

## El principio de competencia y la creación, supresión y fusión de ministerios en Colombia

La creación, supresión y fusión de ministerios en Colombia nos sitúa en el campo de las competencias del Congreso<sup>1</sup>, en el de las funciones del Presidente de la República como suprema autoridad administrativa<sup>2</sup>, y en consecuencia, en el de las funciones y competencias compartidas<sup>3</sup>. Pensamos que el principio de competencia<sup>4</sup>, más que el de jerarquía<sup>5</sup> determina en este caso concreto las relaciones entre la ley decidida en el Parlamento, y el decreto presidencial, y en consecuencia, los órganos políticos señalados comparten potestades legislativas, o mejor, que en materia de creación, supresión y fusión de ministerios el Congreso ejerce potestades legislativas básicas o marco de carácter principal y el ejecutivo ejerce competencias legislativas de desarrollo.

Nuestro punto de partida es el mismo de llegada y constituye el elemento subjetivo de la comprensión; pero en adelante me dispongo, con elementos objetivos que me impidan caer en decisionismo, fundamentar argumentativamente el planteamiento y fin señalado, con la ayuda de la analítica<sup>6</sup>. En definitiva, pretendo demostrar que el mecanismo “legislación básica - legislación de desarrollo”<sup>7</sup> es el fijado constitucionalmente en materia de creación, supresión y fusión de ministerios en Colombia.

Para lograr nuestro objetivo analizaremos las competencias de los órganos legislativo y ejecutivo del poder público y las implicaciones de nuestro planteamiento en la justicia constitucional<sup>8</sup> colombiana.

Nuestra posición la avala una solitaria sentencia de la Corte Constitucional que tiene en cuenta dos consideraciones importantes en esta materia; en primer lugar admite que las atribuciones conferidas al Congreso por el artículo 150 numeral 7 se corresponden materialmente con las que se confieren al Ejecutivo en el artículo 189 numerales 15 y 16, y en segundo lugar señaló que en virtud del artículo 154 constitucional esta materia es «objeto de Leyes-Cuadro» y el gobierno tiene iniciativa legislativa exclusiva<sup>9</sup>.

La confusión en esta materia empieza con un desafortunado y contradictorio fallo de la Corte Constitucional. Acepta el alto tribunal en este pronunciamiento que en virtud de la declaratoria del estado de emergencia económica, el ejecutivo puede adquirir las funciones establecidas a favor del Congreso en el artículo 150 numeral 7 y en consecuencia mediante decretos legislativos que tienen fuerza, valor y rango de ley puede modificar la estructura de los ministerios. Pero a la vez acepta que «es de la órbita ordinaria del Gobierno, según lo estatuye el artículo 189, numeral 19, de

la Constitución”, ejercer dicha función terminado el estado de emergencia de acuerdo con los principios y reglas generales que define la ley<sup>10</sup>, admitiendo que dos tipos de normas de distinta jerarquía regulen los mismos ámbitos competenciales

Los problemas continúan con la adopción por parte de la Corte Constitucional de lo que venía sosteniendo la Corte Suprema de Justicia en esta materia con fundamento en la derogada Constitución de 1886. En efecto, en los fallos C-559/92 y C-560/92 con ponencia de SIMÓN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ se toma como precedente el que al Congreso en materia de creación, supresión y fusión de ministerios le corresponde la parte “estática” y al ejecutivo la parte “dinámica”. En este mismo sentido la sentencia C-089A/94 señaló que en materia de estructura de la administración pública al Congreso le corresponde crear la parte “estática y permanente” y al Ejecutivo la parte “dinámica” y cambiante<sup>11</sup>.

Pero la errada posición de la Corte Constitucional quedó completamente planteada con los siguientes fallos que consideramos más relevantes. La sentencia C-196 de 1994 trae algo que compartimos y es que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta no tienen origen administrativo sino que requieren normas con jerarquía legal sea ley del parlamento o decreto-ley, pero no estamos de acuerdo cuando admite que las facultades contenidas en el artículo 150 numeral 7 constitucional son atribuciones permanentes del Congreso<sup>12</sup>. Luego en la sentencia C-299 de 1994 en que se manifiesta que el gobierno en virtud del numeral 16 del artículo 189 tiene la facultad de «reorganizar la estructura de los ministerios», asignó al Congreso atribuciones plenas en materia de creación, supresión y fusión de ministerios y señaló que al ejecutivo sólo le correspon-

de «hacer efectiva la ley modificando la estructura orgánica de los ministerios»<sup>13</sup>.

#### 1. COMPETENCIAS LEGISLATIVAS DEL CONGRESO EN MATERIA DE CREACIÓN, SUPRESIÓN Y FUSIÓN DE MINISTERIOS

El artículo 150 numeral 7 de la Constitución de 1991 establece para el Congreso tres distintos grados competenciales en materia de estructura de otros órganos del Estado. La que nos interesa es la referida a la determinación de la estructura de la administración nacional, pero su pésima redacción, pues a primera vista parece radicar en este órgano la competencia de «crear, suprimir o fusionar ministerios», hace que sólo sea posible establecer su contenido haciendo referencia a las demás competencias establecidas allí. Procedemos a analizar entonces las competencias que al lado de la que nos ocupa establece el mencionado artículo constitucional.

Una de las competencias es la de «reglamentar la creación y funcionamiento de las corporaciones autónomas regionales dentro de un régimen de autonomía» y la otra es la de «crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado». En el primer caso se establece una competencia limitada por cuanto debe establecer un régimen que permita bajo el respeto del principio de autonomía la creación de un tipo de órganos, mientras en el segundo caso se establece una competencia exclusiva<sup>14</sup> y se permite, mediante ley de autorización y con auxilio de uno de los mecanismos de delegación legislativa<sup>15</sup>, que a través de otro tipo normativo, el decreto-ley, se ejerza la competencia.

Para entrar en el valor clarificador de las competencias que nos ocupan debemos

señalar algunos supuestos indispensables, por cuanto el análisis de las tres competencias señaladas en el numeral 7 del artículo 150 constitucional requiere examinar las competencias de otros órganos del Estado y así encontrar la clave en materia de creación, supresión y fusión de ministerios.

Debe tenerse en cuenta que el primero y el tercero de los supuestos coinciden en cierta medida, pues uno de los supuestos de la competencia para «determinar la estructura de la administración nacional» lo constituyen los «establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional»<sup>16</sup>. Coinciden además en que el presidente de la república tiene en esas materias las competencias explícitas que hemos señalado arriba<sup>17</sup>. De este modo las competencias exclusivas establecidas en el tercero de los supuestos no significan competencia plena y su determinación torna en general aplicables las reglas propias del supuesto primero.

En cuanto al segundo supuesto, debemos tener presente que el constituyente creó directamente en el capítulo 4 “Del régimen especial” del título XI “De la organización territorial” la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena. De esto resulta que en forma coherente el segundo supuesto establecido en el numeral 7 del artículo 150 constitucional exige al Congreso respetar la autonomía de las entidades territoriales y establecer el régimen que le permita a éstas crear dichos órganos.

Queda descartada así la posibilidad de que la creación, supresión y fusión de ministerios requiera una ley de autorización; este requisito sólo opera en forma excepcional cuando se trata de la «constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta», esto es, cuando se trata del supuesto terce-

ro. Además queda claro que el primero y tercero de los supuestos es distinto al segundo: en aquéllos estamos en presencia de competencias compartidas, y éste es uno de los supuestos propios de la asignación de competencias normativas a las Entidades Territoriales<sup>18</sup>.

## 2. COMPETENCIAS LEGISLATIVAS DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN MATERIA DE CREACIÓN, SUPRESIÓN Y FUSIÓN DE MINISTERIOS

La defensa del planteamiento según el cual el mecanismo “legislación básica – legislación de desarrollo” es el fijado constitucionalmente en materia de creación, supresión y fusión de ministerios se funda además en las características propias del sistema presidencial de gobierno. Este sistema, que es el menos parlamentario de todas las democracias parlamentarias<sup>19</sup>, implica en principio dualismo legislativo entre el poder legislativo y el poder ejecutivo a la manera del sistema que lo inspiró, esto es, en forma similar a las relaciones establecidas en una monarquía constitucional<sup>20</sup>. Tal dualismo es de carácter material y formal a la vez, de ahí que sea esencial el concepto material de ley que permite la utilización del término legislación, no sólo para hacer referencia a la ley decidida en el Parlamento, sino para abarcar también todas aquellas decisiones primordiales<sup>21</sup>.

Con todo, el sistema presidencial colombiano está determinado por el valor normativo de la Constitución<sup>22</sup> y establece competencias a favor de los distintos órganos del poder público, de ahí que el principio de competencia actúe de diversos modos dependiendo en cada caso concreto de la influencia de la teoría de la división de poderes y de la teoría revolucionaria

francesa de la división de funciones<sup>23</sup>, esto es, dependiendo en cada caso de la concreta forma en que esté diseñado el principio de legalidad. Así, dualismo o distinción de funciones con base en el principio de competencia y monismo o distinción de funciones con base en el principio de jerarquía actúan indistintamente y muchas veces en forma conjunta con diversos grados de influencia. De este modo principio de jerarquía y principio de competencia determinan si estamos en presencia de la legalidad en sentido estricto o de la legalidad en sentido general, cuestión que más adelante profundizaremos.

La distinción de competencias en cuanto regulan la actividad de órganos políticos, implican la designación de materias a ser reguladas por una determinada autoridad a través de un concreto tipo de norma<sup>24</sup>. Nos proponemos entonces analizar estos aspectos de acuerdo con las funciones del presidente de la república en el tema que nos ocupa.

El anterior propósito exige en primer lugar señalar las competencias explícitas y el grado de ejercicio, cuestión que permite de paso determinar el grado de intervención propio del poder legislativo. Lo anterior es solucionado por los numerales 15 y 16 del artículo 189 constitucional; en cuanto a las competencias explícitas categóricamente facultan al presidente de la república para «suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales» y para «modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales», en cuanto al grado de ejercicio, la expresión «de conformidad con la ley» establecido en el numeral 15 corresponde con la expresión «con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley».

En este orden de cosas queda establecido cómo el grado de ejercicio de la potestad legislativa del Congreso en materia de supresión y fusión de ministerios es básica o principal, y queda abierto el camino para con la ayuda de las competencias implícitas<sup>25</sup> sustentar que en materia de creación de ministerios se siguen los mismos parámetros.

Si aceptamos que las competencias para hacer implican las competencias de deshacer, o mejor, que quien es titular de una competencia positiva también lo es de la respectiva competencia negativa, invirtiendo y aplicando esta regla en el caso que nos ocupa podemos afirmar que quien puede “suprimir” puede “crear” ministerios. No es de recibo en consecuencia ceñirnos a la literalidad y afirmar que el Congreso tiene la facultad de «crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica» y a la vez afirmar que el presidente de la república tiene la facultad de «suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales», «modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales». Si así se entiende, se elimina el rango, el valor y la fuerza de la ley parlamentariamente decidida como lo veremos más adelante.

Existen más razones que nos permiten sustentar el carácter legislativo de desarrollo de las competencias presidenciales en materia de creación, supresión y fusión de ministerios. En primer lugar, asumimos que la calidad de suprema autoridad administrativa comporta las competencias implícitas que le permitan llevar a feliz término esa función<sup>26</sup>; en segundo lugar, le damos valor al hecho de que el presidente propo-

ne y el pueblo acepta al elegirlo un programa de gobierno que adquiere carácter positivo en la parte general del plan nacional de desarrollo<sup>27</sup>, y por último, pensamos que la responsabilidad propia de un ministro ante el Congreso<sup>28</sup> y la función de control político de este órgano<sup>29</sup> implican que el presidente desempeñe en forma ágil y a través de ministros desarrolle las políticas más importantes del Estado.

El ejercicio de las competencias presidenciales en materia de creación, supresión y fusión de ministerios no tiene atribuido un tipo normativo especial, de ahí que en sentido formal desempeña la potestad reglamentaria<sup>30</sup>. Lo anterior explica cómo el artículo 206 constitucional utiliza el término “ley” en sentido general, y en consecuencia no establece ninguna reserva parlamentaria de ley<sup>31</sup> en esta materia, y sus contenidos no reservados a la acción del ejecutivo son orientaciones del contenido adicional delimitador que puede contener la ley básica que expida el Congreso de la República.

### 3. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE CREACIÓN, SUPRESIÓN Y FUSIÓN DE MINISTERIOS

Los tipos de norma mediante los cuales se ejercen las funciones del Congreso y del Presidente de la República señalan que en materia de creación, supresión y fusión de ministerios cada uno de los órganos políticos señalados tienen su propio juez constitucional, esto es, que actúa un elemento difuso en la generalidad del sistema de control “integral”<sup>32</sup> de constitucionalidad establecido en la Constitución<sup>33</sup>. En efecto, la asignación de competencias en materia de control de constitucionalidad a favor de la Corte Constitucional es taxativa y entre ellas sólo figuran, en materia de decre-

tos presidenciales, el control de los “decretos–leyes”<sup>34</sup>, el decreto con fuerza de ley previsto en el artículo 341 constitucional<sup>35</sup> y los decretos de declaratoria y legislativos dictados por el presidente en virtud de las normas que regulan los estados de excepción<sup>36</sup>. A esto se suman dos datos esenciales: el primero es que en ninguna de las funciones de la Corte Constitucional figura la competencia sobre el control de constitucionalidad de los demás decretos presidenciales<sup>37</sup>, y el segundo, que el Consejo de Estado tiene la competencia para ejercer en forma subsidiaria el control de constitucionalidad<sup>38</sup>.

Los decretos presidenciales objeto de control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional además de la misma fuerza<sup>39</sup> tienen rango de ley y adquieren valor de ley<sup>40</sup>. Las leyes, los decretos–leyes, las declaratorias de estados de excepción y los subsiguientes decretos legislativos, como también el decreto que puede poner en vigencia el gobierno cuando no se aprueba en el término establecido por la Constitución la ley del plan nacional de inversiones, tienen igual jerarquía. Además, la competencia para examinar dichos decretos corresponde a la Corte Constitucional, de modo que están sometidos al mismo régimen de impugnación que la ley decidida en el Congreso<sup>41</sup>, y en consecuencia, la competencia del Consejo de Estado en materia de control de constitucionalidad se limita a los decretos que sólo tienen fuerza de ley<sup>42</sup>. Esto significa que los decretos presidenciales que crean, suprimen o fusionan ministerios y cuyo control corresponde al Consejo de Estado, dentro del contenido autónomo constitucionalmente garantizado, derogan las normas que le son contrarias y se resisten frente a otros tipos normativos que pretendan modificarlos.

El elemento difuso presenta múltiples problemas que sólo podemos plantear. La tesis defendida en este artículo, como ya se dijo, no responde a la posición de la Corte Constitucional, órgano que en nuestra opinión viene avalando más que una mutación constitucional, una anulación de la normatividad de la Constitución<sup>43</sup>, pero la tesis que presentamos puede ser acogida por el Consejo de Estado y presentarse un conflicto entre jueces constitucionales que en principio no tienen una instancia superior que la resuelva. Podría pensarse que vía acción de tutela quien tiene la última palabra es la Corte Constitucional, pero la propia jurisprudencia de este órgano dice que en principio no procede la tutela contra sentencias, precedente que también consideramos desafortunado: es un límite no establecido por la Constitución y además de ésta sólo el legislador es competente para establecer límites. La norma apta para solucionar estos inconvenientes de la justicia constitucional colombiana es una ley estatutaria<sup>44</sup> que, dadas las exigencias del principio de competencia en materia judicial, impide al juez constitucional cuestionar las reglas competenciales de su propia función, porque estaría actuando como juez de sí mismo<sup>45</sup>.

Los anteriores problemas están relacionados, pero no son lo esencial del presente artículo, por lo que centramos nuestra atención en las relaciones entre legislación básica y legislación de desarrollo. Si se acepta que la normativa básica en materia de creación, supresión y fusión de ministerios es un mandato al legislador, se puede plantear ante la Corte Constitucional una inconstitucionalidad por omisión<sup>46</sup>, fundados en que tal inactividad le impide al presidente ejercer sus competencias. De ser aceptada la posición que defendemos, surgen varias opciones: bien puede considerarse que la ley básica debe preceder en el tiempo a la le-

gislación de desarrollo o afirmarse que la potestad presidencial es autónoma y puede ejercerse sin necesidad de la existencia de la legislación básica. La primera postura fundamenta la inconstitucionalidad por omisión, porque torna inexistente la facultad constitucionalmente establecida a favor del presidente de la república, en tanto que la segunda postura desvirtúa la inconstitucionalidad por omisión porque no torna inexistente la competencia presidencial.

La defensa del carácter necesario de la legislación básica para el ejercicio de las potestades legislativas de desarrollo atiende a aspectos formales, en tanto que la defensa del carácter autónomo de las competencias presidenciales atiende a aspectos materiales. Según el primero de los enfoques el decreto es siempre ejecución de la ley y la facultad presidencial para crear, suprimir o fusionar ministerios no puede ejercerse sin el respectivo fundamento legal, mientras según el segundo enfoque las consecuencias son inversas.

Existe una postura según la cual el sistema colombiano establece el principio de legalidad en sentido estricto<sup>47</sup> y otra sostiene que se ha establecido el principio de legalidad en sentido general<sup>48</sup>; la primera avala el carácter necesario de la legislación básica, y la segunda el carácter autónomo de las competencias presidenciales en materia de creación, supresión y fusión de ministerios. Pensamos que el principio de legalidad en sentido estricto es sólo la regla general que admite excepciones fundadas en el principio de competencia y en consecuencia debe mirarse cada caso concreto<sup>49</sup>.

Para determinar la legislación básica y la legislación de desarrollo, el principio de reserva de ley permite una primera delimitación y luego hay que analizar la función delimitadora de la ley de bases<sup>50</sup>. Pensamos que la función delimitadora de



las competencias ejecutivas en materia de creación, supresión y fusión de ministerios la realiza totalmente la Constitución, como quedó demostrado arriba cuando analizamos las competencias del poder legislativo, de ahí que la función delimitadora adicional de la legislación básica en virtud del principio de competencia general del poder legislativo, sólo puede ocasionar una inconstitucionalidad sobrevinida del ejercicio de las potestades presidenciales en esta materia.

#### CONCLUSIONES

1. Las competencias presidenciales para crear, suprimir o fusionar ministerios están delimitadas constitucionalmente y pueden ser delimitadas además por la legislación básica marco o principal que expida el Congreso de la República.

2. El ejercicio de las competencias presidenciales en materia de creación, supresión y fusión de ministerios no exige la existencia de legislación básica previa.

3. Las competencias presidenciales en materia de creación, supresión y fusión de ministerios desarrollan directamente la Constitución.

4. El examen de la constitucionalidad de los decretos presidenciales que crean, suprimen o fusionan ministerios corresponde al Consejo de Estado.

5. La postura que defendemos permite que no se vacíe de contenido la competencia del Consejo de Estado en materia de control de constitucionalidad.

6. La interpretación literal de las competencias en materia de creación, supresión y fusión de ministerios es contraria al rango, valor y fuerza de la ley decidida en el parlamento porque permite que un decreto la derogue.

7. La creación por ley parlamentariamente decidida de altos cargos del gobierno central para desarrollar las políticas más importantes del Estado elimina la función de control político que corresponde al Congreso de la República. No es constitucional crear superministros como el alto comisionado de paz porque se elude la responsabilidad propia de los ministros ante el parlamento.

8. La tesis defendida por la Corte Constitucional, en cuanto no desarrolla la Constitución sino que restringe su normatividad, no tiene el carácter de precedente constitucional y por eso carece de fuerza normativa.

9. Los ministerios que se ha pretendido crear, suprimir o fusionar mediante normas con rango, fuerza y valor de ley, tienen plena vigencia en el ordenamiento colombiano por la fuerza normadora de los hechos y por la aceptación tácita de quienes han ocupado el cargo de presidente a partir de la Constitución de 1991.

10. Podría pensarse que las leyes referidas en el punto anterior en virtud del principio unitario tienen carácter supletivo hasta que un presidente haga uso de las facultades que le otorga directamente la Constitución.

FAIBER EUCARIO FALLA CASANOVA  
Abogado  
Universidad Externado de Colombia  
Doctorando en Derecho Constitucional  
Universidad de Salamanca

1. Artículo 150 de la Constitución de 1991: «Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: [...] 7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las corporaciones autónomas regionales den-

tro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta».

2. Artículo 189 de la Constitución de 1991: «Corresponde al presidente de la república como jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa: [...] 15. Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley. 16. Modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, *con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley*» (cursiva nuestra).

3. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO y JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO. Voz: “Competencias compartidas”. En: *Temas básicos de derecho constitucional*, MANUEL ARAGÓN REYES (coord.). Madrid: Civitas, t. II, p. 332. Las materias compartidas pueden hacer referencia a materias compartidas o a funciones compartidas sobre una misma materia.

4. La competencia implica ámbitos materiales a ser regulados por un específico tipo normativo. LUIS MARÍA DIEZ-PICASSO, Voz: “Competencia. Fuentes”. En: *Temas básicos de derecho constitucional*, cit., t. I, p. 242.

5. La jerarquía implica prioridad de unos tipos normativos sobre otros. LUIS MARÍA DIEZ-PICASSO, Voz: “Jerarquía de las fuentes del derecho”. *Ibidem*.

6. ARTHUR KAUFMANN. *Filosofía del derecho*. Traducción LUIS VILLAR BORDA y ANA MARÍA MONTOYA. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 87 y 96 a 101. Pretendemos seguir el método del discurso analítico–hermenéutico propuesto por el autor. KONRAD HESSE. “Concepto y cualidad de la Constitución”. En: *Escritos de derecho constitucional*. Introducción y traducción de PEDRO CRUZ VILLALÓN. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 43. «La concretización presupone la “comprensión” del contenido de la norma a «concretizar». La cual no cabe desvincular in de la “precomprensión” del intérprete ni del problema concreto a resolver».

7. En Colombia se prefiere hablar de leyes marco, pero pensamos que la técnica legislación básica y legislación de desarrollo explica mejor la actuación del principio de competencia en las relaciones normativas cuando de funciones y competencias compartidas se trata; con todo, el nombre es lo de menos y su debate no produce mayores aportes.

8. HANS KELSEN. “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)” [1928].

En: *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Traducción de JUAN RUIZ MANERO, Madrid: Edit. Debate, 1988, pp. 109 y 110. La justicia constitucional tiene como objetivo general el estudio de la garantía jurisdiccional de la Constitución con el fin de asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales, y su objeto concreto, es el control de los actos generales (normativos) y particulares (ejecutivos) que expiden los poderes constituidos.

9. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-465/92, Magistrado Ponente: CIRO ANGARITA BARÓN.

10. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-448/92. Magistrado Ponente: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

11. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-089A/94. Magistrado Ponente: VLADIMIRO NARANJO MESA.

12. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-196/94. Magistrado Ponente: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

13. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 299/94. Magistrado Ponente: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

14. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO. Voz: “Competencias exclusivas”. En: *Temas básicos de derecho constitucional*, cit., t. II, 330. Como bien lo señala el autor, el término competencias exclusivas no coincide con competencias completas.

15. Como se verá más adelante, se trata de una competencia exclusiva pero compartida, lo cual no es contradictorio, y por eso la delegación de facultades legislativas debe ser la establecida a favor del presidente de la República.

El artículo 150 de la Constitución colombiana de 1991 establece: «Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: [...] 10. Revestir, hasta por seis meses, al presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara.

El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el gobierno en uso de facultades extraordinarias.

Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 19 del presente artículo, ni para decretar impuestos».

16. *Vide* nota 1.

17. *Vide* nota 2.

18. Aquí el supuesto es la delegación legislativa a



favor de las Entidades Territoriales. El artículo 151 de la Constitución colombiana establece: «El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán [...] las normas [...] relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales...».

19. CARL SCHMITT. *Teoría de la Constitución* [Título original *Verfassungslehre* (1927)]. Traducción FRANCISCO AYALA. Madrid: Alianza Editorial, 1992, pp. 294 a 296. El autor considera el sistema presidencial como una modalidad parlamentaria y señala como característico el hecho de que un Jefe de Estado y Jefe de Gobierno participa con independencia en la dirección política del Estado. En el mismo orden señala además como característica del sistema parlamentario en sentido estricto aquel que radica en la mayoría parlamentaria la dirección política y la determinación de las líneas directrices de la política, como características del sistemas de Premier el que las anteriores funciones las ostenta el Jefe de la Mayoría parlamentaria y como característica del sistema de Gabinete que las mismas descansan en un Consejo de Ministros. JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO. “El congreso de los diputados y la forma de gobierno en España”, en *El congreso de los diputados en España: Funciones y rendimiento*, ANTONIA MARTÍNEZ (ed.). Madrid: Tecnos, 2000, p. 21. Señala el autor cómo la esencia del régimen parlamentario no radica en la teoría del parlamentarismo ni en la primacía del parlamento, sino en la participación decisiva del parlamento en la dirección del Estado.

20. GEORG JELLINEK. *Teoría general del Estado* [Título original *Allgemeine Staatslehre*, segunda edición (1911)]. Traducción FERNANDO DE LOS RÍOS. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 605 a 613 y 635. En la monarquía limitada, a diferencia de la monarquía absoluta, bajo la idea contractual y el reconocimiento de derechos a las clases, son originarios tanto los derechos del rey como los derechos de las clases, aunque el primero conserva el poder supremo. La monarquía constitucional es una monarquía limitada en la que existen dos órganos inmediatos e independientes sin que ninguno esté sometido al poder ordenador del otro, de modo que la mayor potestad la comparten la monarquía y el parlamento, en tanto que la monarquía parlamentaria es sólo una manara de ejercer el gobierno y no una forma de Estado, porque el poder del rey es aparente; la primera se impuso en la Europa mientras que en Inglaterra se presentaron las tres for-

mas de monarquía limitada, la de clases, la constitucional y finalmente se impuso la parlamentaria.

21. ÁNGEL GARRORENA MORALES. Voz: “Ley”. En: *Temas básicos de derecho constitucional*, cit., t. 1, p. 294. El concepto material de ley operó como técnica de reparto total del campo normativo entre la ley y el reglamento y para designar cualquier norma referida a la libertad y la propiedad.

22. Artículo 4.º de la Constitución de 1991: «La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...».

23. HERMANN HELLER. *Teoría del Estado* [Título original *Staatslehre* (1934)]. Traducción LUIS TOBIO. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 346. Señala el autor cómo en la edad media existió un reparto de poderes jurídicos subjetivos pero sólo el constitucionalismo lleva a cabo un reparto de funciones estatales entre órganos relativamente autónomos. ERNEST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE. “Origen y cambio del concepto de Estado de derecho”. En: *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Traducción RAFAEL DE AGAPITO SERRANO. Madrid: Trotta, 2000, p. 20. El autor explica cómo la distribución de competencias estatales entre diferentes fuerzas político sociales formulada por MONTEQUIEU se convirtió en articulación de funciones.

24. *Vide infra*, nota 45; allí establecemos las implicaciones del principio de competencia en cuanto regula la actividad jurisdiccional.

25. JOHN KINCAID. “Del federalismo dual al federalismo coercitivo en las relaciones intergubernamentales”. En: *El Estado de las autonomías. ¿Hacia un nuevo federalismo?*, ROBERT AGRANOFF y RAFAEL BAÑÓN Y MARTÍNEZ (eds.). Bilbao: Herri-Ardularitzaren Euskal Erakundea (I.V.A.P.), 1997, pp. 31 a 53. La doctrina de los “poderes implícitos” en las relaciones intergubernamentales es obra del juez JOHN MARSHALL en el caso *McCulloch v. Maryland* decidido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en 1819. Se señala en esta sentencia cómo los poderes implícitos son aquellos que resultan como «consecuencia [...] de una aplicación más extensa y penetrante de las competencias» que posee un órgano; y en el caso *United States v. Butler* se habla de los poderes que han sido otorgados «expresamente o que razonablemente resulten implícitos en los mismos», bajo los criterios de necesidad y adecuación, respetando el contenido y el espíritu de la Constitución. Cfr. BERNAR SCHWARTZ. *El federalismo norteamericano actual*. Traducción JUAN

MANUEL RUIGÓMEZ. Madrid: Cuadernos Cívitas [1.<sup>a</sup> ed. 1984] 1993, pp. 21 a 24.

26. CARL SCHMITT. *Teoría de la Constitución*, cit., p. 366. Pensamos como el autor que las competencias son esencialmente delimitación constitucional y en consecuencia la distinción entre competencias atribuidas y facultades ilimitadas o soberanas debe sustituirse por la cuestión acerca de si la enumeración de competencias ha de interpretarse como limitación o si de ellas se desprenden competencias implícitas.

27. Artículo 150 de la Constitución de 1991: «Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: [...] 3. Aprobar el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos y apropiaciones que se autoricen para su ejecución, y las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos».

Artículo 200 de la Constitución de 1991: «Corresponde al gobierno, en relación con el Congreso: [...] 3. Presentar el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas, conforme a lo dispuesto en el artículo 150».

Artículo 339 de la Constitución de 1991: «Habrá un plan nacional de desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el gobierno».

28. Artículo 135 de la Constitución de 1991: «Son facultades de cada cámara: [...] 4. Determinar la celebración de sesiones reservadas en forma prioritaria a las preguntas orales que formulen los congresistas a los ministros y a las respuestas de éstos [...] 8. Citar y requerir a los ministros para que concurran a las sesiones. Las citaciones deberán hacerse con una anticipación no menor de cinco días y formularse en cuestionario escrito. En caso de que los ministerios no concurran, sin excusa aceptada por la respectiva cámara, ésta podrá proponer moción de censura. Los ministros deberán ser oídos en la sesión para la cual fueron citados, sin perjuicio de que el debate continúe en sesiones posteriores por decisión de la respectiva cámara. El debate no podrá extenderse a asuntos ajenos al cuestionario y deberá encabezar el orden del día de la sesión. 9. Proponer moción de censura respecto de los mi-

nistros por asuntos relacionados con funciones propias del cargo. La moción de censura, si hubiere lugar a ella, deberá proponerla por lo menos la décima parte de los miembros que componen la respectiva cámara. La votación se hará entre el tercero y el décimo día siguientes a la terminación del debate, en congreso pleno, con audiencia de los ministros respectivos. Su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los integrantes de cada cámara. Una vez aprobada, el ministro queda separado de su cargo. Si fuere rechazada, no podrá presentarse otra sobre la misma materia a menos que la motiven hechos nuevos».

29. Artículo 114 de la Constitución de 1991: «Corresponde al Congreso de la república [...] ejercer control político sobre el gobierno y la administración».

30. Artículo 189 de la Constitución de 1991: «Corresponde al presidente de la república como jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa: [...] 11. Ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de la ley» (cursiva nuestra).

31. Artículo 206 de la Constitución colombiana de 1991: «El número, denominación y orden de precedencia de los ministerios y departamentos administrativos serán determinados por la ley».

32. MANUEL GAONA CRUZ. *Control y reforma de la Constitución en Colombia*. Bogotá: Ministerio de Justicia – Superintendencia de Notariado y Registro, 1988, pp. 48 a 56. Así lo denomina el autor al señalar las características del sistema colombiano antes de la Constitución de 1991. Es también aplicable en la actualidad porque establece igual que el régimen anterior la acción pública de inconstitucionalidad, el control automático u oficioso de algunos proyectos de ley, el control por vía de objeción presidencial, el control por vía de objeción de gobernadores y alcaldes, el control de los actos de revisión constitucional, la acción pública de nulidad de los actos administrativos, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la excepción e inconstitucionalidad, la invocación del *habeas corpus* y el derecho de petición. Además la Constitución de 1991 refuerza el carácter integral del control jurisdiccional de la Constitución al consagrar la acción de tutela, la acción de cumplimiento y las acciones populares.

33. LUIS VILLAR BORDA. “Influencia de Kelsen en el actual sistema colombiano de control jurisdiccional de la Constitución”. *Revista Derecho del Es-*

tado, n.º 9 (diciembre de 2000) p. 18. La Constitución colombiana de 1853 vislumbró el control jurisdiccional de la Constitución, pero, con la reforma de 1910, existe un sistema mixto de control de constitucionalidad en Colombia, al establecer la excepción de inconstitucionalidad y competencias taxativas a la Corte Suprema de Justicia en materia de control de constitucionalidad. Esquema que en sus líneas generales fue reiterado en las reformas constitucionales de 1936 y 1968 y en la Constitución de 1991.

34. *Vide Infra*, en la nota 37 el numeral 3 del artículo 241 de la Constitución y *supra*, en la nota 15, el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución

35 Artículo 341 de la Constitución: «El plan nacional de inversiones se expedirá mediante una ley que tendrá prelación sobre las demás leyes; en consecuencia, sus mandatos constituirán mecanismos idóneos para su ejecución y suplirán los existentes, sin la necesidad de la expedición de leyes posteriores [...] 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».

36. *Vide Infra* en la nota siguiente el numeral 7 del artículo 241 de la Constitución.

37. Artículo 241 de la Constitución: «A la Corte Constitucional le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad

que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.

7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el gobierno con fundamento en los artículos 212, 213, y 215 de la Constitución.

8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el presidente de la república sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

11. Darse su propio reglamento.

Parágrafo. Cuando la corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto».

38. Artículo 237 de la Constitución de 1991: «Son atribuciones del Consejo de Estado: [...] 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional».

39. IGNACIO DE OTTO Y PARDO. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2.ª ed. Barcelona: Ariel, 1998, pp. 89 y 149 a 150. Señala el autor cómo la fuerza activa implica eficacia derogatoria y la fuerza pasiva resistencia y señala además como características de la fuerza de ley ser extensiva y limitada

por la distribución de materias, esto es en virtud del principio de competencia.

40. FRANCISCO RUBIO LLORENTE. “Rango de ley, Fuerza de ley, valor de ley”. En: *La forma del poder*, 2.<sup>a</sup> ed. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 283 a 285. El autor hace referencia a que las excepciones al principio de jerarquía distorsionan los conceptos de rango y fuerza de ley de modo que ambas tienden a confundirse y los elementos característico de la ley deben buscarse en el control de constitucionalidad. ÁNGEL GARRORENA MORALES. Voz: “Ley”, cit, p. 293. El rango es la posición jerárquica y valor de ley según Sandulli es el común régimen jurisdiccional que corresponde a las normas que se catalogan como ley.

41. HUMBERTO SIERRA PORTO. *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 187 y 188. El autor señala como características del rango de ley la posición de una norma en el ordenamiento jurídico y el que su invalidez sólo puede fundarse en una contradicción formal o material de la Constitución, y como característica del valor de ley el régimen de impugnación; sin embargo no estamos de acuerdo con las consecuencias que plantea para el ordenamiento colombiano de este último concepto porque no tiene en cuenta la excepción de inconstitucionalidad.

42. Esta afirmación debemos matizarla. Se trata de normas cuyo rango de ley es parcial y no total porque sólo son inválidos por contradecir formal o materialmente la Constitución en el ámbito que les asigna el principio de competencia, pero formalmente son decretos y como tales están sometidos a las limitaciones legales adicionales y no contradictorias de su ámbito autónomo, de modo que su posición los ubica bajo la ley.

43. GEORG JELLINEK. *Teoría general del Estado*, cit., pp. 224 y 225. Los hechos tienen fuerza normativa, pues lo real tiende a convertirse en obligatorio; HERMANN HELLER. *Teoría del Estado*, cit., pp. 328 y 329. No hay constitución que detenga una revolución ni una restauración. KONRAD HESSE. “Límites de la mutación constitucional”, cit., pp. 95 y 111. Señala cómo existen fuerzas cuyo sometimiento al derecho es un esfuerzo inútil y cómo las mutaciones constitucionales tienen límites que de no respetarse conduce a la quiebra o anulación de la constitución. ERNEST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE. “Notas sobre el concepto de ‘cambio constitucional’”. En: *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, cit., p. 193. La competencia para interpretar la Constitución se tiende a convertir en competencia para transformar la Constitución.

44. Artículo 152 de la Constitución: «Mediante leyes estatutarias, el Congreso de la república regulará las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección».

45. H. L. A. HART. El concepto de derecho [Título original *The concept of law* (1961)]. Traducción GENARO R. CARRIÓ. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, pp. 182 a 189. El autor señala como error del formalismo creer que un tribunal tiene siempre potestad creadora al modo de una potestad legislativa delegada y establece la regla según la cual el juez no debe ejercer potestades creadoras al determinar los criterios de validez de las normas que le confieren jurisdicción.

46. GUSTAVO ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 4.<sup>a</sup> ed. [Título original *Il diritto mitte. Legge diritti giustizia* (1995)]. Traducción MARINA GASCÓN. Madrid: Trotta, 2002, p. 148. El autor señala la necesidad de no coartar la creación jurisdiccional de reglas jurídicas por parte del juez constitucional porque se puede ocasionar un vaciamiento de derechos reconocidos en la Constitución. JAVIER JIMÉNEZ CAMPO. *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*. Madrid: Trotta, 1999, pp. 69 a 42. Señala el autor cómo la protección *extra legem* impide que una omisión convierta un derecho en una prohibición.

47. HUMBERTO SIERRA PORTO. *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*, cit., pp. 160 y ss. Manifiesta el autor que es errado concebir el principio de legalidad como principio de juridicidad, porque este último principio está contenido en la fórmula Estado social de derecho, porque tal entendimiento no aporta nada nuevo y no tiene ninguna utilidad. Afirma que entender así la legalidad iguala la potestad reglamentaria a la potestad legislativa en las materias no reguladas legalmente y en materias no reservadas a la norma con rango de ley. También dice que tal entendimiento conduce al ejecutivo, bajo el pretexto de aplicar directamente la Constitución, a fundamentar su actuación en sus propios valores, principios y fines, desconociendo la distinción jerárquica de las fuentes con base en su legitimación de origen. Fundamenta su posición en el artículo 121 constitucional según el cual «ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas a las que le atribuyen la Constitución y la ley».

48. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, t. II, 1996, p. 379. Dice el autor que la legalidad implica una aproximación al concepto sustancial de derecho o sujeción a la to-

talidad de las normas, principios y valores que inspiran el sistema jurídico.

49. FAIBER EUCARIO FALLA CASANOVA. “Ley orgánica de ordenamiento territorial y autonomía de las entidades territoriales”. *Revista Derecho del Estado*, n.º 8 (junio 2000), p. 191.

50. JAVIER JIMÉNEZ CAMPO. “¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, n.º 27 (septiembre-diciembre 1989), pp. 75 a 85; Voz: “Legislación básica”. En: *Temas básicos de derecho constitucional*, cit., t. II, p. 298.

