

Creación y uso expansivo de los decretos presidenciales durante los 30 años de vigencia de la Constitución de 1991*

Creation and Expansive Use of the Presidential Decrees during the Last 30 Years since the Validity of the Constitution of 1991

Criação e uso expansivo dos decretos presidenciais, durante os trinta anos de validade da Constituição de 1991

MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ**

FECHA DE RECEPCIÓN: 16 DE NOVIEMBRE DE 2021. FECHA DE APROBACIÓN: 24 DE FEBRERO DE 2022

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.11720>

Para citar este artículo: Quinche Ramírez, M. F. (2022). Creación y uso expansivo de los decretos presidenciales durante los 30 años de vigencia de la Constitución de 1991. *Estudios Socio-Jurídicos*, 24(2), 1-36. [Publicación electrónica previa a la impresión] <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.11720>

RESUMEN

Este artículo es uno de los resultados del proyecto de investigación titulado “Transformación y banalización de los derechos en Colombia”. Tiene como tema central los decretos presidenciales, y examina su despliegue problemático durante los 30 años de vigencia de la Constitución Política de Colombia de 1991. Se detiene específicamente en tres asuntos: el formal, relacionado con la variedad, la clasificación y la creación de decretos; el operativo, que atiende al uso expansivo de esas normas presidenciales; y el del control, que se refiere a los mecanismos que eventualmente impedirían los abusos que se presentan con esas normas. La tesis plantea que la creación progresiva de nuevos decretos y el uso expansivo de los existentes incrementan la concentración del poder público en la rama ejecutiva, restringen el debate parlamentario, diluyen

* Este artículo es uno de los resultados del proyecto de investigación “Transformación y banalización de los derechos en Colombia”, inscrito y desarrollado por el Grupo de Investigación en Derecho Público de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia).

** Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia; magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia; especialista en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Javeriana; abogado de la Universidad Católica de Colombia; filósofo de la Universidad del Rosario. Investigador del Grupo de Investigación en Derecho Público de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia); ex magistrado auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia. Correo electrónico: manuelquinche@urosario.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6552-947X>

las reservas de ley, debilitan el control y erosionan la democracia constitucional en Colombia. Se trata de una investigación documental y analítica, que evalúa la creación y el uso expansivo de los decretos presidenciales durante los 30 años de vigencia de la Constitución de 1991.

Palabras clave: decretos presidenciales; reserva de ley; captura regulativa; hiperpresidencialismo; elusión constitucional; democracia constitucional.

ABSTRACT

This article is one of the results from the research project titled “Transformation and trivialisation of the rights of Colombia”. It has as a central theme the presidential decrees, and reviews its deployment as a problematic during the 30 years of validity of The Political Constitution of Colombia. It observes in detail three points: The formal one, connected with the variety, the classification and creation of decrees; the operative one, which addresses the expansive use of those presidential orders; and the control one, which refers to the mechanisms that would prevent the abuses presented by these norms. The these says that the progressive creation of new decrees and the expansive use of those which already exist, raises de concentration of public power in the executive branch, restricts de parliamentary debate, dilutes the conditions provided for by law, weakens the control and erodes the constitutional democracy in Colombia. It is a documentary and analytic research, that evaluates the creation and the expansive use of the presidential decrees during the 30 years of validity of the 1991 Constitution.

Keywords: Presidential decrees; conditions provided for by law; regulatory capture; hyper-presidentialism; constitutional avoidance; constitutional democracy.

RESUMO

Este artigo é um dos resultados do projeto de pesquisa intitulado Transformação e banalização de direitos na Colômbia. Seu tema central são os decretos presidenciais e examina sua problemática implantação durante os trinta anos de vigência da Constituição Política da Colômbia de 1991. Concentra-se especificamente em três pontos: o formal, relacionado à variedade, classificação e criação de decretos; o operativo, que atende ao uso expansivo dessas normas presidenciais; e o de controle, que se refere aos mecanismos que eventualmente impediriam os abusos que ocorrem com essas normas. A tese afirma que a criação progressiva de novos decretos e o uso expansivo dos já existentes, aumenta a concentração do poder público no poder executivo, restringe o debate parlamentar, dilui as reservas da lei, enfraquece o controle e corrói a democracia constitucional na Colômbia. Trata-se de uma investigação documental e analítica, que avalia a criação e uso expansivo de decretos presidenciais, durante os trinta anos de vigência da Constituição de 1991.

Palavras-chave: decretos presidenciais; reserva de lei; captura regulatória; hiperpresidencialismo; burla constitucional; democracia constitucional.

Introducción

Este artículo tiene como tema central los decretos presidenciales y examina su despliegue durante los 30 años de vigencia de la Constitución Política de Colombia de 1991. Se detiene específicamente en tres asuntos: el formal, relacionado con la variedad, la clasificación y la creación de decretos; el operativo, que atiende al uso expansivo de esas normas presidenciales; y el del control, que se refiere a los mecanismos que eventualmente impedirían los abusos que se presentan con esas normas.

El texto desarrolla el tema a partir de dos preguntas específicas: ¿cuál es la variedad y la clasificación de los decretos presidenciales en Colombia? y, adicionalmente, ¿cuáles son las consecuencias que trae para la democracia constitucional la creación permanente de nuevos decretos presidenciales y el uso expansivo de los ya existentes?

La tesis plantea que la creación progresiva de nuevos decretos y su uso expansivo incrementan la concentración del poder público en la rama ejecutiva, afectan la representación popular, restringen el debate parlamentario, diluyen las reservas de ley, debilitan el control constitucional sobre los decretos y erosionan la democracia constitucional en Colombia.

En su estructura, el texto tiene dos partes. La primera de ellas es de carácter analítico y descriptivo, y se ocupa de la variedad, la clasificación y la creación o invento de los decretos presidenciales. La segunda parte es de carácter crítico y explicita el uso expansivo, varias veces irregular, de los decretos presidenciales, evidenciando la creciente debilidad del control constitucional que se ejerce sobre esas normas y el debilitamiento de la democracia constitucional.

Variedad, clasificación y creación o invento de decretos presidenciales

Una pregunta que siempre ha requerido respuesta es la siguiente: ¿cuál es la clasificación de los decretos presidenciales en Colombia? Este interrogante nunca ha sido respondido de modo satisfactorio. No

lo fue durante la vigencia de la Constitución de 1886 y no cuenta hoy con una respuesta definitiva. Esto no es bueno para el sistema jurídico, pues la expedición de decretos debe corresponder al ejercicio de facultades normativas expresamente previstas en la Constitución y no a la inventiva o la conveniencia de los presidentes.

El conjunto de los decretos presidenciales puede ser dividido en tres grandes grupos: i) los decretos de contenido legislativo; ii) los de contenido administrativo, que tienen fundamento legítimo en la Constitución Política; y iii) los decretos que crean o se inventan los presidentes, que tienen problemas de legitimidad, por no tener un fundamento constitucional explícito. A continuación, se enumeran y caracterizan los tres grupos de decretos.

Los decretos presidenciales de contenido legislativo, legítimamente previstos por la Constitución

Son normas presidenciales que tienen tanta fuerza vinculante como la ley. Por su jerarquía dentro del sistema de fuentes, su control corresponde a la Corte Constitucional y tiene cinco variedades: los decretos con fuerza de ley dictados con base en leyes de facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso; los decretos con fuerza de ley dictados con base en facultades extraordinarias otorgadas por el poder constituyente primario; los decretos con fuerza de ley del plan nacional de inversiones; los decretos legislativos que corresponden a los estados de excepción; y los decretos que disponen la aplicación transitoria de un tratado público.

Los decretos con fuerza de ley dictados con base en leyes de facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso

Se trata de normas presidenciales con fuerza material de ley, que se emiten con fundamento en una ley de facultades extraordinarias previamente expedida por el Congreso, conforme lo prevé el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución, de acuerdo con el cual el presidente podrá expedir “normas con fuerza material de ley” cuando el Congreso lo haya habilitado o facultado temporalmente, hasta por seis

meses, para que legisle sobre materias específicas. Dispone la Constitución que estas normas no pueden usarse para expedir códigos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes marco, ni para decretar impuestos. El control de estos decretos corresponde a la Corte Constitucional, conforme lo prevé el numeral 5 del artículo 241 de la Constitución, siendo un control posterior y por vía de acción.

Esta clase de decretos se utiliza preferentemente para efectuar reformas en la estructura de la administración pública. Así, por ejemplo, la Ley 790 de 2002 concedió facultades al presidente para “adelantar el programa de renovación de la administración pública”, siendo dictados, entre otros, el Decreto 1615 de 2003, que suprimió y ordenó la liquidación de la Empresa Colombiana de Telecomunicaciones (Telecom); y el Decreto 1300 de 2003, que creó el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder). Más recientemente se tiene el artículo 333 de la Ley 1955 de 2019, que facultó al presidente durante seis meses para “simplificar o suprimir o reformar trámites, procesos y procedimientos innecesarios existentes en la administración pública”, lo que dio lugar al Decreto 2106 de 2019, “por el cual se dictan normas para simplificar, suprimir y reformar trámites, procesos y procedimientos innecesarios existentes en la administración pública”.

Los decretos con fuerza de ley dictados con base en facultades otorgadas por el poder constituyente primario

En segundo término, se tienen los decretos con fuerza de ley dictados con fundamento en facultades extraordinarias otorgadas por el poder constituyente primario. La Constitución de 1991 creó nuevas instituciones que debían implementarse de modo inmediato, como la Fiscalía General de la Nación, la Corte Constitucional, la acción de tutela, las entidades territoriales, la nueva estructura de la administración pública y otras de similar condición. Como se trataba de asuntos que no daban espera, entonces el constituyente primario expidió 60 artículos transitorios, algunos de los cuales otorgaban facultades extraordinarias al presidente para que regulara las materias por medio de decretos con fuerza de ley, incluyendo asuntos con reserva de ley estatutaria. Tal es el caso de los artículos 5°, 23 y 39 transitorios. El control de estos decretos

también corresponde a la Corte Constitucional, en los términos del numeral 5 del artículo 241 de la Constitución.

Son ejemplo de esta clase de normas el Decreto 2591 de 1991, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, que es un decreto estatutario,¹ dictado con fundamento en el artículo 5° transitorio de la Constitución; y el Decreto 2274 de 1991, que dictó normas tendientes a asegurar la debida organización y funcionamiento de las entidades territoriales erigidas como departamentos, el cual tuvo como fundamento el artículo 39 transitorio de la Constitución.

El decreto del plan nacional de inversiones

El artículo 151 de la Constitución consigna cuatro materias que tienen reserva de ley orgánica, y dentro de estas se encuentra la Ley del Plan *General* de Desarrollo, que corresponde a la Ley 152 de 1994. Dicha ley sirve de fundamento, cada cuatro años, para la expedición de la Ley del Plan *Nacional* de Desarrollo, cuyo proyecto debe ser presentado al Congreso de la República por el presidente dentro de los seis meses siguientes a su posesión. El inciso 3 del artículo 341 de la Carta dispone que “si el Congreso no aprueba el plan nacional de inversiones públicas en un término de tres meses después de presentado, el Gobierno podrá ponerlo en vigencia mediante decreto con fuerza de ley”. En este sentido, el decreto es una medida supletoria a la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, en el componente de inversiones. Como en los casos anteriores, el control de este decreto corresponde a la Corte Constitucional, se funda en la misma norma y es posterior y por vía de acción.

El único caso corresponde al Decreto 955 de 2000, “por el cual se pone en vigencia el plan de inversiones públicas para los años 1998 a 2002”, dictado por Andrés Pastrana, después de que la Corte Constitucional declarara la inexecutable de la Ley 508 de 1999, que contenía

¹ La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-284 de 2014, M. P. María Victoria Calle Correa, consideraciones N° 43 a 45, estableció que la regulación sobre acción de tutela tiene reserva de ley estatutaria.

el Plan Nacional de Desarrollo de esa presidencia (Corte Constitucional, Sentencia C-557 de 2000). El decreto fue demandado y la Corte también lo declaró inexecutable, por falta de competencia del ejecutivo (Corte Constitucional, Sentencia C-1403 de 2000).

Los decretos legislativos

Ese es el nombre que se les da a las normas que dicta el presidente con ocasión de los estados de excepción, que en Colombia tienen tres modalidades: el estado de guerra exterior (C.P., art. 212), el estado de conmoción interior (C.P., art. 213) y el estado de emergencia económica, social y ecológica (C.P., art. 215). Los decretos legislativos son de dos clases: i) el decreto que declara la existencia del estado de excepción (es decir, el estado de guerra, la conmoción interior o la emergencia económica, social o ecológica); y ii) los decretos que contienen las medidas necesarias para conjurar la situación que dio lugar a la declaratoria del estado de excepción. Los decretos legislativos deben cumplir el requisito sustantivo de conexidad, es decir, deben referirse al estado de guerra, a la grave alteración del orden público o a una situación de crisis económica, social o ambiental. Como presupuesto de validez, tales normas deben llevar la firma del presidente y la de todos los ministros, debiendo dictarse durante la vigencia del estado de excepción al que se refieran.² Estos decretos tienen control posterior y automático de constitucionalidad, pues deben ser remitidos a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, conforme lo establecen los artículos 214.6, 215 y el numeral 7 del artículo 241 de la Constitución Política.

Como ejemplo de decretos legislativos que declararon estados de excepción se tienen el Decreto 1837 de 2002, que declaró la primera conmoción interior en la presidencia de Álvaro Uribe; y el Decreto 417 de 2020, que declaró la primera emergencia económica y social de Iván Duque. Como decretos legislativos que contienen medidas, pueden señalarse, entre muchos, los decretos legislativos 519 de 2020 y 806 de 2020, que adicionaron el Presupuesto General de la Nación

² En la Sentencia C-179 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz, la Corte Constitucional incorporó un cuadro comparativo de los estados de excepción de recomendable análisis.

y que adelantaron una reforma a la justicia, respectivamente, durante la mencionada emergencia económica.

Los decretos que disponen la aplicación transitoria de un tratado público

El artículo 224 de la Constitución establece que “los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso. Sin embargo, el presidente de la república podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial en el ámbito de organismos internacionales que así lo dispongan”. La cuestión es que, para que acontezca la aplicación provisional del tratado, es necesaria la emisión de un decreto con fuerza de ley, como lo evidencia el Decreto 1513 de 2013, “por el cual se da aplicación provisional al ‘Acuerdo Comercial entre Colombia y el Perú, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra’, firmado en Bruselas, Bélgica, el 26 de junio de 2012”. La Corte Constitucional mediante Sentencia C-280 de 2014 precisó que se trataba de un decreto con fuerza de ley y declaró su competencia para efectuar el respectivo control, señalando: “En el caso que nos ocupa, el acuerdo entre los Estados de dar aplicación provisional a un tratado, y los decretos que ejecutan este compromiso, cumplen dentro del sistema una función análoga a la que tienen los tratados internacionales y las leyes, respectivamente, y en consideración a la cual se asignó el control constitucional a esta corporación” (Corte Constitucional, Sentencia C-280 de 2014).

Los decretos presidenciales de contenido administrativo, legítimamente previstos por la Constitución

Son enunciados normativos, expedidos por el gobierno nacional en los casos previstos por la Constitución, que tienen el nivel de los actos administrativos. Su contenido y alcance material están sometidos a las leyes del sistema, pues, de no ser así, perderían sentido la garantía constitucional de la reserva de ley y el principio de legalidad. Como consecuencia de lo anterior, su fuerza vinculante es inferior a las leyes y a los decretos de contenido legislativo. En Colombia estos decretos tienen cuatro modalidades básicas: los decretos simplemente ejecutivos, los

decretos reglamentarios, los decretos que desarrollan leyes marco y los decretos que modifican la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás organismos administrativos del orden nacional. Como regla general, el control de estos decretos corresponde al Consejo de Estado, conforme lo dispone el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política.

Los decretos ejecutivos

En estricto sentido, todos los decretos dictados por el presidente son ‘ejecutivos’. Sin embargo, se habla de decretos “simplemente ejecutivos” para referirse a las normas presidenciales que consignan la voluntad del presidente de la república en asuntos relacionados con el ejercicio de las facultades discrecionales y la ejecución de actividades preferentemente administrativas, de conformidad con las potestades previstas en el artículo 189 de la Constitución. Al respecto, Marín (2007) señala que la discrecionalidad administrativa debe entenderse como el margen de relativa libertad discrecional que el ordenamiento jurídico le concede a la administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, el cual le permite completar el supuesto de hecho incompleto o inacabado de la norma que le atribuye la facultad.

Por medio de estos decretos son nombrados y removidos libremente los ministros del despacho y los directores de departamento administrativo (C.P., art. 189.1); se nombran los agentes diplomáticos (C.P., art. 189.2); se designa a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales que no sean de carrera administrativa (C.P., art. 189.13); se confieren ascensos a los miembros de la fuerza pública (C.P., art. 189, numerales 3 y 19); se conceden permisos a los empleados públicos que los solicitan para aceptar de gobiernos extranjeros u organismos internacionales cargos, honores, recompensas o celebrar contratos con ellos (C.P., arts. 129 y 189.18); se delegan funciones al ministro delegatorio (C.P., art. 196) y se convoca al Congreso a sesiones extraordinarias (C.P., art. 200.2). De este modo se tiene el Decreto 871 de 2018, que delegó funciones presidenciales en el Ministro de

Agricultura y Desarrollo Rural, sin importar el orden de precedencia establecido por el artículo 17 de la Ley 1444 de 2011.

Además de la tipificación explícita, los decretos ejecutivos operan como una cláusula de inclusión, que permite la emisión de normas presidenciales que no puedan clasificarse dentro de otra categoría de los decretos de contenido administrativo, como ocurrió, por ejemplo, con el Decreto 1198 de 2019, por el que se designó como gobernadora *ad hoc* en el departamento Archipiélago de San Andrés a una funcionaria del Ministerio del Interior, para actuar dentro de un proceso verbal abreviado por perturbación de la posesión.

Los decretos reglamentarios

Son enunciados normativos, de contenido administrativo, expedidos por el presidente de la república, con la firma del ministro o del director del departamento administrativo del ramo, que desarrollan las leyes, teniendo menor fuerza vinculante que estas, cuyo control de constitucionalidad fue asignado al Consejo de Estado. La potestad reglamentaria es una facultad permanente del presidente de la república, prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Carta, que se ejerce “mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”. Ibáñez (2007) diferencia entre regulación y reglamentación, señalando que la potestad reglamentaria busca la emisión de normas complementarias para la ejecución de la regulación, “mientras que con la regulación se hace la creación originaria del derecho mediante normas de carácter general, impersonal y abstracto, las cuales constituyen materia reglamentable, con la reglamentación se complementa dicha regulación con el objeto de lograr su cumplida ejecución” (p. 649). En dicho contexto, la función de los decretos reglamentarios es la de facilitar la ejecución de las leyes, sin usurpar las reservas de ley.

La Corte Constitucional ha precisado que el reglamento debe limitarse a efectuar la concreción administrativa de los elementos previamente definidos en la ley, en tanto que “la ley no tiene que desarrollar integralmente la materia, pues puede delimitar el tema y permitir su concreción por medio de reglamentos administrativos” (Corte

Constitucional, Sentencia C-400 de 2013). En sentido contrario, si una materia tiene reserva de ley dispuesta por la Constitución, entonces la competencia del reglamento se restringe y le corresponde al legislador desarrollar el asunto, “pues la reserva de ley es una institución jurídica, de raigambre constitucional, que protege el principio democrático, **al obligar** al legislador a regular aquellas materias que el constituyente decidió que fueran desarrolladas por una ley” (Corte Constitucional, Sentencia C-400 de 2013). Tal sería el caso, por ejemplo, del Decreto Reglamentario 1467 de 2018, que reglamenta la Ley 1923 de 2018, el cual regula lo relativo a los programas y proyectos de inversión que se financiarán con recursos del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación del Sistema General de Regalías.

Sin embargo, mediante estos decretos, ha sido implementado un mecanismo de elusión constitucional (Quinche, 2009) que diluye la distinción entre las materias que le corresponden a la ley y las que le corresponden al reglamento, y que, además, permite evadir el control de la Corte Constitucional, mediante la captura de las reservas de ley, por medio de decretos reglamentarios.³ Así, por ejemplo, el Decreto Reglamentario 1320 de 1998, que evadía el requisito legal de la consulta previa para la expedición de licencias ambientales; el Decreto Reglamentario 1290 de 2008, que estableció una baja reparación administrativa a las víctimas del conflicto en Colombia, usurpando una materia con reserva legal, por referirse a derechos fundamentales; o el Decreto 1844 de 2018, expedido “para reglamentar parcialmente el Código Nacional de Policía y Convivencia, en lo referente a la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas”.

Los decretos marco

Los decretos marco son normas presidenciales de contenido administrativo, que desarrollan las leyes marco, cuadro o generales, previstas

³ El antecedente más claro de implementación del mecanismo de elusión constitucional se encuentra en el Decreto Reglamentario 1382 de 2000, que, bajo la excusa del “reparto” en acción de tutela, capturó la reserva de ley sobre competencia. Esta maniobra se repetiría posteriormente, mediante decretos adicionales al decreto “único” del sector justicia.

en el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución. Mediante estas, el Congreso le señala al gobierno los criterios y objetivos que le servirán para la producción de los decretos que realicen sus finalidades. Al gobierno nacional le asiste la facultad permanente para expedir este tipo de decretos en cualquier tiempo y en el número que considere necesario, bajo dos supuestos: que exista la ley marco y que los decretos se enmarquen dentro de los criterios y objetivos definidos por ella. Se trata del manejo de materias que necesitan acciones inmediatas, de asuntos cambiantes, que es necesario regular de una manera ágil y oportuna, aplicando conocimientos técnicos e información pertinente, que el Congreso no está en posición de satisfacer.

El Consejo de Estado considera que los decretos marco se expiden según la conveniencia y oportunidad del momento, y que “se derivan de la potestad reglamentaria *especial o ampliada* que la Constitución le entrega al gobierno nacional, para completar las leyes generales, conforme con los criterios y objetivos fijados en las mismas y desarrollan la legislación de acuerdo con las pautas señaladas por esta, ‘modulando’ la cláusula general de competencia del Congreso” (Consejo de Estado, sentencia del 24 de mayo de 2018) (subrayado dentro del texto). Debe precisarse que los decretos marco son de contenido administrativo, pues

las competencias gubernamentales para regular aquellas materias objeto de ley marco no son facultades de naturaleza legislativa, sino propiamente administrativas o ejecutivas: en este tipo de leyes lo que queda para la actividad de regulación del gobierno solamente puede ser de índole administrativa, pues en virtud de ellas no está investido el Presidente de la República de la atribución de legislar, a la manera como sí acontece con las leyes de facultades extraordinarias (Corte Constitucional, Sentencia C-140 de 2007).

La más famosa de las leyes marco es la Ley 4 de 1992, que fija las normas, criterios y objetivos que debe observar el gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso y de la fuerza pública. Un típico ejemplo es el Decreto 1265 de 2019, que aumentó en un 4,5% el salario de ese año a los miembros del Congreso de la República, para alcanzar la

suma de \$32 741 755, que equivalía entonces a 39,5 salarios mínimos legales vigentes. Otro ejemplo lamentable es el contenido en el Decreto 272 de 2011, que, en plena crisis económica, fiscal y sanitaria, dispuso establecer una prima especial equivalente al 30% del salario básico a los magistrados auxiliares, magistrados de todo orden de los tribunales superiores de distrito judicial y contencioso administrativo, magistrados de los consejos seccionales de la judicatura, agentes del ministerio público delegados ante la rama judicial, jueces de la república, magistrados y fiscales del tribunal superior militar, auditores de guerra, jueces de instrucción penal militar, fiscales auxiliares ante la Corte Suprema de Justicia, fiscales delegados ante tribunal del distrito, ante jueces penales de circuito especializados, ante jueces del circuito, ante jueces municipales y promiscuos.

Los decretos que modifican la estructura de los organismos administrativos del orden nacional

El numeral 16 del artículo 189 de la Constitución indica que corresponde al presidente de la república “modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos, y demás entidades y organismos administrativos nacionales”. Dentro de la misma línea, el artículo 54 de la Ley 489 de 1998 establece los “principios y reglas generales con sujeción a los cuales el gobierno nacional puede modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás organismos administrativos del orden nacional”. Tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado (sentencia del 1º de noviembre de 2000) han entendido que los decretos que expide el gobierno nacional para modificar la estructura de los organismos administrativos nacionales son normas que desarrollan leyes marco. De este modo, la Corte sostuvo en la Sentencia C-350 de 2004 que “en cuanto a las leyes proferidas en ejercicio de las competencias atribuidas al Congreso de la República en virtud del numeral 16 del artículo 189 superior las mismas sentencias C-262 de 1995, C-702 de 1999 y C-401 de 2001 han coincidido en señalar que éstas pueden encuadrarse dentro del concepto de leyes marco” (Corte Constitucional, Sentencia C-350 de 2004).

Los ejemplos de esta clase de decretos son innumerables. Valga mencionar simplemente el Decreto 1784 de 2019, “por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República”; o el Decreto 2226 de 2019, “por el cual se establece la estructura del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación y se dictan otras disposiciones”.

Decretos que no tienen fundamento constitucional explícito.

Los decretos atípicos o que se inventan los presidentes

Al lado de los decretos legítimamente previstos en la Constitución, los presidentes vienen inventando un número creciente de decretos, que resultan problemáticos por varias razones. Se trata de los decretos atípicos, ubicados en una ‘zona gris’ del ordenamiento, que no tienen un fundamento constitucional explícito, materias definidas y tampoco criterios claros para determinar quién debe efectuar el control de constitucionalidad sobre ellos. Una lista no exhaustiva permite identificar siete variedades: los decretos con fuerza de ley dictados con base en facultades extraordinarias otorgadas mediante actos legislativos; los decretos de enmienda o de corrección de yerros; los decretos compiladores; los decretos orgánicos; los “decretos autónomos” o “reglamentos constitucionales”; los decretos “únicos” del sector; y los decretos “adicionales” y otras variedades derivadas de los decretos “únicos”.

Los decretos con fuerza de ley dictados con base en facultades extraordinarias otorgadas mediante actos legislativos

Conforme fue ya explicado, la Constitución dispone la existencia de decretos con fuerza de ley dictados con base en facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso como órgano legislativo y por el poder constituyente primario. Sin embargo, no prevé que el Congreso en ejercicio del poder de reforma de la Constitución pueda otorgar facultades al presidente por medio de actos legislativos y mucho menos sobre materias prohibidas.

Esta clase de decretos son el resultado de una maniobra que consiste en otorgar facultades extraordinarias al presidente, por medio de

parágrafos o artículos transitorios contenidos en actos legislativos, para que regule materias que usualmente tienen reserva de ley estatutaria. En Colombia, hasta antes de estos decretos, había materias que, por su importancia, tenían reserva de ley estatutaria (C.P., art. 152), estableciendo un trámite legislativo más exigente, que incluye el control automático, previo e integral por la Corte Constitucional. Sin embargo, desde 2002, se viene incluyendo dentro de los actos reformatorios de la Constitución una cláusula, según la cual, si el Congreso no expide la ley estatutaria que desarrolla el tema dentro de un tiempo determinado, entonces el presidente queda facultado para regularla mediante decreto con fuerza de ley. Esta clase de decretos irregulares fueron dispuestos durante la presidencia de Uribe y desafortunadamente fueron avalados por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-1200 de 2003.

El resultado es desafortunado, pues se expide el decreto 'estatutario', que cobra vigencia inmediata sin control alguno, regulando situaciones de plano y quitando vigencia a normas estatutarias que sí tuvieron que respetar los trámites legislativos y judiciales de que tratan los artículos 152 y 153 de la Carta. Acontece así otra captura regulativa, que permite la apropiación presidencial de materias estatutarias, sin discusión en el Congreso y sin control previo de la Corte Constitucional.

Son ejemplos de esta clase de decretos el 2207 de 2003, dictado con base en el párrafo transitorio del Acto Legislativo 1 de 2003, sobre reforma política, relacionado con la financiación de las campañas; los decretos 2637 de 2004 y 2697 de 2004, expedidos con fundamento en el Acto Legislativo 3 de 2002, relativo al sistema penal acusatorio; y el Decreto 4766 de 2005, proferido en desarrollo del párrafo transitorio del artículo 176 de la Constitución Política, reformado por el Acto Legislativo 2 de 2005, sobre circunscripciones electorales territoriales, especiales e internacional para la Cámara de Representantes, que permitió en su momento la elección inconstitucional de un sujeto a esa corporación.⁴ Si bien esos decretos fueron declarados inexecutable, la mayoría de ellos consumó sus efectos mientras se tramitaba la inconstitucionalidad.

⁴ El Decreto 4766 de 2005 fue declarado inexecutable por la Sentencia C-665 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, con efectos retroactivos.

Los decretos de enmienda o de corrección de yerros tipográficos o caligráficos

Esta clase de decretos son un claro ejemplo de manipulación normativa y no se encuentran previstos en la Constitución Política. Se trata de normas en virtud de las cuales el presidente de la república, unilateralmente, identifica supuestos errores gramaticales en todo tipo de normas (actos legislativos, leyes, códigos, decretos de contenido legislativo, actos administrativos generales), y, sin más, procede a ‘corregirlos’ mediante la emisión de un decreto presidencial.

Como fundamento de ese acto discrecional se invoca el artículo 45 de la Ley 4 de 1913, Código de Régimen Político y Municipal, que establece: “Los yerros caligráficos o tipográficos en las citas o referencias de unas leyes a otras no perjudicarán, y deberán ser modificados por los respectivos funcionarios, cuando no quede duda en cuanto a la voluntad del legislador”. Obsérvese que la norma no habla de decretos, no le asigna ninguna competencia normativa al presidente y simplemente se refiere, con gran vaguedad, a “los respectivos funcionarios”.

Esta clase de decretos ha modificado el contenido de leyes, códigos y de normas con fuerza material de ley, ha manipulado interpretaciones sobre la vigencia de una ley, ha sido utilizada para subsanar vicios de forma en el trámite legislativo, así como para modificar códigos. Se ha llegado al exceso de tener sentencias concurrentes tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado alrededor de un mismo decreto de corrección.⁵ Uribe los utilizó para enmendar actos legislativos,⁶ y para introducir ‘correcciones’ nada menos que al Código de Procedimiento Penal, por medio del Decreto 2770 de 2004, “por el cual se corrigen yerros de la Ley 906 de 2004, ‘por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal’”, que dispuso 31 modificaciones en dicha ley,

⁵ Al respecto se tiene el Decreto 131 de 2001, “por el cual se corrigen yerros de la Ley 640 de 2001, ‘por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones’”. La Corte Constitucional lo declaró inexecutable por Sentencia C-500 de 2001 y, de modo concurrente, la Sección Primera del Consejo de Estado, mediante sentencia del 22 de noviembre de 2002 (Radicación N° 11001-03-24-000-2001-0068-01(6871), M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), declaró la nulidad del artículo 1° del decreto.

⁶ Mediante el Decreto 2576 de 2006 “se corrige un yerro en el título del Acto Legislativo 1 de 2005, por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”.

que había sido tramitada, conciliada y aprobada por el Congreso de la República. De modo reciente se tiene el Decreto 1736 de 2012, que corrigió unos yerros de la Ley 1564 de 2012, “por medio de la cual se expide el Código General del Proceso”, siendo declarada la nulidad de algunas de sus normas por el Consejo de Estado (sentencia del 20 de septiembre de 2018). Dentro de un esfuerzo por blanquear esta práctica, fue expedido el artículo 45 de la Ley 1437 de 2011, de acuerdo con el cual “se podrán corregir los errores simplemente formales contenidos en los actos administrativos, ya sean aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras”.

Los decretos orgánicos

El artículo 151 de la Constitución Política prevé la existencia de las leyes orgánicas y enumera las materias reservadas a esas leyes. Sin embargo, ni esa norma ni el artículo 189 de la Constitución disponen la existencia de los decretos orgánicos, lo que no ha impedido que, mediante artilugios, los presidentes se apropien de esas materias.

El primer caso de apropiación aconteció con el Decreto 28 de 2008, “por medio del cual se define la estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto que se realice con recursos del Sistema General de Participaciones”, en cuyo encabezamiento el presidente dijo actuar “en ejercicio de las facultades especiales contenidas en el artículo 356 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 3° del Acto Legislativo 4 de 2007”. Esa reforma constitucional, que se ubica dentro de la política erosiva de la descentralización territorial, ordenó la definición de una estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral del gasto ejecutado por las entidades territoriales con recursos del Sistema General de Participaciones, disponiendo que para el efecto “el gobierno nacional, en un término no mayor a seis (6) meses contados a partir de la expedición del presente acto legislativo, regulará, entre otros aspectos, lo pertinente para definir los eventos en los cuales está en riesgo la prestación adecuada de los servicios a cargo de las entidades territoriales, las medidas que puede adoptar para evitar tal situación y la determinación efectiva de los correctivos necesarios a que haya lugar”. Con base en lo anterior fue expedido el Decreto 28 de 2008, que, al

igual que en casos anteriores y con mayor contundencia, incluyó materias con reserva de ley orgánica, propiciando, además, la expedición de decretos reglamentarios, que regularon materias con reserva legal. Como ocurre con los decretos que inventa el presidente, su control quedó en entredicho y tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado alegaron tener competencia para su control.

Un segundo caso documentado corresponde a la expedición del Decreto 1953 de 2014, “por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los territorios indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política”. Aquí también hay una captura presidencial de las reservas de ley. El punto es que el ordenamiento territorial debe ir por ley orgánica, de conformidad con el artículo 151 de la Constitución, y que, después de muchas dilaciones, fue expedida la Ley 1454 de 2011, que nada dijo sobre los territorios indígenas como entidades territoriales, conforme lo manda el artículo 329 de la Constitución. En este sentido, el presidente se apropió de la materia, por medio del Decreto 1953 de 2014, emitido con base en el artículo 56 ‘transitorio’ de la Constitución, 23 años luego de haber sido expedida la Constitución Política de 1991.

Los “decretos autónomos” o “reglamentos constitucionales”

Los “decretos autónomos” o “reglamentos constitucionales” son formas extremas del presidencialismo. La cuestión es esta: las leyes son normas que desarrollan la Constitución, así como los decretos desarrollan las leyes. Esta distribución de competencias normativas es obvia: el Congreso, en ejercicio del principio democrático, regula las materias dispuestas por el poder constituyente, mientras que el administrador (el presidente) desarrolla lo que ha expedido el Congreso. Sin embargo, en el caso de los “decretos autónomos”, lo que sucede es un salto inconstitucional, pues el presidente entra a reglamentar directamente la Constitución. Durante la Constitución de 1886 esos decretos sí existieron. La materia preferente fue la hoy asignada a las leyes marco y sus decretos.

En la Constitución de 1991 no tienen cabida los decretos autónomos, por una razón obvia y es que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 189 de esa Constitución, el presidente tiene competencia para desarrollar o ejecutar la ley, pero no la tiene para desarrollar o ejecutar directamente la Constitución. En el diseño de la Carta de 1991, la competencia legislativa del Congreso es autónoma, mientras que la competencia normativa del presidente está subordinada a la existencia previa de leyes, erigiéndose las reservas de ley, en verdaderas garantías democráticas de los ciudadanos.

Sin embargo, algunos administrativistas afirman la existencia de los “decretos autónomos”. Vidal (2004) generaliza su existencia desde una excepción prevista en la Constitución: “La regulación anterior a la celebración de los contratos contemplados en el artículo 355 de la Constitución debe hacerse por el gobierno nacional; el decreto que tal exprese es un típico reglamento constitucional. El gobierno ha hecho uso de esa facultad en dos ocasiones, por medio de los decretos 393 y 777 de 1992 (declarado inconstitucional por el Consejo de Estado), para contribuir a disipar la confusión creada por el texto constitucional” (p. 27).

Dentro de esa misma línea, fue expedido el Decreto 92 de 2017, “por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso 2 del artículo 355 de la Constitución”.

Más extrema y equivocada la postura de Rodríguez (2000), para quien “en el derecho colombiano el ejecutivo posee, al lado del poder de ejecutar las leyes, competencias directas propias, no sometidas a las leyes emanadas del órgano legislador formal” (p. 294), reseñando once modalidades de decretos autónomos, donde revuelve todo: el nombramiento de funcionarios del sector central y del descentralizado; el nombramiento de agentes diplomáticos y consulares; la dirección de la fuerza pública; de las operaciones de guerra; declarar la guerra; permitir el tránsito de tropas extranjeras; la distribución de negocios entre funcionarios; el permiso para aceptar cargos, etcétera, etcétera, etcétera. Pero el asunto no para ahí. Ese mismo comentarista, en contra de toda evidencia, les asigna contenido legislativo, aseverando

que, “desde el punto de vista jerárquico, estos decretos parecen tener naturaleza legislativa [...], pues como constituyen una ejecución directa e inmediata de la Constitución, se sitúan en el mismo nivel jerárquico de la ley” (Rodríguez, 2000, p. 298).

Los decretos compiladores

La Constitución tampoco prevé la existencia de los decretos compiladores. En lugar de ello, señala las competencias legislativas del Congreso, disponiendo en el numeral 2 del artículo 150 que le corresponde “expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones”; y en el artículo 158 que, cuando una ley sea objeto de reforma parcial, se la publique en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas. De este modo lo que la Constitución determina es que, si se va a efectuar una compilación, esta se realice por medio de una ley. Dentro de la misma línea de comprensión y limitación, se tiene el artículo 195 de la Ley 5 de 1992, orgánica del Congreso, de acuerdo con el cual las leyes que hayan sido objeto de reforma parcial “deban publicarse en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas”.

Sin embargo, diversas materias comenzaron a ser compiladas *de facto*, mediante decretos presidenciales, con una suerte de complicidad del Congreso con el ejecutivo. Así, por ejemplo, el Estatuto Orgánico del Presupuesto, que tiene reserva de ley orgánica, está contenido en el Decreto 111 de 1996, “por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995”. Este decreto tuvo origen en la autorización irregular otorgada al presidente por el artículo 24 de la Ley 225 de 1995, que lo habilitó para que compilara las normas de esta ley, así como las leyes 38 de 1989 y 179 de 1994, “sin cambiar su redacción ni contenido”.

La Corte Constitucional toleró inicialmente la compilación de normas, entendiendo que “al tratarse de una facultad que en nada debe alterar la naturaleza misma de las normas agrupadas, puede ser desarrollada por cualquier particular o entidad pública, o puede igualmente ser delegada en el ejecutivo a través de las facultades de que

trata el numeral 10 del artículo 150 superior” (Corte Constitucional, Sentencia C-129 de 1995), precisando que la facultad de compilar no puede conllevar la expedición de un nuevo texto jurídico con una numeración y una titulación propia e independiente, pues ello equivaldría a expedir un código.

Posteriormente fue expedida la Sentencia C-541 de 1995, que al referirse a la constitucionalidad del artículo 54 de la Ley 179 de 1994, la cual sirvió de fundamento para la expedición del Decreto 111 de 1996, advirtió “que este decreto ejecutivo no puede derogar, suprimir ni modificar ninguna de las normas de las leyes 38 de 1989 y 179 de 1994. Tal decreto tiene una mera fuerza indicativa y su finalidad no es otra que la de facilitar la consulta de las dos leyes mencionadas” (Corte Constitucional, Sentencia C-541 de 1995). Dentro de la misma línea de comprensión, diría años después el Consejo de Estado que “los decretos ejecutivos compiladores de leyes son actos administrativos que no constituyen un cuerpo legal autónomo, y no tienen valor normativo sino indicativo” (Consejo de Estado, concepto del 21 de julio de 2005), desplazando el control de normas con fuerza material de ley a dicha corporación, eludiendo el control de la Corte Constitucional.

La corrección se efectuaría mediante Sentencia C-655 de 2007, precisando que la expedición de decretos compiladores solo es posible si la permite una ley de facultades extraordinarias: “En consecuencia, es necesario concluir que la compilación a la que hace alusión la jurisprudencia constitucional descrita es posible a través de decretos con fuerza de ley conforme a las reglas indicadas en el punto 4.1.4 de esta providencia, dado el rango de tales decretos en el ordenamiento. Sin embargo, en el caso de los decretos administrativos, ella no puede ejercerse válidamente a través de decretos administrativos sin rayar en la inconstitucionalidad” (Corte Constitucional, Sentencia C-655 de 2007).

Los decretos únicos del sector y sus decretos adicionales

La invención más reciente corresponde a la creación de los “decretos únicos del sector”, que desarrollan la política de simplificación normativa promovida desde el Consejo Superior de Política Económica

y Social (Conpes) (2014), que, en principio, condujo a la expedición de “decretos únicos” en 26 sectores de la administración. Estos pueden ser entendidos como normas presidenciales en las que “se incorporan en un solo cuerpo normativo las disposiciones de carácter reglamentario vigentes, de competencia de los sectores de la administración pública nacional, con el objetivo de permitir un mejor conocimiento del derecho y tener certeza sobre la vigencia de las normas, en aras de facilitar a los ciudadanos y las autoridades el ejercicio de sus derechos y el cabal cumplimiento de sus deberes” (Sistema Único de Información Normativa, s. f.).

Los “decretos únicos” son el resultado de la fusión entre decretos compilatorios y decretos reglamentarios, sectorizados en 26 materias, con una nomenclatura densa y engañosa. En su confección, el gobierno compiló y excluyó lo que quiso, dejando sin vigencia normas reglamentarias. La expedición de esos decretos fue justificada señalando, entre otras razones, las siguientes: que la producción normativa ocupa un espacio central en la implementación de políticas públicas; que la racionalización y simplificación del ordenamiento jurídico es una de las principales herramientas para asegurar la eficiencia económica y para afianzar la seguridad jurídica; que la simplificación y compilación orgánica del sistema regulatorio es una política pública nacional; que como se trataba de una compilación de normas reglamentarias pre-existentes, no se requería consulta previa alguna; que se actuaba en ejercicio de la potestad reglamentaria; que los considerandos de los decretos compilados se entienden incorporados a los decretos únicos; y que era necesario expedir esa clase de decretos.

Estos decretos fueron expedidos durante los años 2015 y 2016, y entre muchos ejemplos pueden citarse el Decreto 1070 de 2015, “por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Defensa”; o el Decreto 1074 de 2015, “por medio del cual se expide el Decreto Único del Sector Comercio, Industria y Turismo”. Deben ser resaltadas dos peculiaridades de estos decretos. La primera tiene que ver con la adopción de una numeración y titulación propia y farragosa. La segunda está relacionada con su uso, pues la práctica indica que son utilizados como normas legales más que reglamentarias.

*Los decretos “adicionales”, los decretos “modificatorios”
y otras variables derivadas de los “decretos únicos”*

Alrededor de los decretos “únicos” concurren varios problemas normativos, relacionados con la compilación, las derogatorias, las exclusiones, las adiciones y los usos concurrentes de la potestad reglamentaria.

El primer aspecto problemático está en la compilación. Si bien se trata de normas que aparentemente son de contenido administrativo, la expedición de esos decretos vulnera la regla fijada según la cual, a efectos de evitar la codificación, las compilaciones deben hacerse con base en leyes de facultades extraordinarias. El segundo asunto son las derogatorias. Por medio de esos decretos, el presidente decidió unilateralmente y sin control alguno qué normas reglamentarias estaban vigentes y cuáles habían sido derogadas. Igualmente, dispuso qué decretos reglamentarios debían incorporarse dentro de los decretos “únicos” y cuáles no, siendo que los asuntos de vigencia son complejos y requieren en la mayoría de los casos pronunciamiento judicial.

Sin embargo, el asunto más problemático consiste en que los decretos “únicos” han dado lugar a otras clases de decretos y a la profusión en el ejercicio de la potestad reglamentaria. De este modo, los presidentes incurren en la actualidad en tres conductas particulares: i) de un lado, crearon decretos “adicionales” a los decretos únicos, como ocurrió, por ejemplo, con el Decreto 1227 de 2015, “por el cual se adiciona una sección al Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, relacionada con el trámite para corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil”; ii) crearon también los decretos “modificatorios” de decretos únicos, que han resultado muy eficaces para seguir apropiándose de las reservas de ley, como sucedió, por ejemplo, con el Decreto 1167 de 2018, “por el cual se modifica el artículo 2.15.1.1.16 del Decreto 1071 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural, relacionado con las zonas microfocalizadas”, que se apropió de una materia muy sensible, como lo es el término para ser incluido dentro del Registro de Tierras Despojadas, establecido en la Ley 1448 de 2011, Ley de Víctimas. Adicionalmente, iii) los decretos únicos se prestan para fusiones y taumaturgias reglamentarias, mediante

la mezcla de distintas potestades y materias, como lo acredita la expedición del Decreto 1844 de 2018, “por medio del cual se adiciona el capítulo 9 del título 8 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1070 de 2015, ‘Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa’, para reglamentar parcialmente el Código Nacional de Policía y Convivencia, en lo referente a la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas”, siendo que el Acto Legislativo 2 de 2009 determinó que el consumo de esas sustancias está relacionado con la regulación del artículo 49 de la Constitución sobre el derecho a la salud.

El uso expansivo de los decretos presidenciales y la afectación de la democracia constitucional

La evidencia empírica muestra el uso expansivo de los decretos presidenciales. Se entiende por uso expansivo la práctica que consiste en la emisión continua de esas normas, disponiendo un escenario en el que la voluntad del presidente pasa a ser el elemento central del sistema normativo, superponiéndose a la representación política, a la deliberación, y abarcando de modo progresivo las reservas de ley.

El uso expansivo de los decretos presidenciales conlleva numerosas consecuencias institucionales, siendo las más notorias la captura regulativa de las reservas de ley, la concentración del poder público en el presidente y la afectación de la estructura y funcionamiento de la democracia constitucional.

La captura regulativa presidencial de las reservas de ley y de materias que el constituyente reservó para el Congreso y para la Constitución

La mayoría de las constituciones políticas posteriores a la época de las dictaduras militares y la década de los noventa son extensas o ‘largas’. De este modo, la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 tiene 250 artículos permanentes y 94 normas transitorias; la Constitución Política de Colombia de 1991 contó con 380 artículos

permanentes y 61 transitorios; la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 1999, posee 350 artículos permanentes y 18 disposiciones transitorias; la Constitución de la República de Ecuador de 2008 tiene 444 artículos permanentes y 29 disposiciones transitorias; y la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia cuenta con 411 artículos permanentes y 10 disposiciones transitorias.

Expedir constituciones extensas en América Latina y especialmente en la Región Andina obedece a razones profundas, entre las que están la salvaguarda de las garantías ciudadanas, de las reservas de ley y del principio democrático, poniéndolos al nivel de la Constitución, para evitar que los presidentes, los congresos y las asambleas legislativas pudiesen capturar o erosionar sus contenidos por medio de decretos o de leyes.

Este hecho normativo ha sido puesto de presente por varios observadores. Guastini (2016) sostiene, por ejemplo, que en los ordenamientos constitucionalizados el legislador solo puede elegir los medios más oportunos o más eficaces para realizar los fines establecidos por la Constitución, precisando que la primera condición para un ordenamiento constitucionalizado consiste en tener una constitución “larga”, es decir, “una constitución que no se limite a disciplinar la organización de los poderes públicos, sino que además contenga disposiciones que confieren derechos, disposiciones de principios y disposiciones programáticas” (p. 177).

Viciano y Martínez (2011), refiriéndose al nuevo constitucionalismo latinoamericano, apuntan que un rasgo formal de las constituciones de este período es su extensión, que tiene como fin específico “extender el mandato [del constituyente, se agrega] lo suficiente como para que, en el ejercicio de sus funciones, el poder constituido respete las consideraciones del constituyente en detalle y con todas sus implicaciones” (p. 314), especialmente el ejecutivo y el Parlamento, para que no se apropien de las cláusulas constitucionales. Dentro de la misma línea, Marquardt (2016) caracteriza las constituciones políticas de la “sexta fase” como constituciones extensas y normativas, cuya extensión cumple tres cometidos: registrar el crecimiento de los deberes estatales en el marco de la transformación a la sociedad industrial del siglo XX; la pretensión de que los poderes constituyentes contemporáneos tomen

por sí mismos las grandes decisiones sobre el perfil de la república, en vez de delegar cartas blancas al poder legislativo; y el mejoramiento de la inteligibilidad de sus contenidos.

De acuerdo con ello, las constituciones de la década de los noventa y las posteriores son extensas, entre otras razones, para proteger los derechos, las garantías y los principios centrales de la democracia constitucional, la gobernanza y el estado de derecho, de modo tal que los poderes constituidos, es decir, la presidencia, el Congreso y los poderes corporativos, no pudieran apropiarse de tales principios y garantías, ni someterlos a los intereses particulares de un grupo político, o de los grupos económicos o religiosos, valiéndose de los poderes presidenciales de emergencia o de reglamentación, de la mayoría parlamentaria o del estado de opinión.

Dentro de esta comprensión, la creación de decretos no previstos en la Constitución constituye una válvula o un mecanismo eficaz para apropiarse o para erosionar las garantías que el constituyente quiso preservar, como lo evidencian los siguientes hechos: la captura de las materias reservadas a la ley, por medio de los decretos estatutarios y los decretos orgánicos; la apropiación de la función legislativa mediante los decretos de corrección de yerros, que le permiten al poder ejecutivo, cada vez que identifique un 'yerro' o un 'error', modificar discrecionalmente normas que deben someterse al trámite legislativo, como las leyes y las reformas constitucionales; y el manejo unilateral y acomodaticio de las normas a través de los decretos compiladores, que, además de haber sido prohibidos como normas reglamentarias por la Corte Constitucional, les permiten a los presidentes decidir unilateralmente cuál es el derecho vigente, siendo que este es un asunto que corresponde de modo preferente a los jueces y al legislador.

La concentración del poder público y el aumento del presidencialismo por la invención de nuevos decretos y el uso autoritario de decretos legítimos

Es un lugar común de la literatura especializada afirmar que los fundadores de las repúblicas latinoamericanas optaron por el régimen presidencial tomado del modelo norteamericano, de modo tal que, a

diferencia de lo que sucedía con las monarquías parlamentarias europeas, la existencia y concurrencia de los congresos resultara útil pero no indispensable para el desarrollo de gobierno (Brewer, 2008). Se tiene documentado que el régimen presidencial derivó en las formas propias del presidencialismo latinoamericano, pues ‘nuestras realidades’ alteraron la estructura propia del sistema presidencial, erosionando los controles mutuos que deben existir entre los poderes constituidos, dando lugar a dos formas extremas, el hiperpresidencialismo, caracterizado por Nino (1992) como la concentración de los poderes jurídicos y fácticos en el presidente de la república, en desmedro del Congreso, sea nacional o federal, del poder judicial y de los gobiernos provinciales, en la concurrencia de un entramado de relaciones corporativas de poder, penetradas con el poder presidencial; y el caudillismo, que representa la personalización del poder en “la persona que el país necesita, la que va a resolver los problemas, la que goza de la confianza nacional”, en la conciencia de que “el caudillo gobierna al margen, en contra o a pesar del orden constitucional, aunque éste se preserve formalmente” (Carpizo, 2009, p. 69).

La invención de nuevos decretos y el uso expansivo de algunos de los decretos legítimamente establecidos (principalmente los decretos reglamentarios y los decretos legislativos de los estados de excepción) favorecen el autoritarismo y aumentan la concentración de poder alrededor del presidente.

En lo que tiene que ver con los nuevos decretos, se tiene que al conjunto de poderes y facultades que otorga directamente la Constitución al presidente de la república se suman ahora entonces: los poderes de corrección unilateral de toda la legislación por medio de los decretos de corrección de yerros, que le permiten al presidente modificar las leyes con la excusa de haber detectado errores gramaticales; los poderes de compilación normativa, tarea que había quedado reservada al Congreso, o al presidente, únicamente en los casos de expedición de leyes de facultades extraordinarias; los poderes de legislar sobre materias asignadas a las leyes estatutarias y a las leyes orgánicas, atribución de competencia legislativa que fue expresamente prohibida por el inciso final del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución, donde se señala claramente que no se pueden usar decretos para expedir códigos, leyes

estatutarias, leyes orgánicas, leyes marco, ni para decretar impuestos; y los poderes de compilar normas reglamentarias mediante decretos “únicos”, que además pueden ser adicionados, reformados y mezclados con otros decretos, con cláusulas de derogatoria presidencial.

En relación con el uso expansivo de algunos decretos legítimos, se registra aquí lo que acontece con los decretos reglamentarios y los decretos legislativos.

La elusión constitucional. El uso de decretos administrativos para eludir las reservas de ley y el control por la Corte Constitucional

Se denomina “elusión constitucional” a un tipo de maniobra por medio de la cual se utiliza una norma de contenido administrativo, usualmente un decreto reglamentario, incluyendo dentro de él materias reservadas a la ley. De este modo, quien ejerce el poder obtiene dos rendimientos: en primer lugar, elude el proceso deliberativo en el Congreso de la República como órgano de representación; y en segundo término, evita y desplaza el control estricto de constitucionalidad que se llevaría a cabo en la Corte Constitucional, trasladando el asunto al Consejo de Estado, donde a lo sumo se ejercerá una acción de nulidad por inconstitucionalidad, que la mayoría de las veces es resuelta por una sección y no por la Sala Plena.

Como evidencia reciente se tiene el Decreto 1174 de 2020, “por el cual se adiciona el capítulo 14 al título 13 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1833 de 2016, a efectos de reglamentar el piso de protección social para personas que devengan menos de un salario mínimo legal mensual vigente”, que formalmente fue presentado como un decreto reglamentario, pero materialmente reforma el Código Sustantivo del Trabajo, al regular, entre otros aspectos, el trabajo por horas en Colombia. Como lo destacó Guataquí (2020), el Decreto 1174 constituye una reforma laboral, pues crea un nuevo régimen de contratación (en los componentes de remuneración, duración y protección social); crea una nueva modalidad de formalización instrumental, dejando a los sistemas asistenciales y no a la lógica interna de la relación laboral el cumplimiento de protección en seguridad social de trabajadores en una relación laboral de dependencia; y, adicionalmente, elude normas

y controles constitucionales de tres maneras: en la etapa prenormativa, pues no fue objeto de debate en la Comisión de Concertación de Políticas Salariales Laborales; en la etapa normativa, ya que no sometió una materia reservada a la ley al trámite en el Congreso de la República; y en la etapa posnormativa, dado que, al ser presentado con la apariencia de un decreto reglamentario, se eludió el control de la Corte Constitucional.

El uso autoritario y expansivo de los decretos legislativos en los estados de excepción

Los decretos legislativos tanto de la conmoción interior como de la emergencia económica, social y económica también han sido objeto de usos inadecuados. Respecto de la conmoción interior, baste registrar lo acontecido con el Decreto 3929 de 2008, por medio del cual Uribe declaró la conmoción interior sin que existiera la “grave alteración del orden público”, con el único fin de sofocar un cese de actividades de los trabajadores de la rama judicial, conforme lo estableció la Corte Constitucional (Sentencia C-070 de 2009). Otro tanto ocurrió un año después con la emergencia económica y social sobre el sistema de salud, declarada por el mismo presidente por medio del Decreto 4975 de 2009, a fin de cumplir con años de tardanza y mediante un estado de excepción el requerimiento hecho por la Corte Constitucional para ajustar el sistema de salud a los estándares de protección (Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008). Dicho decreto también fue declarado inexecutable, por falsa motivación (Corte Constitucional, Sentencia C-252 de 2010).

La historia reciente registra los usos expansivos de decretos presidenciales con ocasión de la declaratoria de la emergencia económica, social y ecológica, y de la emergencia sanitaria, causadas por la pandemia de la Covid-19. Como se sabe, el gobierno Duque declaró en dos ocasiones la emergencia social, mediante los decretos 417 y 637 de 2017, dando lugar a la expedición de más de cien decretos legislativos que contienen las medidas encaminadas “exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos” (conforme anota la Constitución), que no son de carácter transitorio (como ocurre con la conmoción

interior), sino de vigencia permanente. La cuestión es que por medio de estas normas se hizo de todo: se modificaron leyes orgánicas, leyes estatutarias, el plan nacional de desarrollo, se crearon impuestos, se modificó la ley de presupuesto, el Código General del Proceso, se crearon instituciones, se modificó el régimen de contratación estatal y se efectuaron transferencias de recursos, por solo citar algunas de las medidas más notorias. En concurrencia con lo anterior, la expedición de los decretos legislativos se mezcló con la de otra clase de decretos hasta producir una amalgama que diluyó la diferencia entre los tipos de decretos y oscureció las rutas para el control de constitucionalidad sobre esas normas.

Una de las mezclas especialmente problemática es la relacionada con las medidas de confinamiento preventivo, las que, en últimas, no pudieron ser objeto de control. Así, por ejemplo, el Decreto 457 de 2020, que no era un decreto legislativo, dispuso, entre otras medidas, el aislamiento preventivo obligatorio, la limitación de la movilidad y la suspensión del transporte aéreo doméstico, invocando como fundamento los artículos 189.4, 303 y 315 de la Constitución y la Ley 1801 de 2016, Código de Policía, medidas y fundamentos que fueron replicados, entre otros, por los decretos 531 de 2020, 536 de 2020, 593 de 2020, 689 de 2020, 749 de 2020, 878 de 2020 y 990 de 2020.

Otro tanto puede decirse de la mezcla acontecida alrededor del Decreto Legislativo 682 de 2020, que estableció la excepción especial del impuesto sobre las ventas, con tres días “sin IVA”, que fue suspendido por el Decreto 1044 de 2020, una norma presidencial de carácter ordinario, que no debía ni podía modificar un decreto legislativo de estado de excepción.

La afectación de la estructura y funcionamiento de la democracia constitucional por la invención de nuevos decretos y el uso expansivo de los decretos tradicionales

El hecho cierto es que cada vez que se expide un decreto presidencial se sustrae una materia a la deliberación democrática, en la medida que los decretos consisten en normas que dictan los presidentes con un alto margen de discrecionalidad. Este hecho, de suyo preocupante,

se acentúa con la invención de nuevos decretos y con el uso expansivo de los ya existentes, que afecta la estructura y el funcionamiento de la democracia constitucional. La democracia en su noción más básica se refiere a una forma de gobierno en la que el pueblo se autogobierna, se autodetermina individual y colectivamente, impidiendo que sea otra voluntad, distinta a la del pueblo, la que imponga las decisiones (Arango, 2012, p. 61).

Alrededor de la pregunta acerca de la manera como el pueblo pueda decidir su autogobierno, se han dado varias respuestas. En este sentido se habla de democracia representativa, para denotar que el pueblo se pronuncia por medio de los sujetos que lo representan; de democracia electoral, para precisar que la elección de los representantes se efectúa siguiendo las reglas y procedimientos de los procesos electorales; de democracia mayoritaria, para señalar que las mayorías adoptan las decisiones y determinan los sujetos que van a ejercer el poder político; y, de modo reciente, se habla de democracia deliberativa, que supone escenarios dialógicos y comunicativos, que requieren “diseñar y poner a funcionar procedimientos que fomenten la deliberación y el debate participativo y argumentativo de los diferentes sectores de la sociedad en aras de llegar a consensos sobrepuestos o convergentes” (Arango, 2012, p. 71).

En una fase más integral, se tiene la democracia constitucional, entendida por Ferrajoli (2011b) como “un sistema nomodinámico, que incluye normas sobre producción, que son idóneas para establecer los requisitos de forma y de sustancia, de vigencia y de validez formal y sustancial de las normas producidas” (p. 127), que comprende dos dimensiones: i) la dimensión política o formal de la democracia, constituida por el conjunto de reglas de procedimiento relacionadas con el sistema político, el régimen normativo y el régimen electoral; y ii) la dimensión sustantiva o sustancial, relacionada con los límites y vínculos impuestos a los poderes legislativos y a los de gobierno, por los derechos constitucionalmente establecidos, que se identifican con lo que el autor denomina “la esfera de lo indecible”, que la constituye “no solo los derechos de libertad y los derechos sociales, sino también los propios derechos políticos, el pluralismo, la separación de poderes, la representación, en suma, todo el sistema de reglas en que consiste la democracia política” (Ferrajoli, 2011a, p. 30).

La necesidad de satisfacer esta doble dimensión de la democracia constitucional ha sido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para la que “la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del derecho internacional de los derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 24 de febrero de 2011, Serie C N° 221, párr. 239).

Dentro de esta comprensión, la invención de decretos presidenciales y de otras normas no previstas en la Constitución constituye una afectación de la dimensión formal de la democracia constitucional, pues permite poner en vigencia normas jurídicas por fuera de los procedimientos legítimos de creación normativa previstos por la Constitución. De modo concurrente, el uso expansivo de los decretos presidenciales, la afectación de las reservas de ley por medio de normas de carácter administrativo y la elusión constitucional del debate parlamentario y del control constitucional constituyen vulneraciones de la democracia sustantiva, es decir, de los límites y vínculos impuestos a los poderes constituidos, en este caso al poder presidencial, que, mediante decretos de diversa clase, se apropia de las materias asignadas por la Constitución a otras autoridades, especialmente al Parlamento, con la flexibilización del control de constitucionalidad, que o no acontece o se posterga perdiendo toda eficacia, como sucedió, por ejemplo, con el fallido control de los decretos que ordenaron el confinamiento con ocasión de la emergencia causada por el Covid-19, consignado en una mediocre providencia del Consejo de Estado (providencia del 26 de junio de 2020).

Conclusiones

1. Los sistemas políticos latinoamericanos acogieron el régimen presidencial como forma de gobierno. Sin embargo, por distintas razones, dicha escogencia derivó en el hiperpresidencialismo, caracterizado

por la alta concentración del poder público alrededor de la figura del presidente. Una de las facetas más problemáticas de dicha concentración del poder se materializa en las facultades normativas de los presidentes, que les permite emitir toda suerte de decretos y de actos administrativos generales y particulares, los cuales cuentan con medios de control poco eficaces.

2. El sistema colombiano presenta una creciente producción de decretos presidenciales de difícil identificación, tipificación y control. Dentro de esta perspectiva, los decretos de contenido legislativo ofrecen buenos márgenes de identificación y aceptables niveles de control; los decretos de contenido administrativo presentan buenos márgenes de identificación y débiles niveles de control; mientras que, en los decretos atípicos o que se inventan los presidentes, los márgenes de identificación y de control son indeterminados y débiles.
3. La anterior circunstancia ha dado lugar a la producción y uso expansivo de decretos presidenciales. En dicho escenario los decretos de contenido administrativo se enmascaran o mimetizan, de modo tal que posibilitan el asalto de las reservas de ley y la elusión del control por la Corte Constitucional. Adicionalmente, la creación sucesiva de nuevos decretos potencia su poder expansivo, amenazando los componentes sustantivos de la democracia constitucional, propiciando y acentuando el autoritarismo.
4. La expedición y uso de los decretos presidenciales durante la emergencia social causada por el Covid-19 actualizó y explicitó una vieja práctica presidencial colombiana que consiste en expedir a sabiendas decretos de contenido administrativo inconstitucionales, bajo tres supuestos: i) que el control constitucional en el Consejo de Estado es débil y, a veces, inexistente; ii) que las medidas cautelares que puedan dictarse son demoradas o también inexistentes; y iii) que para cuando acontezca el control, es decir, para cuando se emita la sentencia definitiva, ya se habrán consumado todos los efectos perversos que se buscaban con el decreto del presidente.
5. Como conclusión final puede decirse que la expedición y el uso de los decretos en Colombia son expansivos en un doble sentido: i) como política de invención sucesiva y creciente de nuevos decretos (como lo demostró la clasificación de los decretos contenida en este

artículo); y ii) como articulación de una práctica inconstitucional, que consiste en expedir decretos administrativos o atípicos abiertamente inconstitucionales, que asaltan las reservas de ley y los derechos de las personas, con la aquiescencia o el silencio de los jueces que deberían impedirlo.

Referencias

- Arango, R. (2012). *Democracia social. Un proyecto pendiente*. Fontamara.
- Brewer, A. (2008). *Reflexiones sobre la Revolución norteamericana (1776), la Revolución francesa (1789) y la Revolución hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*. Universidad Externado de Colombia.
- Carpizo, C. (2009). *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*. UNAM-Universidad Externado de Colombia.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 1º de noviembre de 2000. Radicación N° 11001-03-24-000-2000-6686-01(6686). IM. P.: O. I. Navarrete Barrero].
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 21 de julio de 2005. Radicación 1657 IM. P.: G. Aponte Santos].
- Colombia, Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 24 de mayo de 2018. Radicado N° 11001-03-27-000-2014-00038-00 (21144) [C. P.: J. O. Ramírez Ramírez]. Consideración N° 2.2.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 20 de septiembre de 2018. Radicado N° 110010324000 2012 00369 00 [M. P.: R. A. Serrato Valdés].
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión N° 26. Providencia del 26 de junio de 2020. Radicado N° 110001-03-15-000-2020-02611-00 [M. P.: G. Sánchez Luque].
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-129 del 30 de marzo de 1995 [M. P.: V. Naranjo Mesa].
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-541 del 23 de noviembre de 1995 [M. P.: J. Arango Mejía]. Consideración cuarta.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-557 de 2000 [M. P.: V. Naranjo Mesa].

- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-1403 de 2000 [M. P.: J. G. Hernández Galindo].
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-1200 de 2003 [M. P.: M. J. Cepeda Espinosa].
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-350 del 20 de abril de 2004 [M. P.: Á. Tafur Galvis]. Consideración N° 3.2.2.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-140 del 28 de febrero de 2007 [M. P.: M. G. Monroy Cabra].
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-655 del 22 de agosto de 2007 [M. P.: M.J. Cepeda Espinosa]. Consideración N° 4.1.5.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008 [M. P.: M. J. Cepeda Espinosa].
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-070 de 2009 [MM. PP.: Humberto Sierra Porto y C. H. Reales].
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 2010 [M. P.: J. I. Palacio Palacio].
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 2 de julio de 2013 [M. P.: N. Pinilla Pinilla]. Consideración N° 5.4.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-280 del 8 de mayo de 2014 [M. P.: L. G. Guerrero Pérez]. Consideración N° 2.3.2.
- Consejo Superior de Política Económica y Social (Conpes). (2 de octubre de 2014). *Mejora normativa: análisis de impacto*. <https://www.minenergia.gov.co/documents/10180/19764302/CONPES3816.pdf/5e09cddf-ad94-4b3f-9255-9548aab35a61>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Gelman contra Uruguay*. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221.
- Ferrajoli, L. (2011a). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011b). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia (Vol. 2)*. Trotta.
- Guastini, R. (2016). *La sintaxis del derecho*. Marcial Pons.
- Guataquí, J. C. (2020). Reforma laboral a través de un decreto tramposo. *Razón Pública*. <https://razonpublica.com/reforma-laboral-traves-decreto-tramposo/>
- Ibáñez, J. (2007). *Estudios de derecho constitucional y administrativo*. Legis.
- Marín, H. (2007). *Discrecionalidad administrativa*. Universidad Externado de Colombia.
- Marquardt, B. (2016). *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*. Ibáñez.
- Nino, C. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional*. Astrea.

- Quinche, M. (2009). *La elusión constitucional. Una política de evasión del control constitucional en Colombia (2ª ed.)*. Universidad del Rosario.
- Rodríguez, L. (2000). *Derecho administrativo*. Temis.
- Sistema Único de Información Normativa. (s. f.). *Decretos únicos*. <http://www.suin-juriscal.gov.co/legislacion/decretosUnicos.html>
- Viciano, R., & Martínez, R. (2011). Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Gaceta Constitucional*, (48), 307-328.
- Vidal, J. (2004). *Derecho administrativo*. Temis.

