de noviembre de 2001, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C. P. Olga Inés Navarrete Barrero. Exp: 2000-6686. En este caso se deniega la pretensión de nulidad de un decreto que deroga varios artículos de una ley de la república.

²⁴ Debe recordarse que tanto los decretos que expide el presidente de la república con fundamento en el artículo 150-10 como en el artículo 341 de la Carta, tienen control por vía de acción, mientras que en el caso de los decretos legislativos, éste es automático e integral.

²⁵ 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 de 2001) 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 de 2001 señaló: “Aceptar la argumentación expuesta por la Corte en el presente fallo implicaría que los reglamentos autónomos, eliminados por la Constitución de 1991, renacerían”.

En lo que atañe a estos últimos, en vigencia de la Constitución de 1886, tanto la jurisprudencia como la doctrina señalaban como fundamento normativo para su expedición los numerales 6, 7, 9, 12, 14 y 19 del artículo 120 de la Carta, y el sector mayoritario los consideraba como normas infralegales frente a quienes sostenían que éstas eran disposiciones que estaban al mismo nivel de la ley.²⁶

En la actualidad el control jurisdiccional de los decretos de carácter general dictados por el gobierno es realizado por el Consejo de Estado²⁷ al conocer de las acciones de nulidad (art. 84 CCA) y de nulidad por inconstitucionalidad (art. 237-2 CP); esta última procede respecto de los decretos “cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezca a función propiamente administrativa.”²⁸ En este sentido, por ejemplo, los decretos reglamentarios deben ser atacados mediante la acción de simple nulidad mientras que aquellos que desarrollan leyes marco o el expedido en desarrollo del artículo 41 transitorio²⁹ de la Carta Política son controlables mediante la acción de nulidad por inconstitucionalidad.³⁰



²⁶ Una reconstrucción de las posiciones jurisprudenciales frente a los reglamentos constitucionales autónomos puede estudiarse en la sentencia C-021 de 1993, M. P. Ciro Angarita Barón. En una de las consideraciones de esta providencia se precisó: “En sentencia de 10 de octubre de 1966, la Corte [Suprema de Justicia] ratificó esta tesis y señaló que los reglamentos constitucionales eran expedidos en cumplimiento de la *función administrativa* que compete al presidente, y que la noción de ‘autonomía’ referida a estos reglamentos, ‘significa independencia de la ley que regule el caso concreto, mas no de normas que de manera general organizan la materia y señalan pautas’. Así, para la Corte era claro que los llamados ‘reglamentos autónomos constitucionales’ no tenían jerarquía legal y no desplazaban a la ley en las materias que éstos pueden reglamentar. Como dijo la Corte [Suprema de Justicia] ‘la finalidad del reglamento autónomo es completar la Ley’, pero en ningún caso suplirla, modificarla o derogarla.” En el mismo sentido el Auto 048 de 1997, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, en el cual la Corte Constitucional se declaró incompetente para conocer de una demanda contra el Decreto 677 de 1972, expedido por el gobierno nacional con el fin de adoptar algunas medidas relacionadas con el ahorro privado (artículo 120-14, Constitución Política de 1886), en consecuencia, dicha demanda fue rechazada.

²⁷ Debe mencionarse también que el Consejo de Estado realiza el control automático de legalidad respecto de los decretos dictados dentro de los estados de excepción que desarrollan a su vez decretos legislativos, de conformidad con los artículos 20 y 37-2 de la Ley 137 de 1994.

²⁸ Artículo 49 de la Ley 270 de 1996, y artículo 97-7 del Código Contencioso Administrativo.

²⁹ Es importante recordar lo que disponía el artículo transitorio 41 de la Constitución Política: “Si durante los dos años siguientes a la fecha de promulgación de esta Constitución, el Congreso no dicta la ley a que se refieren los artículos 322, 323 y 324 sobre régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, el Gobierno, por una sola vez expedirá las normas correspondientes.” Nótese que en esa oportunidad la rama legislativa del poder público omitió su deber de regular estas materias, razón por la cual el gobierno expidió el Decreto 1421 de 1993 –Estatuto Orgánico de Bogotá–, norma cuyo control de constitucionalidad debe activarse por vía de acción de nulidad por inconstitucionalidad. Algunos pronunciamientos jurisprudenciales relevantes sobre el tema de la competencia para conocer de este decreto son la sentencia de la Corte Constitucional C-508 de 1994, M. P. Hernando Herrera Vergara, y la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 18 de enero de 2000, C. P. Manuel Santiago Urueta Ayola, radicación: AI-038.

³⁰ Corte Constitucional, sentencias C-560 de 1999, M. P., Carlos Gaviria Díaz, y C-1290 de 2001, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Por su parte, a la Corte Constitucional le corresponde el control de los decretos leyes³¹ (art. 150-10 CP), del plan nacional de desarrollo³² (art. 341 CP) y de los legislativos³³ (arts. 212, 213 y 215 CP). Los dos primeros por vía de acción, es decir, mediante la presentación de una demanda de inconstitucionalidad³⁴ por parte de un ciudadano (art. 40-6 CP), mientras que los decretos legislativos tienen un control automático e integral.³⁵

De esta manera queda establecido que el sistema de control de constitucionalidad introducido por la Carta de 1991 delimita, en principio, de una forma clara los ámbitos de competencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado respecto de los decretos de carácter general dictados por el presidente de la república.

2. DECRETOS EXPEDIDOS CON FUNDAMENTO EN FACULTADES OTORGADAS POR LOS ACTOS LEGISLATIVOS DE REFORMA POLÍTICA Y DE REFORMA A LA FISCALÍA Y AL SISTEMA PENAL. POSTURAS FRENTE A SU CONTROL JURISDICCIONAL

Uno de los principios en los que se funda la organización del Estado social de derecho colombiano es el clásicamente denominado de “separación de poderes”,³⁶ que a la luz del artículo 113 Superior debe ser redenido de división o de separación de funciones,³⁷ y en cuya observancia, por regla general, quien debe expedir las normas que se encuentren al nivel de ley es el Congreso y no la rama ejecutiva o la rama judicial, lo anterior sin perjuicio de la operatividad del principio de colaboración armónica.³⁸

³¹ Artículo 241-5 de la Constitución Política.

³² *Idem*.

³³ Artículo 241-7 de la Constitución Política.

³⁴ Decreto 2067 de 1991, artículos 2 y ss.

³⁵ Dispone el numeral 6 del artículo 214 de la Carta Política que: “el Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refieren los artículos anteriores, para que aquélla decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.” Sobre las características del control de constitucionalidad de los decretos legislativos puede estudiarse la sentencia C-802 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

³⁶ Artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

³⁷ Consideramos que en la actualidad no es constitucionalmente correcto aludir como principio de organización del Estado el de “separación de poderes”, puesto que en nuestro ordenamiento jurídico sólo existe un poder público que emana del pueblo soberano (art. 3º CP). Así, desde nuestra perspectiva, técnicamente ha de referirse a un principio de “separación de funciones” conforme a lo dispuesto en el artículo 113 de la Constitución Política. En este sentido pueden estudiarse, entre otras, las sentencias C-1162 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, y C-830 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería.

³⁸ Artículo 113 *idem*.

No obstante, en ocasiones, el propio Constituyente teniendo en cuenta la coyuntura ha investido directamente al ejecutivo de facultades para expedir normas con fuerza material de ley. En efecto, debe recordarse que de conformidad con los artículos 5º, 10 y 23 transitorios de la Carta vigente el presidente de la república fue revestido de precisas facultades extraordinarias para expedir decretos con fuerza de ley³⁹ sobre organización de la Fiscalía,⁴⁰ procedimiento penal,⁴¹ reglamentación de la acción de tutela,⁴² reglamentación del funcionamiento de la Corte Constitucional⁴³ y del régimen procedimental de los juicios y las actuaciones que deben surtirse ante ella,⁴⁴ y la reglamentación del funcionamiento del Consejo Superior de la Judicatura,⁴⁵ presupuesto y descongestión de despachos judiciales.⁴⁶

Temas algunos de ellos que debían ser desarrollados mediante leyes estatutarias⁴⁷ y que garantizan, en principio, el debate democrático indispensable al adoptar decisiones en asuntos tan trascendentales como los contemplados en el artículo 152 de la Carta.⁴⁸ Empero, incluso en dichas materias, al inicio de la vigencia del nuevo sistema constitucional se permitió una regulación excepcional por parte del ejecutivo.⁴⁹

De igual manera, el artículo transitorio 14 de la Carta tenía establecido que en el evento en que el Congreso no aprobara dentro de la legislatura de 1991 la ley orgánica contentiva de su reglamen-



³⁹ Debe precisarse que con esta expresión no se está haciendo referencia a los decretos que expide el presidente de la república con fundamento en el artículo 150-10 de la Carta Política, ni a aquellos que profiere con base en los artículos 212, 213 y 215 *idem*, a los cuales hemos aludido anteriormente.

⁴⁰ Decreto 2699 de 1991. Esta norma fue posteriormente derogada por el Decreto-Ley 261 de 2000.

⁴¹ Decreto 2700 de 1991. Como se sabe, esta norma fue derogada por la Ley 600 de 2000 cuya aplicación en la actualidad es parcial, dada la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 por la cual se expidió el nuevo Código de Procedimiento Penal.

⁴² Decreto 2591 de 1991.

⁴³ Decreto 2275 de 1991.

⁴⁴ Decreto 2067 de 1991.

⁴⁵ Decreto 2652 de 1991, el cual fue posteriormente derogado por el artículo 210 de la Ley 270 de 1993.

⁴⁶ Decreto 2651 de 1991, varias disposiciones de este decreto fueron adoptadas como legislación permanente mediante la Ley 446 de 1998.

⁴⁷ La reglamentación de la acción de tutela y el régimen procedimental de los juicios y las actuaciones que deben surtirse ante la Corte Constitucional requieren regulación por vía de ley estatutaria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 literales a) y d).

⁴⁸ Sobre la necesidad de que ciertas materias y, concretamente, que las reglas básicas del procedimiento de tutela sean reguladas por una ley estatutaria y no por normas de otra jerarquía, puede estudiarse el artículo del profesor Aquiles Arrieta, "El Decreto Reglamentario 1382, o de cómo evadir la Constitución", revista *Tutela*, No. 33, Legis, septiembre de 2002, pp. 1983 a 1986.

⁴⁹ En síntesis nos estamos refiriendo a los artículos transitorios 5, 10, 23 y 41 de la Carta Política, como ya se ha indicado.

to,⁵⁰ éste sería expedido por el Consejo de Estado. Nótese cómo aquí se otorga facultad legislativa a un órgano jurisdiccional.⁵¹

En dicha oportunidad, el propio artículo transitorio 10 Superior precisó que el control de constitucionalidad de dichos decretos expedidos con base en la facultad que otorgaban las referidas disposiciones transitorias correspondía a la Corte Constitucional, es decir, la misma Carta Política cerró toda posibilidad a quienes pretendieran cuestionar⁵² la competencia del máximo órgano de la jurisdicción constitucional en esa materia.

A pesar de que en su momento dichas facultades legislativas del ejecutivo y del Consejo de Estado pudieran justificarse en la falta de desarrollo normativo del sistema constitucional que apenas iniciaba su funcionamiento, en la actualidad resulta paradójico y por demás sospechoso que el Congreso, al ejercer su función constituyente,⁵³ señale que en el evento en que éste no apruebe, en determinado plazo, las regulaciones legales referentes a las materias del acto legislativo de que se trate, el presidente de la república u otros órganos⁵⁴ queden facultados para expedir normas de superior jerarquía y que en la versión fundacional del Constituyente de 1991 no estaban previstas.

Debe advertirse que esta práctica antidemocrática de entregar a órganos que fueron instituidos por el Constituyente Primario para el cumplimiento de funciones diferentes a las de expedir regulacio-



⁵⁰ Artículo 151 de la Constitución Política.

⁵¹ Es pertinente recordar el tenor literal de la disposición: "Artículo Transitorio 14. Dentro de la legislatura que se inicia el primero de diciembre de 1991, el Congreso Nacional, el Senado de la República y la Cámara de Representantes expedirán su respectivo reglamento. *De no hacerlo, lo expedirá el Consejo de Estado, dentro de los tres meses siguientes*" (énfasis agregado).

⁵² Consideramos pertinente recordar que, por ejemplo, respecto al Decreto 2067 de 1991 se presentaron dudas sobre la competencia de la Corte Constitucional para conocer de su constitucionalidad, dado que el artículo transitorio 10 de la Constitución prescribió que: "los decretos que expida el Gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas en los anteriores artículos tendrán fuerza de ley y su control de constitucionalidad corresponderá a la Corte Constitucional" (énfasis agregado), y como se ha indicado, el citado decreto fue expedido con base en el artículo transitorio 23 *idem*, lo cual en principio permitiría inferir que dicho decreto no estaría sometido al control por parte de la Corte Constitucional. Empero, fue esa misma Corporación la que mediante sentencia C-003 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero, ratificó su competencia al señalar que: "de suerte que cuando [el artículo transitorio 10] afirma que están sometidos a control los 'decretos que expida el gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas en los anteriores artículos', debe entenderse, en forma razonable, que se está haciendo alusión a todos los artículos transitorios, desde el primero hasta el último, y no solamente a los arbitrariamente ubicados antes del décimo.

⁵³ Artículo 114 de la Constitución Política, y Ley 5ª de 1992, artículo 6º-1.

⁵⁴ Por ejemplo, el Consejo de Estado o el Consejo Nacional Electoral.

nes de naturaleza legislativa, no es aislada sino que, por el contrario, se ha convertido en una tendencia del Congreso, para quien ha resultado más cómodo eludir el cumplimiento oportuno de sus funciones que desempeñar las competencias que originariamente se le asignaron en la Constitución.⁵⁵

En efecto, en el Acto Legislativo 01 de 2003 “por el cual se adopta una reforma política” se utilizó dicha técnica por el Congreso al señalar en el párrafo transitorio del artículo 3° reformatorio del artículo 109 de la Carta sobre la financiación de las campañas políticas, que: “El Congreso reglamentará estas materias. En lo concerniente a las elecciones departamentales y municipales, tal reglamentación deberá estar lista a más tardar tres meses antes de su realización. Si no lo hiciera, el gobierno nacional dictará un decreto con fuerza de ley antes del cierre de las inscripciones correspondientes.” En desarrollo de esta facultad, y dado que el Congreso omitió su deber de regular el tema, el presidente de la república expidió el Decreto 2207 de 2003.

En el mismo acto legislativo, el párrafo transitorio del artículo 12 reformatorio del artículo 263 de la Constitución dispuso que: “Sin perjuicio del ejercicio de las competencias propias del Congreso de la República, para las elecciones de las autoridades de las entidades territoriales que sigan a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, facúltase al Consejo Nacional Electoral para que dentro del mes siguiente a su promulgación se ocupe de regular el tema.” En observancia de lo anterior, la suprema autoridad de inspección y vigilancia de la organización electoral⁵⁶ expidió el Reglamento 01 de 2003.



⁵⁵ En este aspecto consideramos que se configura un abuso del poder de reforma constitucional (art. 374 Superior), dado que el mismo es utilizado por un poder constituido para eludir –si se quiere transitoriamente– las atribuciones que le fueron asignadas originariamente por el Constituyente Primario. Empero, también es pertinente resaltar que la Corte Constitucional (sentencia C-1200 de 2004, MM. PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil) consideró que es válido que en una reforma constitucional se incluyan normas que establezcan excepciones a reglas generales contenidas en otros artículos, u otras que dispongan con carácter transitorio sobre la manera como habrá de desarrollarse una determinada previsión constitucional. Dijo la Corte: “En este caso, por decisión del propio poder de reforma, esas disposiciones tendrían una vigencia limitada en el tiempo, pero ello no les priva de su jerarquía constitucional, ni de la virtualidad de regular en ese nivel jerárquico la manera como habrá de configurarse el Estado o como habrán de ejercerse los poderes públicos, o de manera más amplia, como habrán de desenvolverse las materias que han sido objeto de la reforma constitucional.” Adicionalmente, en la sentencia C-970 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, se precisó que la delegación legislativa que se hace mediante los actos reformativos de la Constitución al ejecutivo no implica una sustitución de la Carta Política. No obstante estos dos pronunciamientos, consideramos que la técnica de delegación legislativa mediante actos reformativos de la Constitución, aunque transitorios, configura una elusión de las funciones del Congreso y, por ende, un abuso del poder constituyente derivado, el cual no tiene esa finalidad.

⁵⁶ Artículo 265 -1 de la Constitución Política.

La misma técnica se utilizó en el Acto Legislativo 03 de 2002, que introdujo el sistema penal acusatorio al señalar en el artículo 4º transitorio:

El Congreso de la República dispondrá hasta el 20 de junio de 2004 para expedir las leyes correspondientes [sobre el nuevo sistema penal]. Si no lo hiciere dentro de este plazo, se reviste al presidente de la república de facultades extraordinarias, por el término de dos meses para que profiera las normas legales necesarias al nuevo sistema. Para este fin podrá expedir, modificar o adicionar los cuerpos normativos correspondientes incluidos en la ley estatutaria de la administración de justicia, la ley estatutaria de hábeas corpus, los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía.⁵⁷

Al igual que en las demás oportunidades, el Congreso tampoco cumplió con su deber, y en consecuencia, el presidente de la república dictó los decretos 2636⁵⁸ y 2637,⁵⁹ y ante unos aparentes errores en el contenido de este último, posteriormente fue expedido el Decreto 2697 de 2004.

Adicionalmente cabe reseñar cómo, tanto en el Acto Legislativo 02 de 2004 relativo a la reelección de presidente y vicepresidente de la república, como en el Acto Legislativo 02 de 2005 mediante el cual se instituyó la circunscripción internacional⁶⁰ para la elección por parte de los colombianos residentes en el exterior de un representante a la Cámara, se otorgaron facultades al Consejo de Estado y al gobierno nacional, respectivamente, para reglamentar esas materias de no hacerse por parte del Congreso de la República.

En efecto, en el primer caso, el inciso final del párrafo transitorio del artículo 4º del acto legislativo sobre la reelección presidencial, dispuso: “Si el Congreso no expidiera la ley en el término señalado [antes del 20 de junio de 2005] o el proyecto fuere declarado inexecutable por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, en un plazo de dos (2) meses reglamentará transitoriamente la materia.” En este evento, si bien el Congreso aprobó el proyecto de Ley



⁵⁷ Esta disposición fue declarada executable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-970 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁸ Mediante este decreto se reforman varios artículos de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario).

⁵⁹ A través de esta norma se introducen modificaciones a la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la administración de justicia).

⁶⁰ Es pertinente anotar que antes de la reforma al artículo 176 Superior, la elección del representante a la Cámara de los colombianos en el exterior se efectuaba en circunscripción nacional especial conforme a lo dispuesto en la citada norma constitucional y a la Ley 649 de 2001.

Estatutaria 216/05-Senado y 352/05-Cámara, “por medio del cual se regula la igualdad electoral entre los candidatos a la presidencia de la república y demás materias que establece el acto legislativo 02 de 2004”, y el mismo se encuentra surtiendo la revisión de constitucionalidad ante la Corte Constitucional,⁶¹ lo cierto es que su constitucionalidad está por demás cuestionada dado que su aprobación tuvo lugar el día en que finalizaba la legislatura⁶² y no “antes” como lo ordenaba el acto legislativo en mención.

Además, genera bastantes dudas el que se haya previsto en el acto legislativo no sólo la posibilidad de que el Congreso no aprobara el proyecto de ley estatutaria,⁶³ sino que la Corte Constitucional declarare su inexecutable, como si el propio poder constituido al ejercer el poder constituyente derivado o secundario tuviera claro que no aprobaría el proyecto de ley conforme a los lineamientos de la Carta Política, activándose en cualquier caso la facultad transitoria del Consejo de Estado para regular la materia.

Por su parte, el párrafo transitorio del artículo 1° del Acto Legislativo 02 de 2005 estableció que:

El Congreso de la República reglamentará la circunscripción internacional a más tardar el 16 de diciembre de 2005, caso contrario, *lo hará el gobierno nacional dentro de los quince (15) días siguientes a esa fecha*; incluirá entre otros temas: inscripción de candidatos, inscripción de ciudadanos habilitados para votar en el exterior, mecanismos para promover la participación y realización del escrutinio de votos a través de los Consulados y financiación estatal para visitas al exterior por parte del Representante elegido.

Por la experiencia que dejan los episodios anteriores puede inferirse que muy seguramente el Congreso también se abstendrá de aprobar la reglamentación legal sobre la circunscripción electoral.

Consideramos que estas omisiones del legislador no son meramente circunstanciales sino que, por el contrario, lo que pretendían era evadir el control de constitucionalidad que sobre dichas materias efectuaría la



⁶¹ La referencia de este proceso es PE. 0024, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶² Artículo 138 de la Constitución Política.

⁶³ No puede soslayarse la falta de técnica legislativa que se encuentra en el inciso segundo del párrafo transitorio del artículo 4° del acto legislativo sobre la reelección presidencial, en el que se dispuso: “El Congreso de la República expedirá la Ley Estatutaria antes del 20 de junio de 2005”, pues esta previsión desconoce el especial procedimiento legislativo que surten estas leyes, el cual se encuentra señalado en el artículo 153 de la Constitución Política, y en los artículos 204, 207 y 208 de la Ley 5ª de 1992.

Corte Constitucional si éstas fueran regladas mediante leyes estatutarias (art. 241-8 CP) como lo dispuso el Constituyente Primario en 1991.

Sin embargo el Congreso, al reformar la Constitución por la vía de la *regulación supletiva* intentaba eludir⁶⁴ la intervención de la Corte en estas materias para que, de esa manera, el control de dichas normas correspondiera al Consejo de Estado puesto que, como se sabe, a esta Corporación corresponde el control de “los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”,⁶⁵ teniendo de esa forma asegurada, en principio, la permanencia de dichas regulaciones en el orden jurídico.

Esta última afirmación tiene asidero en lo acaecido, por ejemplo, con el Decreto reglamentario 1382 de 2000 que bajo el pretexto de fijar unas reglas de reparto en materia de acción de tutela lo que en realidad hizo fue modificar el tema de la competencia de dicha acción constitucional, situación ésta declarada por la Corte Constitucional que en múltiples providencias inaplicó dicha norma por ser manifiestamente contraria a la Carta.⁶⁶ A pesar de lo anterior,



⁶⁴ De la mayor importancia resulta el siguiente extracto del salvamento de voto a la sentencia C-971 de 2004 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa) de los magistrados Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Córdoba Triviño y Clara Inés Vargas Hernández, quienes al analizar el párrafo transitorio del artículo 3º del Acto Legislativo 01 de 2003, encontraron que el mismo estaba diseñado para que el Congreso en ningún caso pudiera expedir la reglamentación concerniente a la financiación de campaña para las elecciones departamentales y municipales. Señalaron los magistrados: “(...) 4.3. La norma acusada [párrafo transitorio del artículo 3º del Acto Legislativo 01 de 2003] atribuye al Presidente de la República la función de reglamentar, mediante un decreto con fuerza de ley lo concerniente a la financiación de las campañas electorales y el establecimiento de los porcentajes de votación para tener derecho a la misma, así como la determinación de los montos máximos que se pueden invertir por los candidatos a elecciones departamentales y municipales ‘antes del cierre de las inscripciones correspondientes’. De tal suerte que, como quiera que ese acto legislativo fue expedido el 3 de julio de 2003 y las elecciones a que se ha hecho referencia conforme a la ley deberían celebrarse el 26 de octubre del mismo año, *es claro que al Congreso de la República, aunque mencionado en ese párrafo, en realidad tan sólo se le concedía el exiguo término de 23 días comprendidos entre el 3 de julio fecha en que se inicia la vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 2003 y el 26 de julio de ese año, para la expedición de una Ley Estatutaria que regulara la materia. Como es evidente en ese reducido tiempo era imposible darle cumplimiento al mandato contenido en el párrafo transitorio ya aludido del artículo 3º del Acto Legislativo No. 01 de 2003 conforme a lo dispuesto por la propia Carta Política en los artículos 157 y siguientes del Capítulo 3, Título VI de la Constitución Política. Tal imposibilidad jurídica el Congreso, que actuaba como constituyente, no la desconocía y, siendo ello así, en realidad se alteró de manera grave la Constitución en uno de sus aspectos esenciales pues constituye principio fundamental de ella el artículo 3º que instituye la unidad del poder público que emana de la soberanía popular y que debe ejercerse conforme a las reglas que la Constitución establece entre las cuales uno de los principios esenciales es el de la existencia de las ramas del poder (art. 113 de la Carta), pilar de la existencia de un Estado Democrático como la Constitución, por voluntad del pueblo, define al Estado Colombiano” (énfasis agregado).*

⁶⁵ Artículos 237-2 de la Constitución Política.

⁶⁶ Tan ostensible era la inconstitucionalidad del Decreto reglamentario 1382 de 2000 que incluso la Corte Constitucional otorgó efecto *inter pares* a su determinación de inaplicar por inconstitucional ese acto administrativo. Auto de Sala Plena 071 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

el Consejo de Estado, mediante sentencia del 18 de julio de 2002, declaró dicho decreto ajustado a la Constitución y, por consiguiente, negó las súplicas de la demanda en lo fundamental.⁶⁷

Aunado a lo anterior, la declaratoria de inexecutable de la Ley de Seguridad Nacional,⁶⁸ del Estatuto Antiterrorista,⁶⁹ del proyecto de ley estatutaria de hábeas corpus⁷⁰ y, recientemente, de la norma que autorizaba al gobierno nacional por intermedio del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) fijar la tarifa de la tasa que se cobra por concepto de la expedición de los certificados de antecedentes judiciales,⁷¹ permiten inferir la reticencia del Congreso y del propio gobierno nacional de consentir que la Corte Constitucional controle la constitucionalidad de las normas por ellos expedidas con base en las facultades que vienen otorgando los actos legislativos.

De esta manera, esta ingeniosa técnica de la reglamentación supletiva, que permite que normas cuyo contenido deberían estar en leyes de la república sean proferidas mediante decretos o reglamentos ya por el ejecutivo, ora por otros órganos del poder público (Consejo de Estado, Consejo Nacional Electoral, etc.), en principio permite sostener que el control de dichas normas corresponde al Consejo de Estado puesto que el artículo 241 de la Carta no hace referencia a ninguna de ellas.

De hecho, dicha Corporación lo ha entendido de esa manera⁷² y ha avocado el conocimiento de varias demandas presentadas contra los mencionados decretos del gobierno nacional,⁷³ e incluso se



⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Exp. 6414, C.P. Camilo Arciniegas Andrade. Una acertada crítica doctrinal, desde la perspectiva constitucional, a esta determinación judicial puede encontrarse en el artículo del profesor Aquiles Arrieta, *op. cit.*, pp. 1977 a 1989.

⁶⁸ Ley 684 de 2001 declarada inexecutable mediante la sentencia C-251 de 2002, MM. PP. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández.

⁶⁹ Acto Legislativo 02 de 2003, declarado inexecutable por medio de la sentencia C-816 de 2004, MM. PP. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes.

⁷⁰ Proyecto de ley estatutaria 142/02-Senado y 0005/02-Cámara, "Por la cual se reglamenta el artículo 30 de la Constitución Política", declarado inexecutable mediante la sentencia C-1056 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁷¹ Artículo 1° de la Ley 15 de 1968, y artículo 10 de la Ley 4a de 1981, cuyas expresiones "valor de adquisición" y "y valor", respectivamente, fueron declaradas inexecutables en la sentencia C-243 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

⁷² Una explicación doctrinal a este tipo de determinaciones adoptadas por el Consejo de Estado a partir de un análisis meramente gramatical de la Constitución puede encontrarse en el artículo del profesor Manuel Fernando Quinche Ramírez, "La lectura administrativa de la Constitución Política", en *Vniversitas Jurídica*, No. 104, Pontificia Universidad Javeriana - Facultad de Ciencias Jurídicas, diciembre de 2002, pp. 149 a 165.

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, radicación 11001032400020040038901 (Demanda de nulidad contra el Decreto 2636/04), C. P. Olga Inés Navarrete Barrero, y 11001032400020040033201 (Demanda de nulidad el contra el Decreto 2637/04), C. P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

ha pronunciado de fondo sobre el Reglamento 01 de 2003 expedido por el Consejo Nacional Electoral,⁷⁴ al cual ya se ha aludido.

3. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD OFICIOSO E INTEGRAL DE LOS DECRETOS ESTATUTARIOS. FUNDAMENTOS DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LAS REGLAS JURISPRUDENCIALES PARA LA SOLUCIÓN DE CASOS FUTUROS

La guarda de la supremacía e integridad de la Constitución exige que la reserva de ley estatutaria no se desconozca, ni siquiera en los eventos de la reglamentación supletiva; en este sentido, se hace necesario que a efectos de determinar el control de constitucionalidad de los decretos estatutarios o de contenido estatutario⁷⁵ se atienda un criterio material, ello por cuanto debe recordarse que nos encontramos en un Estado social de derecho donde la búsqueda de la efectividad de todas las garantías –dentro de ellas la supremacía constitucional– no puede ser simplemente formal.

De esta manera, si bien es cierto que la reglamentación que hace el presidente de la república de los actos legislativos tiene forma de decreto, sus contenidos regulan directamente materias que tienen reserva de ley estatutaria, razón por la cual su control de constitucionalidad corresponde a la Corte Constitucional.⁷⁶



⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, radicación 11001032800020030003901 (Demanda contra los artículos 10, 14 y 15 del Reglamento 01 de 2003 expedido por el Consejo Nacional Electoral), C. P. Filemón Jiménez Ochoa. En este caso, mediante sentencia del 2 de septiembre de 2004, se denegaron las súplicas de la demanda.

⁷⁵ El *nomen juris*, “decreto de contenido estatutario”, fue utilizado por primera vez por la Corte Constitucional en la sentencia C-972 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, para referirse a aquel que reglamenta una materia que debe ser objeto de ley estatutaria. En el mismo sentido, las sentencias C-115 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-334 y C-523 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, y C-672 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

⁷⁶ En la sentencia C-970 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte Constitucional, precisó: “En fin, los decretos con fuerza de ley que profiera el presidente de la república en ejercicio de las facultades extraordinarias en cuestión, están sometidos al control de la Corte Constitucional, lo que permite impedir cualquier abuso o extralimitación por parte del Ejecutivo. En esta materia es preciso advertir que, no obstante que se está ante una especial habilitación para que el presidente de la república expida normas con fuerza de ley, que no está enunciada entre las atribuciones de control de constitucionalidad que para la Corte Constitucional prevé el artículo 241 Superior, no es menos cierto que, tal como se expresó por esta corporación en la sentencia C-131 de 1993, como quiera que en el Estado de derecho todos los poderes constituidos derivan sus competencias de la Constitución y sería inconcebible que un acto de un poder constituido pudiese contrariar la Constitución y no obstante carecer de control, debe concluirse que las normas que en ejercicio de esa facultad expida el gobierno, están sometidas a control de constitucionalidad, y dado que las mismas tienen naturaleza legal, no sólo porque así lo establece la norma habilitante, sino porque ellas están orientadas a expedir o modificar cuerpos normativos de carácter

En el mismo sentido, en la sentencia C-523 de 2005 precisó⁷⁷ que:

resulta a todas luces contrario a la Carta Política, que un cuerpo normativo mediante el cual se regula un tema esencial para la vida nacional, y por lo tanto reservado a una ley estatutaria, despliegue todos sus efectos jurídicos sin la plena certeza en torno a su compatibilidad con la Constitución, aunque se trate de una normatividad estatutaria expedida por el gobierno nacional mediante decreto, pues con mayor razón en estos particulares casos, por no haber mediado un debate democrático, la exigencia del control previo de constitucionalidad adquiere a plenitud su sentido.

Ésta fue la *ratio decidendi* de la sentencia en que dicha Corporación se pronunció sobre el caso de la demanda de inconstitucionalidad formulada contra el Decreto 2207 de 2003, respecto de la cual se declaró inhibida para conocer por vía de acción de dicho acto y consideró que al ser su contenido de naturaleza estatutaria, el control debía ser previo,⁷⁸ automático,⁷⁹ definitivo,⁸⁰ participativo⁸¹ e integral,⁸² es decir, de las mismas características que el de los proyectos de ley a los que se refiere el artículo 152 de la Carta.⁸³



legal, su conocimiento corresponde a la Corte Constitucional, como en diversas oportunidades, frente a situaciones similares ha sido expresado por esta Corporación. Il Observa la Corte, sin embargo, que la decisión del constituyente derivado de acudir a esta alternativa de habilitación legislativa en relación con materias de ordinario sometidas a reserva de ley estatutaria, que incluyen en su tramitación el previo control de constitucionalidad, plantea un problema de asimetría en dichos cuerpos normativos, puesto que coexistirían en ellos, normas sobre las que ha operado un control integral de constitucionalidad, con otras que carecen del él y que serían por consiguiente susceptibles de ser demandadas por cualquier ciudadano. Como quiera que ello desnaturalizaría tales normas en cuanto que carecerían de un elemento central de su carácter de estatutarias, al paso que se desvertebrarían los estatutos a los cuales ellas se integran, observa la Corte que, no obstante que no hay previsión expresa sobre el particular, una interpretación integral de la Constitución impone que en tales casos, en cuanto que en ejercicio de las facultades extraordinarias se modifiquen leyes estatutarias, los respectivos decretos deben ser remitidos por el gobierno para que la Corte ejerza el control de su constitucionalidad, y que en caso de que ello no ocurra así, la Corte habrá de aprehender de oficio su conocimiento. Sólo de esa manera puede preservarse la naturaleza de las leyes estatutarias como cuerpos normativos que han sido objeto de un control integral y definitivo de constitucionalidad."

⁷⁷ M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁷⁸ En este sentido, la revisión de constitucionalidad se realiza con anterioridad a la sanción presidencial del proyecto de ley, requisito éste indispensable para que se convierta en ley de la República (art. 157-4 Superior).

⁷⁹ Es decir, para la activación de este control no se requiere de la presentación de una demanda de inconstitucionalidad (art. 241-8 CP).

⁸⁰ Se afirma que el control de constitucionalidad es definitivo, por cuanto la sentencia de la Corte Constitucional hace tránsito a cosa juzgada constitucional, con lo cual las normas que fueron declaradas exequibles no podrán ser demandadas posteriormente (arts. 241-8 y 243 CP).

⁸¹ El control de constitucionalidad es participativo, dado que cualquier ciudadano puede intervenir en el proceso de constitucionalidad con el propósito de defender o impugnar la exequibilidad del proyecto de norma estatutaria (arts. 153 inciso segundo y 242-1 Superior).

⁸² La integralidad del control hace referencia a que la Corte debe examinar el contenido de la norma estatutaria tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación, debiendo confrontar el proyecto de normativa con la totalidad de la Carta Política (art. 241-8 CP).

⁸³ Corte Constitucional, sentencia C-972 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. En esta sentencia se solicitó al presidente de la república que, dentro del término de diez (10) días, contados a partir de su notificación, enviara el texto del Decreto 2207 de 2003, para efectos de "efectuar el control de constitucionalidad respectivo". Recibido el decreto, se inició el proceso de constitucionalidad de revisión de norma estatutaria (Expediente PE-021), el cual fue repartido a la magistrada Clara Inés Vargas Hernández.

Por su parte, la mayoría⁸⁴ de las demandas contra los decretos 2637 y 2697 de 2004 fueron rechazadas *in limine*,⁸⁵ para en su lugar iniciar el control oficioso⁸⁶ de constitucionalidad conforme lo ordena el artículo 153 de la Carta Política.⁸⁷

En el caso de la norma expedida por el Consejo Nacional Electoral, y teniendo en cuenta que en la sentencia C-155 de 2005⁸⁸ la Corte precisó que “la Constitución atribuyó a la Corte Constitucional la competencia para conocer de las normas estatutarias, tanto por su rango y materialidad legal como por su contenido específico (arts. 152, 153 y 241 (8) de la CP)”, y que “el Reglamento 01 de 2003 del Consejo Nacional Electoral constituye una ley estatutaria en sentido material”, el máximo intérprete de la Constitución aplicando la *ratio decidendi* de la sentencia C-972 de 2004⁸⁹ consideró que el control de dicho acto debía ser oficioso y no por vía de acción.

A la fecha, la Corte Constitucional ha revisado la constitucionalidad de los decretos 2207 de 2003, 2637 y 2697 de 2004 y ha decidido declarar su inexecutable mediante las sentencias C-523⁹⁰ y C-672⁹¹ de



⁸⁴ Una de las demandas de inconstitucionalidad contra el Decreto 2637 de 2004 fue admitida por la magistrada Clara Inés Vargas Hernández, y posteriormente, en la sentencia C-334 de 2005, la Corte decidió inhibirse para conocer de la misma dado que dicha norma no podía ser controlada por vía de acción sino mediante control oficioso tratándose de un decreto de contenido estatutario, en aplicación de la *ratio decidendi* de la sentencia C-972 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸⁵ Autos del 15 de octubre de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño, Exp. D-5458, 21 de octubre de 2004; M. P. Clara Inés Vargas Hernández, Exp. D-5438, 22 de octubre de 2004; M. P. Álvaro Tafur Galvis, Exp. D-5457, 29 de octubre de 2004; M. P. Jaime Araújo Rentería, Exp. D-5499, y 5 de noviembre de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis, Exp. D-5437.

⁸⁶ A diferencia de lo expuesto por un sector de la doctrina (cfr. Tobo Rodríguez, Javier, *La Corte Constitucional y el control constitucional en Colombia*, Ediciones Jurídicas Ibáñez, 2004, y Rey Cantor, Ernesto, *Derecho procesal constitucional*, Ediciones Ciencia y Derecho, Brevarios Jurídicos No. 9, 2001), consideramos que existen diferencias entre el control de constitucionalidad automático y el oficioso. En efecto, el primero se presenta cuando la norma o el proyecto de norma objeto de control llega a la Corte en cumplimiento de una preceptiva constitucional que impone el deber a la autoridad que la profiere de remitirla a dicha Corporación, por ejemplo, en el caso de los decretos legislativos (art. 214-6 y parágrafo del art. 215 CP), de los proyectos de ley estatutaria (art. 153 CP) y de las leyes aprobatorias de tratado internacional (art. 241-10 CP). *Contrario sensu*, el control oficioso opera cuando la autoridad que debe remitir una norma o un proyecto de norma a la Corte Constitucional incumple ese deber, debiendo ésta aprehender de oficio su conocimiento. Por esta razón, el control de los decretos de contenido estatutario números 2207 de 2003, 2637 y 2697 de 2004, así como del Reglamento 01 de 2003, ha sido oficioso y no automático.

⁸⁷ Mediante Auto del 15 de octubre de 2004 la Corte Constitucional solicitó al presidente de la república que, dentro del término de diez días contados a partir de su notificación, enviara copia auténtica de los decretos 2637 y 2697 de 2004, para efectos de “realizar el control integral de constitucionalidad”. Recibidos los decretos, se inició el proceso de constitucionalidad de revisión de norma estatutaria (Exp. PE-022) el cual fue repartido al magistrado Jaime Córdoba Triviño.

⁸⁸ M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁹¹ M. P. Jaime Córdoba Triviño.

2005, respectivamente.⁹² Las reglas jurisprudenciales que surgen de estas decisiones constituirán los parámetros de control que en el futuro habrán de efectuarse a las normas que producto de la regulación supletiva hagan respecto de materias de contenido estatutario tanto el gobierno nacional como otros organismos del Estado, con fundamento en las facultades⁹³ que le otorguen los actos legislativos.

No obstante, la declaratoria de inconstitucionalidad tuvo diferente fundamentación, a pesar de que todas las normas objeto de control eran decretos de contenido estatutario. En efecto, en la sentencia C-523 de 2003⁹⁴ la Corte Constitucional consideró que al no haber tenido esa Corporación la oportunidad de ejercer el control previo de constitucionalidad sobre el Decreto 2207 de 2003, que entró en vigencia a partir de su fecha de promulgación (5 de agosto de 2003), y no fue remitido por el gobierno para el efecto, se había quebrantado el sistema de control fijado en la Carta para la revisión de constitucionalidad de las materias de contenido estatutario.⁹⁵

Dijo la Corte sobre este aspecto:

En efecto, el presidente de la república puso en vigor el Decreto 2207 de 2003, que tiene fuerza de ley y es de contenido estatutario, omitiendo cumplir el control previo de constitucionalidad aplicable a este tipo de normas, habiéndose modificado de tal manera el régimen vigente en una materia esencial a la democracia colombiana como lo es la relacionada con la financiación de las campañas políticas, en el ámbito



⁹² Respecto del Decreto 2636 de 2004 que, como se ha indicado, modificó algunos artículos del Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993), consideramos que el control de constitucionalidad corresponde a la Corte Constitucional por vía de acción pública de inconstitucionalidad, dado que dicha disposición es una norma con fuerza material de ley (art. 241-4 CP). Así, una posición coherente con el sistema de control de constitucionalidad colombiano haría que la Sección Primera del Consejo de Estado que en la actualidad tramita el proceso de nulidad (radicación 11001032400020040038901) contra ese decreto, se declare inhibida para fallar, dada su falta de competencia.

⁹³ Debe recordarse que la Corte Constitucional, en la sentencia C-970 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, examinó la constitucionalidad de la norma constitucional habilitante (inciso segundo del artículo 4º transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002), con fundamento en el cual se expidieron los decretos 2636 y 2637 de 2004, y concluyó que la misma no denotaba una sustitución de la Constitución, dado que el Congreso en ningún evento perdía la competencia para regular las materias referentes al nuevo sistema penal, y por el contrario se ajustaba al modelo flexible de distribución de funciones del poder público que materializa el principio de colaboración y cooperación de los distintos órganos del Estado. Esta misma posición fue aplicada en la sentencia C-971 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, mediante la cual se declaró la exequibilidad del parágrafo transitorio del artículo 3º del Acto Legislativo 01 de 2003. En ambos pronunciamientos salvaron el voto los magistrados Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Córdoba Triviño y Clara Inés Vargas Hernández, para quienes dichas normas constitucionales habilitantes comportaban un cambio de la Constitución de 1991.

⁹⁴ M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁹⁵ Es relevante precisar que de esta posición mayoritaria de la Corte se apartaron los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Álvaro Tafur Galvis, quienes salvaron su voto por considerar que conforme a la sentencia C-971 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, debió efectuarse el control integral del Decreto 2207 de 2003.

departamental y municipal. Por lo tanto, la Corte lo declarará inexecutable, decisión que no podía ser adoptada sin que previamente se hubiere solicitado al presidente de la república el envío del texto del mencionado decreto.⁹⁶

Por su parte, en la sentencia C-672 de 2005⁹⁷ la Corte varió la regla jurisprudencial que, dada la similitud de casos, debía haber sido aplicada al efectuar la revisión de los decretos 2637 y 2697 de 2004. En esta oportunidad consideró que respecto del primero de ellos, el gobierno nacional había excedido su competencia al introducir modificaciones para las cuales no se le había conferido facultad en el acto legislativo, lo cual generada su inconstitucionalidad y, a su paso, el del Decreto 2697 que pretendía, supuestamente, corregir yerros tipográficos de aquél.

Como puede advertirse, pareciera que la Corte hubiera acogido la interpretación de los magistrados que salvaron su voto en la sentencia C-523 de 2005,⁹⁸ quienes prohijaban la tesis de que la Corte, conforme a lo señalado en la sentencia C-971 de 2004,⁹⁹ estaba obligada a hacer un control integral, oficioso y definitivo del decreto estatutario, sin considerar la oportunidad del envío del mismo por parte del gobierno para su revisión.

Con todo, la posición jurisprudencial definitiva habrá de encontrarse en la sentencia mediante la cual se revise la constitucionalidad del Reglamento 01 de 2003 expedido por el Consejo Nacional Electoral,¹⁰⁰ decisión que a la fecha de realización de estas líneas aún no se había conocido.

La anterior reconstrucción de la problemática que representa la introducción, con fines perversos, de la figura de los decretos y reglamentos de contenido estatutario a partir de facultades otorgadas en actos legislativos pone de manifiesto que, si bien la estrategia para eludir el control de constitucionalidad por parte de la Corte



⁹⁶ Sentencia C-523 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Contra esta providencia fueron interpuestos varios incidentes de nulidad, en los cuales se sostenía que la Corte había desconocido lo dispuesto en la sentencia C-971 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, en cuanto a que el control de los decretos de contenido estatutario debía ser integral. Las solicitudes de nulidad fueron denegadas por la Sala Plena mediante Auto 149 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁹⁷ M. P. Jaime Córdoba Triviño.

⁹⁸ M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁹⁹ M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰⁰ Como se ha indicado, la radicación de este proceso de constitucionalidad corresponde al expediente PE-023, cuya sustanciación correspondió al magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra.

Constitucional respecto de ese tipo de normas podía ser formalmente admisible, lo cierto es que en el modelo de Estado adoptado por el Constituyente de 1991 la garantía de los derechos es de carácter material¹⁰¹ (art. 2 CP), lo cual en el caso de la supremacía de la Constitución es por demás desarrollo de uno de los principios constitucionales fundamentales (art. 4 CP) y, en consecuencia, es el mismo sistema de defensa de la Carta el que enerva la intención del Congreso de eludir la intervención del máximo órgano de la jurisdicción constitucional en la revisión de las normas que desarrollan los actos legislativos, en los cuales se otorgan facultades para hacer esas regulaciones de contenido estatutario.

De esta manera, todos los poderes constituidos, empezando por el Congreso, deberán tener en cuenta las reglas que fije la Corte Constitucional al resolver este tipo de asuntos, con cuyas decisiones queda salvaguardada la decisión fundacional del pueblo soberano y titular del poder constituyente primario.

Consideramos que en los eventos relatados la citada Corporación no ha asumido competencias de otros órganos, concretamente del Consejo de Estado, sino que, por el contrario, conforme lo ordena el artículo 2 Superior, ha cumplido¹⁰² con eficacia la principal función que le fue atribuida, cual es la de garantizar la efectividad de “la integridad y supremacía de la Constitución”. No obstante, como ha quedado expuesto, la regulación supletiva se ha implantado en nuestro sistema jurídico vigente no como excepción, sino como regla general y, en ese sentido, los decretos y reglamentos de contenido estatutario entran al ordenamiento actual alterando el diseño normativo originario de la Carta de 1991, y de allí la ausencia de una cláusula que precise la vía para su control de constitucionalidad.



¹⁰¹ Es precisamente por esta nueva visión del papel que cumple el Estado en una sociedad que el propio Constituyente Primario le impuso como fin esencial: “garantizar *la efectividad* de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, y no como algunos siguen entendiendo hoy, que las autoridades cumplen con sus funciones simplemente *garantizando* los derechos constitucionales. Desde esta óptica se enfrenta la tesis de la garantía material (real efectividad de los derechos) y de la garantía formal (su mero reconocimiento en los textos normativos y su interpretación gramatical de los mismos).

¹⁰² El profesor Luis Prieto Sanchís expone esta realidad de la siguiente manera: “La teoría de la interpretación a partir de la Constitución parece que ya no puede la misma que la teoría de la interpretación a partir de la ley: las normas constitucionales estimulan otro género de razonamiento jurídico.” Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, 1999. Todo parece indicar que el Congreso, el gobierno nacional y el Consejo de Estado siguen cumpliendo sus funciones desde una teoría jurídica a partir de la ley, desconociendo así el valor normativo y la eficacia directa de la Constitución.

En buena hora, aunque tardíamente, la Corte Constitucional, desde una perspectiva material, determinó el tipo de control que ha de aplicarse a esas normas, posición que con algunos matices hubiera sido también válida para haber impedido que el Consejo de Estado se hubiera pronunciado de fondo sobre el Decreto reglamentario 1382 de 2000,¹⁰³ cuyo contenido estatutario es innegable.

Habrà que estar atentos a la reacción tanto del Congreso como del gobierno nacional que, muy seguramente, acudirán a otras estrategias normativas para eludir el control de constitucionalidad¹⁰⁴ que, de manera notable, viene efectuando la Corte Constitucional y cuyos resultados mantienen “viva”¹⁰⁵ la Constitución Política, la cual cada vez más personas de todos los sectores de la sociedad defienden y garantizan,¹⁰⁶ ante la sistemática actitud de algunos poderes constituidos de las diferentes ramas del poder público que se empeñan¹⁰⁷ en impedir que la Carta de 1991 madure y brinde los resultados que inspiraron su instauración.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y control del poder*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.



¹⁰³ Por el cual establecen reglas para el reparto de la acción de tutela.

¹⁰⁴ Cabe referir uno de los apartes del texto del profesor Manuel Aragón Reyes, *Constitución y control del poder*, Universidad Externado de Colombia, 1999, que sobre el control de la constitucionalidad enseña: “Para una teoría constitucional adecuada a la única Constitución ‘normativa’ posible, que es la Constitución democrática, el control es el elemento que, al poner en conexión precisamente el doble carácter instrumental y legitimador de la Constitución, impide que ambos caracteres puedan disociarse. El control pasa a ser así un elemento inseparable de la Constitución, del concepto mismo de Constitución. Cuando no hay control, no ocurre sólo que la Constitución vea debilitadas o anuladas sus garantías, o que se haga difícil o imposible su ‘realización’; ocurre, simplemente que no hay Constitución.”, p. 54.

¹⁰⁵ Manuel José Cepeda Espinosa, “Por una Constitución viviente”, en *Introducción a la Constitución de 1991*, Presidencia de la República, 1993, p. 85.

¹⁰⁶ Por eso, con razón dice Häberle: “¡Nosotros todos somos, políticamente, ‘guardianes de la Constitución’ y no sólo lo es la jurisdicción constitucional!” Häberle, Peter, *Constitución como cultura*. Traducción de Ana María Montoya, Universidad Externado de Colombia – Temas de Derecho Público, No. 66, 2002.

¹⁰⁷ No es difícil encontrar en la agenda del Congreso en cada legislatura por lo menos el estudio de un proyecto de acto legislativo, en la mayoría de ocasiones motivado en las visiones particulares de la propia rama legislativa o del gobierno nacional, e incluso, para hacer más compleja la situación, por la anticuada perspectiva de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado (concretamente en el tema de la tutela contra providencias judiciales). Estas propuestas de reforma nada tienen que ver con la realización de los mandatos constitucionales, entre los cuales se encuentra el asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (art. 2 superior).

- Arango Rivadeneria, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Universidad Externado de Colombia – Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 33, 2004.
- Arrieta, Aquiles, “El Decreto Reglamentario 1382, o de cómo evadir la Constitución”, en revista *Tutela*. N° 33, Bogotá, Legis, septiembre de 2002.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*, Ariel, 1996.
- Cepeda Espinosa, Manuel José, “Por una Constitución viviente”, en *Introducción a la Constitución de 1991*, Presidencia de la República, 1993.
- Charry Urueña, Juan Manuel, *Sistema normativo de la Constitución de 1991*, Temis, 1991.
- Dueñas Ruiz, Óscar José, *Control constitucional*, Ediciones Librería del Profesional, 1999.
- Esguerra Portocarrero, Juan Carlos, *La protección constitucional del ciudadano*, Legis, 2004.
- Estrada Vélez, Sergio Iván, *La excepción de principalidad*, Temis, 2000.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, 1999.
- García Belaúnde, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Temis, 2001.
- Häberle, Peter, *Constitución como cultura*. Traducción de Ana María Montoya. Universidad Externado de Colombia – Temas de Derecho Público, No 66, 2002.
- López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2000.
- Peces-Barba, Gregorio, *Los valores superiores*, Tecnos, 1984.
- Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, 1999.
- , *Sobre principios y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando, “La lectura administrativa de la Constitución Política”, en *Vniversitas Jurídica* No. 104, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana - Facultad de Ciencias Jurídicas, diciembre de 2002.
- , *Reforma política y referendo en Colombia*, Universidad del Rosario, 2004.
- Rey Cantor, Ernesto, *Derecho procesal constitucional – Derecho constitucional procesal – Derechos humanos procesales*, Ediciones Ciencia y Derecho, 2001.
- Rodríguez Rodríguez, Libardo, *Derecho administrativo general y colombiano*, Bogotá, Temis, 2005.
- Sánchez Sánchez, Abraham, *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*, Ediciones Jurídicas Ibáñez, 2005.

- Sierra Porto, Humberto, *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Tobo Rodríguez, Javier, *La Corte Constitucional y el control constitucional en Colombia*, Ediciones Jurídicas Ibáñez, 2004.
- Uprimny Yepes, Rodrigo, "Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal", en *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal – Los grandes desafíos del juez penal colombiano*, Consejo Superior de la Judicatura - Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2005.
- , "El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal", en *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2001, vol. I.
- Urrego Ortiz, Franky, *La acción de cumplimiento. Estudio en el sistema jurídico colombiano. Análisis normativo y jurisprudencial*, ABC Editores - Uniagraria, 2001.
- Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, Abeledo - Perrot, 1993.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995.