

LA ELUSIÓN CONSTITUCIONAL

Una política de evasión del
control constitucional en Colombia

Manuel Fernando Quinche Ramírez

SEGUNDA EDICIÓN



Colección Textos de Jurisprudencia



La elusión constitucional

Una política de evasión del
control constitucional en colombia

Manuel Fernando Quinche Ramírez



COLECCIÓN TEXTOS DE JURISPRUDENCIA

© 2009 Editorial Universidad del Rosario
© 2009 Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario,
Facultad de Jurisprudencia
©2009 Manuel Fernando Quinche Ramírez

ISBN: 978-958-738-037-8

Primera edición: Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, D.C., 2006
Segunda edición: Bogotá, D.C., agosto de 2009
Diagramación: Angélica Quinche Ramírez
Diseño de cubierta: Angélica Quinche Ramírez
Impresión: Xpress. Estudio gráfico y digital
Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 No. 13-41 oficina 501 Tel.: 297 0200 Ext.: 7724
editorial@urosario.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser
reproducida sin el permiso previo escrito de la
Editorial Universidad del Rosario.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando
La elusión constitucional: una política de evasión del control constitucional
en Colombia / Manuel Fernando Quinche Ramírez.—Facultad de Jurisprudencia. Bogotá:
Editorial Universidad del Rosario, 2009.
260 p.—(Colección Textos de Jurisprudencia. Serie Maestría).

ISBN: 978-958-738-037-8

Reformas constitucionales – Colombia / Control de constitucionalidad – Colombia
/ Legislación por decretos – Derecho constitucional – Colombia / Colombia – Constitución,
1991 / I. Título / II. Serie.
342.023 SCDD 20

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

CONTENIDO

Introducción.....	15
--------------------------	-----------

Capítulo I

La manipulación constitucional.La elusión y la elusión constitucional..	19
1. La <i>manipulación constitucional</i> como género de las elusiones y de la elusión constitucional.....	20
1.1. La manipulación ideológica.....	21
1.2. La manipulación gubernativa	22
1.3. La manipulación partidista	22
1.4. La manipulación narcisista	24
1.5. La manipulación forense	24
1.6. La manipulación tolerante y la manipulación agresiva	25
2. La elusión. Concepto, aplicaciones y variedades.	
La elusión tributaria	26
3. La elusión legislativa	29
4. La elusión constitucional. Concepto y criterios de identificación de los casos de elusión constitucional.....	34
5. Consecuencias de la elusión constitucional. La afectación del Estado constitucional democrático. La disociación entre los intereses políticos y los intereses constitucionales en el Estado colombiano ...	39
6. El núcleo doloroso de la elusión constitucional: la supresión del debate democrático	45

Capítulo II

La elusión constitucional con los actos reformativos de la Constitución.	
Manipulación con los decretos de contenido estatutario	48
1. Los actos reformativos de la Constitución	
en el sistema colombiano.....	49
2. Las reforma hechas a la Constitución de 1991	52
3. El control constitucional judicial de los actos	
reformativos de la Constitución.....	59
3.1 El control de los actos legislativos durante la	
Constitución de 1886	59
3.2. El control de los actos legislativos durante la	
Constitución de 1991	61
4. Las facultades extraordinarias. Los decretos ley y los decretos de	
contenido estatutario	67
4.1. Los decretos ley expedidos con base en leyes de	
facultades extraordinarias.....	67
4.2. Los decretos de contenido estatutario expedidos con base	
en facultades extraordinarias otorgadas por actos legislativos.....	69
4.2.1. Las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente	
por el Constituyente primario	69
4.2.2. Las facultades extraordinarias por el	
Constituyente secundario mediante actos legislativos sobre	
materias destinadas a códigos o con reserva de leyes	
estatutarias	72
4.2.3. El control constitucional de los decretos de contenido	
estatutario (es decir, de los decretos expedidos con base	
en facultades otorgadas en actos legislativos, que aborden	
materias con reserva de ley estatutaria)	74
5. Elusiones constitucionales concretas mediante facultades	
extraordinarias concedidas al Presidente por actos	
legislativos desde el año 2002	75
6. Estado actual de la doctrina sobre control constitucional de los	
decretos de contenido estatutario	86

7. La elusión constitucional concreta mediante decretos de contenido estatutario, dictados con base en facultades concedidas por acto legislativo	87
---	----

Capítulo III

La elusión constitucional con los tratados públicos.	
La instrumentalización de los acuerdos simplificados.....	94
1. Los tratados públicos y los acuerdos simplificados.....	95
2. El control constitucional de los acuerdos simplificados.....	96
2.1. Posición inicial de las cortes alrededor del control constitucional de los acuerdos simplificados.....	96
2.2. El cambio de jurisprudencia en la Corte Constitucional: los acuerdos simplificados son objeto de control como cualquier otro tratado	99
3. Casos concretos de elusión constitucional mediante acuerdos simplificados.....	110
3.1. La elusión constitucional con los acuerdos internacionales aprobados bajo el procedimiento previsto en la Ley 24 de 1959	111
3.2. Acuerdos simplificados en ejecución de la cláusula de autorizaciones de la Ley 24 de 1959.....	113
3.3. Otros casos de acuerdos simplificados con elusión del control. El acuerdo de privilegios e inmunidades suscrito con Estados Unidos de América	118
4. La elusión constitucional concreta con los acuerdos simplificados. Satisfacción de los elementos y requisitos de la elusión constitucional	121

Capítulo IV

Los decretos en el sistema colombiano. Los decretos administrativos y los decretos que inventa la administración como mecanismos de elusión constitucional.....	127
1. Los decretos de contenido legislativo.....	128

1.1. Los decretos ley o decretos con fuerza de ley	129
1.2. Los decretos legislativos	130
1.3. El decreto del plan nacional de desarrollo	132
1.4. Los decretos estatutarios bajo facultades concedidas por el Constituyente Primario	133
2. Los decretos de contenido administrativo	134
2.1. Los decretos reglamentarios.....	134
2.2. Los decretos <i>in marco</i> o que desarrollan leyes marco o cuadro	137
2.3. Los decretos ejecutivos.....	139
2.4. Decretos enmienda o de corrección de yerros caligráficos o tipográficos.....	140
3. Decretos inventados por el Gobierno Nacional.....	142
3.1. Decretos compiladores.....	142
3.2. Decretos de contenido administrativo “con vocación legislativa”	146
3.3. Decretos estatutarios irregulares, expedidos como resultado de una regulación supletiva autorizada por el Constituyente Secundario	149
3.4. Los decretos orgánicos	151
4. A modo de conclusión	153

Capítulo V

La elusión constitucional mediante decretos reglamentarios I.	
La potestad reglamentaria en las cortes y la elusión constitucional con la acción de tutela	155
1. La potestad reglamentaria y el alcance de los decretos reglamentarios en la Corte Constitucional y la Sala de Consulta del Consejo de Estado	156
1.1. La fijación de los límites al ejercicio de la potestad reglamentaria. La Sentencia C-028 de 1997.....	158
1.2. Nueva precisión alrededor de los límites al ejercicio de la potestad reglamentaria. La Sentencia C-512 de 1997.....	160
1.3. Límites de la potestad reglamentaria por la cláusula de	

vigencia. La Sentencia C-302 de 1999	161
1.4. La potestad reglamentaria residual y las potestades reglamentarias autónomas. La Sentencia C-917 de 2002	162
1.5. La potestad reglamentaria y los decretos reglamentarios de la Sala de Consulta del Consejo de Estado	164
2. La elusión constitucional con la acción de tutela y los derechos fundamentales	166
2.1. La Acción de Tutela. Generalidades, trámite, aplicación	167
2.2. La Acción de Tutela. Regla de competencia hasta el año 2000	170
2.3. El Decreto Reglamentario 1382 de 2000. El uso irregular del reglamento destinado a la elusión constitucional en la acción de tutela	172
2.3.1. Los conflictos de competencia, la excepción de inconstitucionalidad y, los autos de la Corte Constitucional ...	174
2.3.2. La Sentencia del Consejo de Estado. La elusión constitucional como mecanismo	176
2.4. La elusión constitucional concreta. La instrumentalización del reglamento en la tutela. Satisfacción de los elementos y requisitos de la elusión constitucional	178

Capítulo VI

La elusión constitucional mediante decretos reglamentarios II	
Elusión constitucional estructural en el favorecimiento de los paramilitares y la disolución de los derechos de las víctimas	183
1. La elusión constitucional estructural en el favorecimiento de los victimarios en Colombia y la disolución de los derechos de las víctimas.....	184
1.1. La manipulación normativa en el nivel legal.....	185
1.2. La manipulación normativa en el nivel reglamentario	190
1.3. La elusión constitucional mediante los decretos reglamentarios de las leyes. El cumplimiento de los elementos de la elusión constitucional.....	202

2. La elusión constitucional en el fundamento de la desmovilización paramilitar.....	205
2.1. El Decreto Reglamentario No. 218 de 2003. Cómo una norma reglamentaria y una autoridad administrativa (el CODA) otorgan beneficios judiciales	206
2.1.1. Uso inconstitucional del reglamento en el inciso 3 del artículo 4 del Decreto reglamentario 128 de 2003. El manejo administrativo y no judicial del desmovilizado	207
2.1.2. El uso inconstitucional del reglamento en el artículo 2 del Decreto Reglamentario 128 de 2003. El certificado del CODA y los beneficios judiciales (cesación de procedimiento, preclusión, inhibitorio) sin judicialización.....	209
2.1.3. Uso inconstitucional del reglamento en el artículo 13 del Decreto 128 de 2003. La concesión directa de beneficios judiciales por el CODA, sin investigación ni juzgamiento	210
2.1.4. Uso inconstitucional del reglamento en el inciso 2 del artículo 21 del Decreto 128 de 2003. Negación de beneficios a procesados por delitos atroces y concesión a los no procesados	212
2.2. La Ley 975 de 2005. La continuación del Decreto reglamentario 128 de 2003.....	213
2.3. Elementos que configuran la elusión constitucional de los estándares de protección en el origen de la desmovilización	216

Capítulo VII

El uso corriente y generalizado de la manipulación. La inconstitucionalidad como forma de vida y como modo de ejercer el poder en Colombia..	222
1. La evasión de la consulta previa y la manipulación de las licencias ambientales, mediante decreto reglamentario.....	222
1.1. Marco normativo de la consulta previa y de las licencias ambientales.....	223

1.2. Casos de aplicación de la consulta previa.....	224
1.3. La evasión de la consulta y del control constitucional de las licencias ambientales mediante decreto reglamentario	225
2. La evasión de los derechos de las víctimas del conflicto mediante el decreto reglamentario de reparación administrativa	227
2.1. El derecho fundamental de las víctimas a la reparación integral en los sistemas de protección de que hace parte Colombia	228
2.1.1. La cesación de las violaciones por parte del Estado	229
2.1.2. La reparación por las consecuencias de la acción.....	231
2.1.3. Condenas por indemnización compensatoria	233
2.2. Decreto reglamentario 1290 de 2008	235
2.3. La usurpación de las reservas de ley, la evasión del control constitucional y la elusión de los estándares sobre reparación, con el Decreto reglamentario 1290 de 2008	236
3. La reinstalación religiosa en el Estado colombiano mediante el decreto reglamentario que obliga a la clase de religión en los colegios	237
3.1. Reglas constitucionales y reserva de ley acerca de la separación Iglesia – Estado y el servicio público de educación	238
3.2. El derecho de libertad religiosa, los derechos de los individuos y de las minorías	239
3.3. La igualdad de trato entre las iglesias y la neutralidad del Estado en materia religiosa. El Estado laico	240
3.4. El Decreto reglamentario 4500 de 2006 y la maniobra de evasión de control constitucional en él contenida.....	245
4. El precio de la gasolina y cómo hacer una reforma tributaria mediante decreto reglamentario	248
4.1. Las normas implicadas en este tipo de elusión.....	248
4.2. La operación del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles	251
4.3. La elusión constitucional en el caso concreto	252

5. Los nuevos caminos de la elusión constitucional. La evasión del control mediante “directivas”, “circulares únicas”, “circulares”, “resoluciones”, “órdenes” y otros instrumentos.....	254
Bibliografía.....	256

Introducción

Esta es la segunda edición de la *Elusión constitucional. Una política de evasión del control constitucional en Colombia*. El tema genérico de este libro es el del control y más precisamente, el de la falta de control constitucional sobre los decretos de contenido administrativo.

El libro consiste básicamente en *evidenciar* una manipulación constitucional, la implementación de un aparato al que he denominado como “*elusión constitucional*”. Esta es el resultado de una maniobra sofisticada y eficaz. Básicamente consiste en adoptar un texto normativo concreto (usualmente un decreto reglamentario o cualquier otra clase de decreto de contenido administrativo, un acto legislativo o un acuerdo simplificado) y usarlo de modo tal, que se contengan dentro de él enunciados que logran escapar al control constitucional, con lo cual resultan entronizados los meros actos de poder.

El asunto consiste en hacer una mimesis o “camuflaje”: se expide una norma con nombre de decreto administrativo, usualmente un decreto reglamentario (esa su apariencia o “camuflaje”) y se le dan contenidos con reserva de ley. De esta manera, se logran varios efectos perversos:

- Se usurpan las reservas legales (que son verdaderas garantías para el ciudadano) y se las entregan al presidente, para que haga uso discrecional de ellas.
- Se suprime el debate democrático y se diluye la división de poderes, en la medida en que las materias de reserva legal ya no se discutirán en el Congreso, el “gran foro de la democracia” (como le gusta llamarlo a algunos), sino que se decidirán unilateralmente por el presidente.
- Se evita el control constitucional, pues al usarse el “camuflaje” de un decreto de contenido administrativo, la competencia para las demandas contra esos decretos pasa a ser del Consejo de Estado, que como se sabe, es un órgano judicial, que con frecuencia se comporta como cumpliendo funciones simplemente notariales respecto de los decretos del presidente.¹

¹ La imagen de los órganos judiciales que cumplen funciones notariales respecto de los actos del presidente en Colombia, fue utilizada por García, Mauricio. *Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997*. En: “El caleidoscopio de las justicias en Colombia”. Tomo I. Universidad de los Andes, Universidad Nacional, Siglo del Hombre, Bogotá, 2001, página 348.

El aparato ha resultado tan exitoso, que se usa cada vez con mayor frecuencia, hasta el punto de poder hablar de una verdadera política de desarticulación de las redes del control en el Estado colombiano, en la medida en que los decretos se siguen expidiendo y su control se sigue evitando.

Para desarrollar el tema y defender la tesis de la existencia y extensión del aparato elusivo, el material ha sido dividido en siete capítulos o secciones. El Capítulo I presenta el tema genérico de las manipulaciones constitucionales y dentro de estas, identifica a la elusión constitucional desde sus antecedentes, los elementos que la integran y los criterios de identificación. De esta manera se consignan allí, a modo de *test*, cuatro componentes estructurales, que permite identificar las maniobras de elusión constitucional.

El Capítulo II describe en su ejecución, el aparato de elusión constitucional que opera con los actos reformativos de la Constitución. La maniobra consiste aquí, en otorgar “facultades extraordinarias” al Presidente de la República, para que por medio de decretos, legisle sobre materias que tienen reserva de ley estatutaria. En este sentido, se habla de “decretos estatutarios” dictados con base en facultades concedidas por el Poder Constituyente Secundario, es decir, por el Congreso. Según se evidencia allí, esta es una forma de manipulación exitosa, que permite consumir efectos normativos, sin necesidad del control de constitucionalidad previsto para las materias reservadas a las leyes estatutarias.

El Capítulo III trabaja la elusión constitucional, esta vez aplicada a los tratados públicos. La cuestión consiste en mostrar la manipulación que se hace con instrumentos específicos, denominados “acuerdos simplificados”, por medio de los cuales se pone en vigencia convenios intencionales, evadiendo el control que haría el Congreso de la República por medio de la ley aprobatoria de tratado público; y el control judicial que debería hacer la Corte Constitucional de conformidad con el numeral 10 del artículo 241 de la Carta Política. El asunto resulta especialmente significativo en atención a la muy reciente expedición del Decreto 1772 de mayo 18 de 2009, *Por medio del cual se promulga el “Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional”, hecho en Nueva York, el 9 de septiembre de 2002*, que es un acuerdo simplificado, vigente sin control constitucional, que impide unilateralmente entregar ciudadanos norteamericanos a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

El Capítulo IV es una novedad en esta segunda edición y contiene una presentación del régimen de los decretos en Colombia. Este aspecto es muy importante si se tiene en cuenta que en buena parte se legisla hoy “a decretazo”, y que no existe claridad alrededor del número y las características de los decretos presidenciales en Colombia. Más aún, se describe allí una suerte de “administrativización” de los decretos, de modo tal que los decretos que tienen contenido y reservas de ley, se “camuflan” cada vez más al modo de decretos de contenido administrativo, para imponer actos discrecionales de poder, evadiendo el control constitucional, como tantas veces se referirá en este escrito.

Los Capítulos V, VI y VII han sido destinados a describir y evidenciar la manera como los decretos reglamentarios asaltan el sistema normativo colombiano, con el beneplácito de distintas instituciones. Se exhibe allí una muestra significativa y contundente de la manera como esa clase de decretos usurpan las reservas de ley sin control eficaz alguno. En la sección final se anuncia lo que habrá de ser la materia de trabajos posteriores: el hecho de que el sistema normativo y el control constitucional pasen a ser asaltados con una variedad específica de decretos administrativos nuevamente “camuflados”: las “circulares”, las “directivas”, las “órdenes”, las “resoluciones” y otros instrumentos de similares características que continúan la tarea de desarticulación de las redes del control democrático que cabe esperar en un Estado constitucional.

Este como todos mis trabajos tiene sentido por ustedes, mis lectores. En lo personal considero que mis lectores son de dos clases: en primer lugar, las víctimas de un sistema jurídico que como el nuestro, es severo con los débiles y complaciente con quienes tienen poder; y en segundo lugar, personas cansadas de textos que repiten como letanía historias ajenas, normas frías y conceptos no muy bien comprendidos, como si todo estuviera bien, como si el sistema jurídico colombiano funcionara de maravilla. A todos ustedes, mi mejor esfuerzo y mi sincero agradecimiento.

Al igual que siempre, agradezco a la Universidad del Rosario el apoyo brindado a mis labores investigativas y muy especialmente a mi editor allí, Juan Felipe Córdoba y al Decano de la Facultad de Jurisprudencia, profesor Alejandro Venegas Franco. Deuda permanente con ambos.

Bogotá, mayo de 2009



El tema de este texto es la elusión constitucional. Esta es una forma de manipulación constitucional, que consiste en adoptar un texto normativo concreto (usualmente un decreto reglamentario o cualquier otra clase de decreto administrativo, un acto legislativo o un acuerdo simplificado) y usarlo de modo tal, que se contengan dentro de él enunciados que logran escapar al control constitucional.

El asunto consiste en hacer una mimesis o “camuflaje”: se expide una norma con nombre de decreto administrativo, usualmente un decreto reglamentario (esa su apariencia o “camuflaje”) y se le dan contenidos con reserva de ley. De esta manera se logran varios efectos perversos: se usurpan las reservas legales (que son verdaderas garantías para el ciudadano); se suprime el debate democrático a la vez que se diluye la división de poderes, para dejarlo todo en la voluntad del presidente; y se evita el control constitucional, pues al usarse el “camuflaje” de un decreto de contenido administrativo, la competencia para su “control” pasa al Consejo de Estado, que como se sabe, es un órgano judicial que se comporta con frecuencia como cumpliendo funciones notariales al presidente.

El texto demuestra, que la elusión constitucional es apenas uno de los elementos de una estrategia general de evasión del control constitucional efectivo en Colombia

