

**EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LOS ACUERDOS SIMPLIFICADOS
COMO HERRAMIENTA DE ELUSIÓN CONSTITUCIONAL**

BERNARDO VANEGAS MESA

Proyecto de grado

UNIVERSIDAD DE CALDAS

FACULTAD DE DERECHO

MANIZALES

2021

Tabla de contenido

<i>RESUMEN</i>	4
<i>ABSTRACT</i>	4
<i>PALABRAS CLAVE</i>	4
<i>KEYWORDS</i>	4
<i>PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA</i>	5
<i>JUSTIFICACIÓN</i>	6
<i>OBJETIVOS</i>	7
<i>OBJETIVO GENERAL</i>	7
<i>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</i>	7
<i>MARCOS DE REFERENCIA</i>	7
<i>MARCO TEÓRICO</i>	7
<i>MARCO HISTÓRICO</i>	9
<i>ANTECEDENTES DE CONTEXTO O DIAGNOSTICO</i>	10
<i>ESTADO DEL ARTE</i>	10
<i>MARCO CONCEPTUAL</i>	11
<i>MARCO JURÍDICO</i>	11
<i>DISEÑO METODOLÓGICO</i>	15
<i>TIPO DE ESTUDIO</i>	15
<i>METODO DE INVESTIGACIÓN</i>	15
<i>INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN</i>	15
<i>PERSONAL INVESTIGATIVO</i>	16
<i>RECURSOS DISPONIBLES</i>	16
<i>CRONOGRAMA</i>	16
<i>Capítulo 1</i>	17
<i>Modelo e importancia del control constitucional en Colombia.</i>	17
<i>Capítulo 2</i>	24
<i>Concepto, modelos y alcances de la elusión constitucional.</i>	24
<i>Capítulo 3</i>	28

Los acuerdos simplificados como método para eludir el control constitucional por parte del ejecutivo28

Conclusiones.32

BIBLIOGRAFÍA.....33

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LOS ACUERDOS SIMPLIFICADOS COMO HERRAMIENTA DE ELUSIÓN CONSTITUCIONAL

RESUMEN

El control de constitucionalidad ha sido una herramienta de suma importancia durante los últimos 2 o 3 siglos con miras a controlar las actuaciones tanto del poder legislativo como del poder ejecutivo. Colombia se ha encontrado siempre a la vanguardia en dicha materia y ha establecido importantes avances en el mundo jurídico.

A pesar de la historia y la importancia jurídica que reviste el control constitucional, durante los últimos 20 años ha hecho carrera la figura de la elusión constitucional mediante la cual se pretende omitir a la Corte Constitucional y las competencias que le han sido otorgadas en el Artículo 241 de la Carta.

ABSTRACT

The control of constitutionality has been an extremely important tool for the past two or three centuries with a view to controlling the actions of both the legislature and the executive. Colombia had always been at the forefront in that area and had made significant progress in the legal world. Despite the history and legal significance of constitutional control, During the last 20 years the figure of constitutional circumvention has made a career in which it is intended to omit the Constitutional Court and the competences that have been granted to it in Article 241 of the Charter.

PALABRAS CLAVE

Elusión constitucional, control constitucional, constitución política, teoría constitucional, derecho constitucional.

KEYWORDS

Constitutional circumvention, constitutional control, political constitution, constitutional theory, constitutional law.

INTRODUCCIÓN

El control de constitucionalidad ha sido una herramienta importante en la defensa y la salvaguarda de la Constitución, desde el siglo XVII han sido muchos los avances que en el mundo se han generado y Colombia se ha puesto a la vanguardia desde los albores de sus constituciones, consagrándose como aventajada con el Acto Legislativo 03 de 1910.

Con la Constitución Política de 1991 se siguieron los postulados kelsenianos en cuanto a la creación de un órgano especializado y nació a la vida jurídica la Corte Constitucional, encargándose de darle plena vigencia a los establecido en aquella; por contera, ha sentado una jurisprudencia entorno a la importancia del control constitucional.

A pesar de la importancia del control a lo largo de la historia, durante los gobiernos de los últimos 20 años ha hecho carrera la figura de la elusión constitucional con miras a omitir el pronunciamiento de la Corte Constitucional y de cualquier autoridad de índole jurisdiccional en general.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El control constitucional se ha convertido en una herramienta de gran importancia para la mayoría de ordenamientos jurídicos en el mundo puesto que a través de el se salvaguarda la integridad de la Constitución y los postulados que el pueblo como poder constituyente quiso establecer en la misma.

Muchos han sido los casos que han permitido el desarrollo del control constitucional tal y como lo percibimos hoy, a manera de ejemplo se tiene el caso Marbury Vs. Madison como uno de los puntos de partida de este, sin embargo, autores como Jorge Ernesto Roa o Eudoro Echeverry, defienden postulados que enmarcan a Colombia como una de las cunas del control de constitucionalidad, incluso antes del ya mencionado caso.

Hoy, a nivel mundial, dichas distinciones en torno al origen del control de constitucionalidad parecen perder importancia ya que los sistemas jurídicos, particularmente el colombiano, han sufrido mutaciones que le permiten tener características del modelo originario de Estados Unidos y del modelo que durante el siglo XX planteó Hans Kelsen con la creación de un órgano especializado. Así, la teoría constitucional habla hoy de modelos débiles y modelos fuertes de control de constitucionalidad.

La importancia pues del control de constitucionalidad, sin perder de vista sus orígenes, radica en la necesaria defensa de la Constitución como base fundamental de todo Estado social y democrático de derecho, sin embargo, en Colombia, junto a los debates que existen entorno al control de constitucionalidad, se ha dado cabida a una figura conocida como la elusión constitucional a través de la cual el ejecutivo, en cabeza del Presidente de la República, omite el control que está en cabeza de la Corte Constitucional mediante múltiples herramientas como lo son los acuerdos simplificados.

De todo lo anterior, bebiendo de la historia y la importancia del control constitucional y de las herramientas de elusión constitucional, se plantea la siguiente pregunta de investigación:

¿Cuál es la importancia del control de constitucionalidad y como han sido utilizados los acuerdos simplificados como mecanismo de elusión constitucional por parte del ejecutivo en Colombia durante los periodos presidenciales que han sido reelegidos 2002- 2010 (Álvaro Uribe Vélez) / 2010- 2018 (Juan Manuel Santos) para omitir el control previo de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales suscritos?

JUSTIFICACIÓN

El control constitucional colombiano hoy en día se encuentra influenciado por los sistemas jurídicos continental europeo y anglosajón, por ende, la discusión sobre sus orígenes no se encuentra saldada y por el contrario, ha dado cabida a nuevas formas de interpretación del mismo, entrando en debates incluso de derecho comparado.

A nivel mundial, el constitucionalismo débil y el constitucionalismo fuerte se ha erigido como teoría para explicar las mixturas que se han dado en múltiples ordenamientos jurídicos y con la intención de unificar las tesis sobre el control de constitucionalidad. Unido a este problema que no ha sido del todo pacífico, existen muchos países donde el control constitucional ha intentado ser omitido por parte del ejecutivo.

Tal es el caso de Colombia, donde a través de múltiples herramientas como los acuerdos simplificados, el ejecutivo a pretendido omitir a la Corte Constitucional y el control que tiene esta sobre los actos de aquel. Por ende, es necesario establecer la importancia del control de constitucionalidad y así mismo, enlazarla con las herramientas que usa el ejecutivo para evadirla.

Es decir, se torna necesario demostrar la importancia y actualidad del control constitucional en Colombia para después pasar a establecer cómo, mediante herramientas variadas, el ejecutivo ha pretendido desconocer los avances y la necesidad del ya mencionado control.

Así, se dará igualmente un panorama de la elusión constitucional y las múltiples formas en que se ha venido presentando en el ordenamiento jurídico colombiano, poniendo principal énfasis en los acuerdos simplificados.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Describir la importancia del control de constitucionalidad y el uso de los acuerdos simplificados, como mecanismo de elusión constitucional por parte del ejecutivo en Colombia a partir de los tratados y convenios internacionales suscritos por el gobierno colombiano durante los periodos presidenciales que han sido reelegidos 2002- 2010 (Álvaro Uribe Vélez) / 2010- 2018 (Juan Manuel Santos) en lo que respecta al control previo de constitucionalidad.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Describir el modelo y la importancia del control constitucional en Colombia.
2. Establecer el concepto, modelos y alcance de la elusión constitucional.
3. Explicar la figura de los acuerdos simplificados como método para eludir el control constitucional por parte del ejecutivo.

MARCOS DE REFERENCIA

MARCO TEÓRICO

El profesor Fernando Quinche Ramírez en su obra “La elusión constitucional. Una política de evasión del control constitucional en Colombia”, (2009), haciendo un seguimiento a la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional con respecto al control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales, manifiesta como a partir de 1995 mediante un salvamento de voto se sientan los argumentos que permiten el control constitucional de los

acuerdos simplificados y así mismo, como en 1998 utilizando dichos argumentos, el Tribunal Constitucional decide apartarse del precedente y decide que sobre dichos acuerdos si debe existir control de su parte. El autor hace un seguimiento hasta la jurisprudencia del año 2005 dejando entrever que la Corte deja sin respuesta varias cuestiones como “¿Cómo controlar que se haga efectivamente el envío del acuerdo simplificado o del acuerdo complementario, a efectos de verificar si se contienen o no allí obligaciones distintas a las del Tratado solemne?, ¿cómo controlar la discrecionalidad presidencial sobre el tema?, ¿qué hacer en aquellos casos en los que realmente se suscribe un convenio nuevo, bajo el ropaje o apariencia de un acuerdo simplificado?”

Por otro lado, Vicente Sola nos habla “La práctica bastante generalizada de asumir obligaciones por medio de acuerdos ejecutivos, con la variante latinoamericana de las notas revérsales, ofrece el reparo de impedir un control democrático inmediato y sobre el mismo acto. Deja al arbitrio del poder administrador la consumación de un acto para el que la Constitución ha fijado una gestión o competencia compartida entre los poderes políticos del Estado. Para escapar a tales recaudos sólo se han invocado razones prácticas, que hacen rapidez que reclaman ciertas negociaciones propias del ritmo acelerado de las cuestiones exteriores contemporáneas” (Sola, 2010, P. 395), de esta manera, se evidencia como el ejecutivo a partir de acuerdos arbitrarios, busca omitir el control de constitucionalidad propio de los tratados internacionales camuflándolos de cierta manera bajo el manto de una figura que carece en sí misma de control jurisdiccional.

Igualmente, Jorge Ernesto Roa en su libro “Control de constitucionalidad deliberativo” establece la importancia del control constitucional y su contexto actual de gran parte de los ordenamientos jurídicos del mundo, permite dilucidar la necesaria existencia de un control por parte de un órgano especializado encargado de salvaguardar la Carta Política. Demuestra igualmente la actualidad del control constitucional en el mundo y las particularidades del control constitucional en Colombia.

Finalmente, Eudoro Echeverri Quintana en su obra “Causales de control de constitucionalidad” establece la historia del mismo control y el trasegar del control de constitucionalidad de tratados internacionales, los debates que han surgido entorno al mismo y las

discusiones constitucionales que se dieron incluso después de la expedición de la Constitución de 1991.

MARCO HISTÓRICO

A partir del caso Marbury Vs. Madison en 1803 y con el surgimiento de múltiples constituciones en lo que componía el territorio de la Nueva Granada, hizo carrera el control de constitucionalidad de los actos tanto del legislativo como del ejecutivo, aclarando que en un principio no se contaba con la existencia del mismo mediante un órgano especializado y menos aún perteneciente a la rama jurisdiccional.

Así pues, durante los últimos dos siglos, el control constitucional ha tenido múltiples avances y han surgido diferentes manifestaciones entorno al mismo, por ejemplo, Hans Kelsen fue quien ideó por primera vez la existencia de una Corte Constitucional en 1920 con la constitución austriaca del mismo año. Dicha idea del jurista austriaco generó un debate con el jurista alemán Carl Schmitt que desencadenó en toda una línea doctrinal sobre quien debe ser el defensor de la constitución.

Colombia no ha sido ajena a dichos avances, por el contrario, en sus constituciones y principalmente desde el Acto Legislativo 03 de 1910 ha estado a la vanguardia y ha sentado bases para lo que es el control de constitucional en el mundo, sin embargo, no fue sino hasta 1991 con la expedición de la Carta Política que se creó la Corte Constitucional como encargada de salvaguardarla y controlar determinados actos tanto del legislador como del ejecutivo. A pesar de la marcada tendencia del sistema continental europeo en el ordenamiento jurídico colombiano, el sistema anglosajón ha tenido cabida en ciertos aspectos, lo que conlleva a analizar el control de constitucionalidad desde otras aristas.

A pesar de todos los avances y esfuerzos por la consolidación del control de constitucionalidad, el ejecutivo colombiano principalmente en los períodos de 2002 a 2018 ha buscado la forma de eludir el control mediante múltiples herramientas como lo son los acuerdos simplificados.

ANTECEDENTES DE CONTEXTO O DIAGNOSTICO

Principalmente durante los años 2002 a 2018, el Estado colombiano usó la herramienta de los acuerdos simplificados para de cierta manera darle complementariedad a los tratados internacionales suscritos y ratificados, evadiendo de esta manera el control de constitucionalidad que está encabezado por la Corte Constitucional.

Entre los acuerdos que se tendrán en cuenta se encuentra el “Acuerdo complementario para la cooperación y asistencia técnica en defensa y seguridad entre los gobiernos de la República de Colombia y de los Estados Unidos de América” suscrito en Bogotá el 30 de octubre de 2009.

Igualmente, el 17 de septiembre de 2003, el Gobierno firmó el “Acuerdo Especial de Inmunidad” a través del cual los norteamericanos que transgredan el Estatuto de Roma no serían sometidos a la competencia de la Corte Penal Internacional.

ESTADO DEL ARTE

En materia de control constitucional y su importancia dentro del ordenamiento jurídico colombiano han sido múltiples los pronunciamientos doctrinales entorno al mismo, inclusive, han servido de sustento para que la Corte Constitucional establezca su jurisprudencia para defender su posición como máxima guardiana de la Constitución Política de 1991, junto con sus principios y sus postulados.

Así pues, Jorge Ernesto Roa Roa, en su obra titulada “Control de constitucionalidad deliberativo” hace todo un recuento histórico de como ha llegado ha surgir el mismo en el ordenamiento jurídico colombiano y la actualidad del mismo. Enmarca de forma clara y precisa los motivos para que dentro de un Estado Liberal y Democrático, haya un órgano especializado encargado de ejercer control sobre los actos del legislativo y del ejecutivo.

Por otra parte, Eudoro Echeverri Quintana en su obra “Causales de control de constitucionalidad” toca la figura del control de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico interno y para el caso particular, la figura del control en lo que tiene que ver con los tratados internacionales celebrados por el Estado colombiano, los debates que han surgido entorno al mismo incluso después de la expedición de la Carta de 1991.

De igual manera, Manuel Fernando Quinche Ramírez, en su libro “La elusión constitucional” realiza un estudio detallado de tal figura y establece como a través de figuras como los decretos reglamentarios y los acuerdos simplificados la rama ejecutiva elude el control de constitucionalidad.

MARCO CONCEPTUAL

Elusión constitucional: se entiende por elusión constitucional la herramienta que ha sido usada por el ejecutivo colombiano para omitir el control de constitucionalidad a través de múltiples herramientas como lo pueden ser los decretos reglamentarios y los acuerdos simplificados.

Control de constitucionalidad: el control de constitucionalidad es la herramienta mediante la cual un órgano especializado se encarga de salvaguardar los postulados, principios, valores y derechos enmarcados dentro de la Constitución Política.

Acuerdos simplificados: los acuerdos simplificados son herramientas a través de las cuales el poder ejecutivo se obliga internacionalmente en virtud de un acto distinto al de la ratificación.

Constitución Política: norma fundante de todo Estado Social y Democrático de derecho de cuya existencia se desprende la validez de las demás normas del ordenamiento jurídico interno.

Poder ejecutivo: rama del poder público en cabeza del Presidente de la República encargada de dirigir la acción administrativa.

MARCO JURÍDICO

La Corte Constitucional se ha encargado mediante su jurisprudencia de enmarcar lo que se entiende por acuerdos simplificados y el alcance de estos dentro del ordenamiento jurídico colombiano, así en la Sentencia C-269 de 2014 la Corte estableció

La jurisprudencia de esta Corporación se ha ocupado de examinar si es o no procedente, de conformidad con las competencias asignadas en el artículo 241 de la Carta, adelantar el examen constitucional de instrumentos internacionales que, aunque formalmente no

revisten la forma de los tratados solemnes -a los que alude el numeral 10 de dicha disposición-, si tienen tal naturaleza jurídica, en tanto su contenido implica, o bien (i) la asunción de nuevas obligaciones para el Estado colombiano o bien (ii) el desbordamiento de las facultades atribuidas a la órbita exclusiva del Presidente de la República. Dentro de los instrumentos internacionales que carecen formalmente de las condiciones previstas en el numeral 10 del artículo 241, pero que en eventos específicos, materialmente pueden tener la naturaleza jurídica de tratados solemnes se encuentran, por ejemplo: (i) determinadas “actas” y (ii) “acuerdos de procedimiento simplificado”. 1. Las “actas”, en estricto sentido, son una subcategoría de los documentos comúnmente denominados “memorandos de intención o de entendimiento”. Se caracterizan porque su contenido se limita a consagrar exhortaciones y declaraciones de orden programático y político de sus signatarios, y no contienen términos imperativos o jurídicamente exigibles. Surten efectos con su suscripción. En relación con los efectos legales de los memorandos de entendimiento, el doctrinante Anthony Aust, en su obra titulada “Modern Treaty Law and Practice”, afirma que los mismos sólo pueden surtir efectos en el ámbito de la política o la moral: “Si un Estado no honra sus compromisos, consignados en un memorando de entendimiento la sanción es política, por lo que otro Estado no puede llevar el asunto a una corte o tribunal internacional ni imponer contramedidas sobre las que podría estar facultado en el evento de un incumplimiento o violación de un tratado”. En consecuencia, por no ser instrumentos internacionales gobernados por el derecho internacional público ni consagrar obligaciones para los signatarios, no son objeto de control constitucional. No obstante lo anterior y como se señalará más adelante, algunas “actas”, suscritas por entidades del Estado colombiano y conocidas por esta Corporación con ocasión de demandas de constitucionalidad, habrían llegado a consagrar obligaciones a cargo del Estado colombiano, sólo susceptibles de preverse en un tratado solemne. 2. En relación con los acuerdos de procedimiento simplificado, es preciso señalar que los instrumentos internacionales a los que se atribuye tal condición, se caracterizan porque la adopción, autenticación del texto y manifestación del consentimiento en obligarse, se consuman con la suscripción del instrumento internacional, en un solo acto, sin necesidad de surtir los requisitos constitucionales previstos para los tratados solemnes. Esta definición comprende aquellos acuerdos derivados de tratados solemnes, perfeccionados según el

procedimiento constitucional referido y los acuerdos que versan sobre materias de órbita exclusiva del Presidente de la República -como director de las relaciones internacionales-. La celebración de acuerdos de procedimiento simplificado derivados o complementarios tiene como propósito ejecutar o desarrollar de forma concreta las cláusulas sustantivas consignadas en el tratado del cual se deriva, sin exceder o desbordar lo allí estipulado, es decir, que no dan origen a obligaciones nuevas ni puede exceder las ya contraídas. Es de señalar que el tratado solemne del que se derivan los acuerdos de procedimiento simplificado complementarios debe haber surtido todos los trámites constitucionales.

Igualmente, han sido variados los pronunciamientos del Consejo de Estado en materia de acuerdos simplificados debido a acciones constitucionales que son interpuestas por ciudadanos contra actos del ejecutivo con miras a evitar la configuración de la elusión constitucional. En Sentencia del 12 de octubre de 2011, con Radicado interno 2063 esta Alta Corte estableció lo siguiente

La Corte Constitucional al asumir el conocimiento del “Acuerdo complementario para la cooperación y la asistencia técnica en defensa y seguridad entre los gobiernos de la República de Colombia y los Estados Unidos de América” suscrito en Bogotá el 30 de octubre de 2009, emitió el Auto – 288 de agosto 17 de 2010.

En esa providencia se hace un recuento de la jurisprudencia de la Corte sobre la materia, reiterándose que los acuerdos simplificados se justifican en la necesidad de “dinamizar las relaciones internacionales, especialmente en asuntos de cooperación técnica o económica”, sujetos a las siguientes limitaciones: a) A través de ellos el Presidente de la República no puede adquirir obligaciones internacionales que excedan, amplíen, rebasen o superen las que han sido previamente asumidas mediante un tratado celebrado con las formalidades que exigen esos instrumentos; b) Los acuerdos simplificados no pueden generar nuevas obligaciones sino limitarse a desarrollar las adquiridas previamente a través de un tratado solemne, caso en el cual no requieren aprobación parlamentaria ni control previo de constitucionalidad, y c) Como son un instrumento de ejecución de un tratado previamente celebrado y sometido a todas las formalidades, los acuerdos simplificados no pueden implicar la modificación o adición del tratado que les sirve de fundamento. La Corte Constitucional insiste en la posición sostenida en la sentencia C –

379 de 2009 en donde afirmó que si los acuerdos simplificados (también conocidos como convenios complementarios), exceden los fines del tratado inicial, o lo modifican, o crean compromisos nuevos, distintos o adicionales, deberán someterse a los procedimientos constitucionales de aprobación del Congreso y revisión de constitucionalidad por la Corte Constitucional, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 150 numeral 16 y 241 de la Constitución Política.

Existen muchos otros pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado en los que se les da alcance y contenido a los acuerdos simplificados celebrados por el ejecutivo como jefe de Estado.

Por otro lado, es necesario entrever la importancia y el diseño del control de constitucionalidad el cual desprende su validez del Artículo 4 de la Constitución Política que reza

ARTICULO 4o. 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.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

Así mismo, el Artículo 241 superior establece que es en cabeza de la Corte Constitucional donde se encuentra la salvaguarda de la Constitución, así pues, dicha norma jurídica establece lo siguiente

ARTICULO 241. A la Corte Constitucional se 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:

[...]

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.

De lo anteriormente dicho, puede dilucidarse un previo marco jurídico que establecerá la importancia del control constitucional y el contenido de los acuerdos simplificados para así determinar la manera en que estos escapan al control jurisdiccional.

DISEÑO METODOLÓGICO

TIPO DE ESTUDIO

El tipo de investigación que se utilizará en el presente proyecto, será de tipo exploratorio, toda vez que, si bien se ha estudiado con antelación al mismo el fenómeno de la elusión y la importancia del control constitucional, nunca se ha llegado establecer de forma clara, concreta y concisa la conexión entre ambos fenómenos.

Se tiene entonces que, aunque existen diversos pronunciamientos de tratadistas, inclusive de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, aún en la práctica es muy ambigua la conexión que existe entre el control constitucional, su importancia y la figura de la elusión.

METODO DE INVESTIGACIÓN

Los métodos que se usarán, serán de tipo deductivo analítico, toda vez que se partirá de una deducción sobre la realidad de la jurisprudencia y de la doctrina demostrando de forma detallada las afirmaciones entre la conexión de los dos fenómenos; de igual manera se realizará una descomposición del objeto de estudio, es decir, se partirá de la historia del control constitucional, se analizará la figura de la elusión constitucional y finalmente se establecerá la relación entre ambos fenómenos.

INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

Se usarán fuentes secundarias toda vez que se acudirá a libros, tesis y monografías planteadas anteriormente por diversos autores y/o tratadistas del derecho administrativo y constitucional.

De igual manera, se usarán determinadas fuentes terciarias toda vez que se acudirán a sentencias de la Corte Constitucional y se analizarán los pronunciamientos de diversos tratadistas mencionados en las mismas.

PERSONAL INVESTIGATIVO

El personal investigativo se encuentra conformado por estudiantes de la facultad de derecho próximos a obtener su título de abogados.

Dicho personal está compuesto por: Bernardo Vanegas identificado con C.C.

RECURSOS DISPONIBLES

Para la presente investigación no se requiere el uso de recursos de ningún tipo.

CRONOGRAMA

Meses	1	2	3
Actividades			
Desarrollo objetivo específico 1	X		
Presentación de informe	X		
Desarrollo objetivo específico 2	X		
Presentación de informe	X		
Desarrollo objetivo específico 3	X		
Presentación de informe		X	
Presentación de conclusiones y sustentación		X	

Capítulo 1

Modelo e importancia del control constitucional en Colombia.

A lo largo de los años, el control constitucional ha sufrido múltiples evoluciones y han surgido gran cantidad de debates en torno a quien debe ser el encargado de realizarlo y a través de qué mecanismos ha de hacerlo.

Uno de los primeros eslabones en la historia del control constitucional se encuentra en el caso *Marbury vs Madison* de 1803, donde la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en cabeza del juez Marshall establece la inaplicación de una ley por ser esta contraria a la Constitución Política. Dicho caso se presenta bajo el denominado episodio de “los jueces de media noche” donde el presidente Adams nombra 42 jueces de paz -entre los que se encontraba el señor Marbury- la última noche de su administración. Una vez asume Thomas Jefferson como sucesor del presidente Adams, su secretario de Estado, el señor Madison, se niega a hacerle entrega del nombramiento a Marbury.

Para que un nombramiento se entendiese completo, debía contar con la firma del presidente de los Estados Unidos y el sellamiento y ratificación del Secretario de Estado, tal como pasó en el caso particular. A pesar de ello, existe la negativa del señor Madison a hacer entrega del nombramiento a Marbury, razón por la cual este último decide acudir ante la Corte Suprema de Justicia mediante el mecanismo conocido como *mandamus* o mandamiento.

La Corte Suprema de Justicia, como se dijo ya, en cabeza del juez Marshall, divide el problema en 3 puntos claves que resuelve de la siguiente manera:

1. ¿Tiene el señor Marbury derecho a que se le entregue su nombramiento? La respuesta es sí, toda vez que el mismo, tal como lo dictaba la ley, se encontraba firmado por el presidente de los Estados Unidos y ratificado por el Secretario de Estado.
2. ¿Existe algún remedio para subsanar dicha violación? La respuesta es sí, a través del mandamiento o *mandamus* se podía eventualmente ordenar la entrega del nombramiento a favor del señor Marbury.

3. ¿Es la Corte Suprema de Justicia la competente para ordenar la entrega? La respuesta es no, ya que el Código Judicial vulneraba la Constitución al permitir que se acudiera en primera instancia a la Corte Suprema de Justicia, toda vez que aquella lo prohibía expresamente.

Así, la Corte Suprema de Justicia decide inaplicar una disposición legal en aras de darle aplicación directa a las disposiciones constitucionales (Marbury vs Madison, 1803).

Años después, en 1857, se presentaría otro de los casos donde se consolida el control constitucional, esto es, el caso Dred Scott Vs Sanford, el peor caso del constitucionalismo norteamericano (Carbonell, 2007). Presidida la Corte Suprema de Justicia por el juez Roger Taney, se pone a consideración una solicitud de libertad por parte del señor Dred Scott quien era esclavo. Dicha solicitud se hacía bajo la vigencia de la ley titulada “*once free always free*” cuyo objetivo era quitarle la calidad de esclavo a todo aquel que siéndolo, pisara territorio de los Estados Unidos donde la esclavitud se encontrara abolida.

El señor Dred Scott estuvo en el norte de los Estados Unidos (territorio donde estaba abolida la esclavitud) y al volver al su lugar de residencia en el sur (territorio esclavista) acude a los jueces a reclamar su libertad. La decisión de la Corte Suprema de Justicia es negarle la libertad al demandante toda vez que este no tenía la calidad de persona, es decir, carecía de legitimación por activa y a su vez, la ley “*once free always free*” violaba el derecho constitucional a la propiedad privada, por tanto, debía ser expulsada del ordenamiento jurídico.

A pesar de lo controversial de este último caso, en consonancia con lo que venía pasando en otros lugares del mundo como en Colombia, ya se encontraban avances en materia de control constitucional, estableciendo que si una ley era contraria a la Constitución, la misma debía ser expulsada del ordenamiento jurídico.

Durante el siglo XX se presenta uno de los debate más importantes en torno a quien debería ser el guardián de los postulados de la Carta, es decir, en torno a quien debería ser el defensor de la Constitución. Dicho debate se da entre dos de los juristas más importantes del Siglo XX, esto es, el señor Carl Schmitt y el señor Hans Kelsen.

Schmitt establecía que el presidente de la República o del Reich, al ser quien encarna la unidad nacional y vela por los intereses de los ciudadanos, debía ser el encargado de defender la Constitución, es decir, de realizar el control de constitucionalidad (Schmitt, 1931).

Por su parte, Hans Kelsen establecía que el control constitucional no podía ser ejercido por ninguna de las tres ramas clásicas del poder público ya que todas velaban por sus intereses, tenían iniciativa legislativa y por tal motivo, esto las haría juez y parte de sus propias causas. Así, Kelsen habló de la necesidad de un órgano especializado encargado de ejercer el control constitucional (Kelsen, 1931).

La tesis que termina imponiéndose a nivel mundial es la defendida por Hans Kelsen, en principio, durante tres diferentes momentos y con distintas variaciones. Posterior al final de la Segunda Guerra Mundial, en Italia y Alemania se crean los respectivos tribunales constitucionales. Seguidamente, en 1973 en Portugal y en 1978 en España cuando caen sus dictaduras, se terminan creando sus respectivas cortes constitucionales. Y finalmente, una vez cae la Unión Soviética, los países que fueron desanexados de la misma, crearon sus respectivas cortes o tribunales constitucionales.

Encontramos pues que existen en el mundo dos grandes modelos de control constitucional, ya descritos y explicados. El modelo estadounidense donde todos los jueces están facultados para realizar el control constitucional y el modelo kelseniano donde dicha tarea se encuentra concentrada en un solo órgano. Hoy en día, hay dos grandes conclusiones que pueden evidenciarse: la primera es que el modelo kelseniano es el que más tiene aplicación en el mundo, de un total de 138 ordenamiento jurídicos que múltiples juristas han analizado, el 62% utiliza el modelo concentrado o establecido por Kelsen (Roa, 2019); la segunda, es que a pesar de lo ya dicho, se torna imposible hoy hablar de una aplicación total sin matices de uno de los dos modelos de control constitucional, esto debido a que en el sistema norteamericano el precedente ha hecho que el control comience a concentrarse y en el sistema concentrado o kelseniano, se ha comenzado a facultar a todos los jueces para realizar el control constitucional a través de figuras como la excepción de inconstitucionalidad (Roa, 2019).

En Colombia, incluso antes de que se presentara la tesis dada por Hans Kelsen, comenzamos a adoptar un sistema concentrado de control constitucional en cabeza inicialmente de la Corte Suprema de Justicia. Dicha labor le fue encomendada cuando en 1910 cae la

dictadura del General Reyes y se expide el Acto Legislativo 03 del mismo año. Posteriormente en 1968 se crea la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, encargada de ejercer el control de constitucionalidad (Muñoz, 2016).

En 1991 con la expedición de la Carta Política se crea en Colombia la Corte Constitucional, cuya labor es la guarda y defensa de la misma por su expreso mandato. Sin embargo, se admite, en virtud del Artículo 237 de la Constitución que el Consejo de Estado realice el control de constitucionalidad de ciertos actos que no son competencia de la Corte Constitucional, lo que se conoce como control residual. Y en todo caso, todos los jueces en estricta aplicación del Artículo 4 constitucional tienen la potestad de inaplicar en casos concretos a través de la excepción de inconstitucionalidad, normas que consideren contrarias a la carta o que vulneren o amenacen vulnerar derechos fundamentales.

Actualmente, debido a los ya mencionados cambios que han tenido tanto el sistema norteamericano como el sistema kelseniano de control de constitucionalidad, muchos juristas han optado por establecer que en el mundo existen modelos débiles y modelos fuertes de control constitucional.

Dentro de los sistemas débiles de control constitucional se encuentran aquellos diseños donde el sistema de control constitucional limita la posibilidad de convertir las decisiones judiciales sobre incompatibilidad de las leyes en la última palabra dentro de la democracia; por otro lado los modelos fuertes son aquellos en los cuales la decisión sobre la invalidez o inaplicación de una ley es adoptada por un juez de forma definitiva y con el potencial de eliminar un acto del ordenamiento jurídico (Roa, 2019).

En otras palabras, dentro de los sistemas débiles de control constitucional, el ejecutivo o el legislativo tienen la facultad de decidir si acogen o no una declaración de inconstitucionalidad emanada por un juez, a *contrario sensu* en los modelos fuertes de control constitucional, el juez tiene la última palabra al expulsar una ley o una norma del ordenamiento jurídico y por tanto, el legislativo y el ejecutivo deberán acoger esa decisión.

Entre los múltiples ejemplos de constitucionalismo débil podemos encontrar a Nueva Zelanda, Reino Unido, Mongolia y Canadá. A manera de ejemplo, se referirá la forma en que funciona el control constitucional en uno de estos sistemas de constitucionalismo débil.

En el Reino Unido, en el año de 1998 se expidió la Human Rights Act, la cual tiene vigencia desde el año 2000 y tuvo como función introducir el Convenio de Roma al ordenamiento jurídico interno. En un primer momento, la HRA establece la obligación de los jueces de interpretar todas las normas hasta donde sea posible de conformidad con los derechos que la misma incorpora, dicha interpretación debe incluso ser coherente con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Si la norma no puede ser interpretada en consonancia con la HRA los jueces tienen la posibilidad de emitir una declaración de incompatibilidad, sin embargo, lo que sí tienen es la obligación de aplicar la norma a pesar de su incompatibilidad. Ante la declaración de incompatibilidad, el Gobierno tiene la potestad de activar el fast track y sugerir una modificación de la ley ante el parlamento. Dichas tareas en cabeza del Gobierno y del Parlamento son totalmente potestativas, es decir, pueden o no adelantarlas (Roa, 2019).

Nueva Zelanda es otro de los ordenamientos que se encuentra enmarcado dentro de los considerados como débiles en materia de control constitucional. Este sistema se estableció a partir de la New Zealand Bill Of Rights Act de 1990 (NZBORA). La NZBORA no tiene rango o carácter constitucional en sentido netamente estricto, ello toda vez que tiene la misma jerarquía que una ley ordinaria y sus procedimientos de modificación son exactamente iguales. Sin embargo, a los jueces se les ordena que tengan en consideración la NZBORA como modificatoria de todas las normas que le fuesen contrarias así sean preexistentes y por otro lado, también le es vedado al parlamento aprobar normas que contraríen sus postulados. De lo anterior, los jueces adquieren la obligación de realizar la “interpretación conforme”, lo que itera que si una norma tiene varias interpretaciones y una de estas es contraria a la NZBORA, debe ser desechada. La “interpretación conforme” puede ser invalidada por el legislador y a los jueces les queda prohibido buscar y aplicar otra interpretación una vez el parlamento se ha pronunciado. Puede darse el caso que los jueces no encuentren una interpretación conforme, siendo así, habrán de aplicar la norma contraria y solo dejar la constancia histórica que la norma es contraria a la NZBORA (Roa, Control de constitucionalidad deliberativo, 2019).

Por otro lado, también es necesario recordar que a diferencia de lo que ocurre en el Reino Unido, en el caso de Nueva Zelanda, los perjudicado con la aplicación de una norma contraria a la NZBORA no tienen la posibilidad de acudir a ningún tribunal u órgano de índole

internacional. La última palabra en materia de interpretación de la ley y del NZBORA corresponde al parlamento (Roa, Control de constitucionalidad deliberativo, 2019).

Por otro lado, Colombia puede ser enmarcado dentro de los sistemas fuertes de control constitucional ya que la última palabra en materia de control constitucional la tiene la Corte Constitucional, sin embargo, se presentan algunas situaciones que pueden considerarse como “incursiones” del constitucionalismo débil dentro del ordenamiento jurídico. Tal es el caso del incidente de impacto fiscal, donde el ejecutivo pretende imponer su voluntad sobre la decisión que ha tomado la Corte Constitucional en materia de protección de derechos. A pesar de ello, por ser la Corte Constitucional quien tiene principalmente la última palabra en materia de control constitucional, se establece que el sistema colombiano es un sistema fuerte (Roa, 2019).

Lo anterior ha sido ampliamente discutido y se ha dicho

Con base en estas críticas, el constitucionalismo débil responde a la segunda pregunta mediante el planteamiento de la necesidad de que los jueces tengan en cuenta los efectos económicos de sus decisiones. También, propone un conjunto de mecanismos externos que permiten al legislador o al ejecutivo contestar las sentencias que excedan las competencias judiciales o afecten gravemente la economía del Estado. Se trata de una reacción democrática en el primer caso y tecnocrática en el segundo. (Roa, El incidente de impacto fiscal y la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales, 2015).

Sin necesidad de entrar en la discusión de la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales, si es necesario establecer que existen múltiples debates en torno al tema. No obstante, lo que se pretende aclarar en el caso particular es la pertenencia del modelo colombiano a los sistemas fuertes de control constitucional.

En Colombia, se han aprobado múltiples elementos que permiten inferir la existencia de un sistema fuerte de control de constitucionalidad, donde la última palabra en materia de interpretación está en cabeza de la Corte Constitucional por mandato del Artículo 241 superior. En primer lugar, están expresamente prohibidas las respuestas legislativas ordinarias, esto quiere decir que a las luces del Artículo 243 constitucional, ningún poder público tiene la potestad de reproducir un contenido normativo declarado inexecutable por parte de la Corte (Roa, Control de constitucionalidad deliberativo, 2019).

En segundo lugar, existe en Colombia el control constitucional de las reformas constitucionales por existencia de vicios de procedimiento en su formación. Esto se explica porque al legislador le es dado, a las luces de los Artículos 375 y siguientes de la Carta, emitir actos que la modifiquen. En tal sentido, si bajo una disposición constitucional una ley ha sido declarada inexecutable, el legislador puede a través de un Acto Legislativo modificar dicha disposición, es decir, modificar la Carta Política. Sin embargo, a partir de la Sentencia C-551 de 2003, la Corte Constitucional adoptó el “test de sustitución constitucional” para estudiar de fondo las modificaciones a la Constitución que en principio solo podría analizar por vicios de procedimiento en su formación”.

En tercer lugar, el constitucionalismo colombiano a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha dado a la tarea de desarrollar algunos elementos propios de constitucionalismo fuerte, como lo son las decisiones estructurales, las sentencias integradoras y el estado de cosas inconstitucional. En lo atinente a las sentencias integradoras, se presentan cuando el legislador ha cometido una omisión a la hora de expedir una ley y por tal razón vulnera el derecho a la igualdad; en este caso, el Tribunal Constitucional declara la exequibilidad de la disposición bajo el entendido que se debe interpretar conforme al derecho a la igualdad, este tipo de decisiones pertenece al modelo unilateral de reparación de la discriminación normativa. Las sentencias estructurales implican la intervención del juez en una situación sistemática vulneración de derechos fundamentales; esto debido a un bloqueo institucional, la ausencia de consenso político o el desinterés de legislar sobre la materia. Finalmente, el estado de cosas inconstitucional, requiere una decisión judicial que por lo general se hace mediante una sentencia estructural.

Son así, muchas las discusiones que han surgido en torno al control constitucional y hoy su importancia se hace innegable, los Tribunales Constitucionales como el de Colombia han demostrado la necesidad de su existencia por los múltiples errores en los que puede incurrir no solamente el legislador, sino también el ejecutivo.

En mayor medida, la técnica que ha usado el ejecutivo ha sido buscar mecanismos que eludan o esquiven el control constitucional y en tal sentido, resquebrajar el sistema de pesos y contrapesos que debe existir en todo Estado que se jacte de ser social y democrático de derecho.

Capítulo 2

Concepto, modelos y alcances de la elusión constitucional.

La elusión constitucional ha tenido incursión dentro del ordenamiento jurídico colombiano a través de múltiples mecanismos. Su objetivo primordial es evadir el control normativo que deben realizar los jueces en cabeza de quienes está el control constitucional, como ya fue ampliamente establecido.

En Palabras de Quinche

Consiste esta en la articulación de un ingenioso juego de poder, por el cual se articulan procedimientos o maniobras formalmente validas, encaminadas a adoptar textos normativos (leyes, reglamentos, tratados públicos, decretos) que evaden el ejercicio del control constitucional sobre ellos (Ramírez, 2006)

Así pues, lo que se pretende es desconocer el control constitucional, evadirlo, dejarlo inane, a pesar de los siglos de avances, debates y discusiones que han establecido la importancia de este mecanismo.

La elusión constitucional puede presentarse de muchas formas, una de ellas es la legislativa, donde el Congreso de la República evade debates, votaciones, incluye modificaciones sin haberlas debatido y controlado como es debido. La Corte entonces evidencia practicas irregulares durante el trámite de los proyectos de ley (Ramírez, 2006).

La Corte Constitucional ha estudiado y establecido el tema en sentencia como la C-370 de 2004 donde dijo

La elusión en que incurren las diferentes células legislativas atenta contra la supremacía de la Constitución, norma fundamental del Estado que se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. De ahí que las normas dictadas por el Congreso contrariando lo dispuesto en la Constitución, esto es, eludiendo los deberes que le fueron asignados dentro de los trámites fijados en ella para ese efecto, carecen de validez. Lo contrario sería prohiar la existencia de este tipo de vicios en el trámite legislativo atentatorios de la esencia de la función del Congreso y del principio democrático en menoscabo de la jerarquía de la

Carta Política como norma normarum del sistema normativo colombiano. (Sentencia C-370/2004).

De esta manera, la Corte Constitucional ha establecido que al vulnerar los trámites establecidos para la expedición de una ley, el Congreso de la República incurre necesariamente en una elusión de carácter constitucional. En palabras de Quinche, la elusión legislativa se configura como una forme de elusión toda vez que evade el control constitucional que se tiene que ejercer por medio del debate en el Congreso (Ramírez, 2006).

El profesor Quinche ha establecido una especie de test de elusión constitucional mediante el cual se puede analizar la existencia de esta maniobra, así, ha dicho:

a) *La existencia de un procedimiento o maniobra, formalmente válido, mimético, que simula ser satisfactorio, el cual se surte para adoptar un texto normativo.*

Este es el elemento estratégico de la elusión constitucional. Consiste en establecer un escenario, un tinglado, una escena, que propicia la expedición de un texto normativo en apariencia legítimo, pero que contiene la entronización de un texto eventualmente inconstitucional, que escapa a las formas del control constitucional establecido por el sistema jurídico.

[...]

b) *La adopción de un texto normativo concreto (decreto, ley, acto legislativo y aún tratado público), que es el producto del procedimiento o maniobra adoptada.*

Este es el elemento estrictamente normativo de la elusión constitucional. Consiste, en forma concreta en la adopción de un texto normativo, que escapa a toda norma de control o que intencionalmente se somete a un control de baja intensidad, asignado al Consejo de Estado.

[...]

c) *El no ejercer el control constitucional judicial por parte de la Corte Constitucional, como consecuencia de la maniobra elusiva, que permite la vigencia y exigibilidad del texto normativo expedido sin control o solamente con control de legalidad por parte del Consejo de Estado.*

[...]

d) La obtención de ventajas o posiciones estratégicas para algún órgano estatal, y aun para un tercero, que surgen como consecuencia de la expedición del texto y de la consolidación de la maniobra elusiva.

Así, en cabeza de quien ejerce el control constitucional, se encuentra la tarea de analizar si un acto que es puesto a su consideración, pretende eludir los controles que constitucionalmente le corresponden.

Igualmente, en materia de acuerdos simplificados, cada uno de estos pasos tiene unos requisitos específicos que pasarán a ser analizados en el acápite correspondiente.

Es entonces necesario dilucidar que a pesar de los múltiples intentos de consolidar el control constitucional por parte de un órgano especializado, tanto el ejecutivo como el legislativo han encontrado la manera de esquivarlo. La consagración en la Carta Política de 1991 significó un avance en materia de garantía de derechos fundamentales y de controles, entre los que se encuentran los pesos y los contrapesos.

Ahora bien, son múltiples las consecuencias que se presentan en el ordenamiento jurídico por la implementación de acciones como la elusión constitucional. Uno de los principales es la deconstrucción del control constitucional, es decir, el desconocimiento de los años de avance y consolidación de dicha herramienta. Sin embargo, Quinche ha establecido una serie de disociaciones como consecuencia directa de la elusión constitucional.

En lo que respecta con la primera disociación, esto es, la de intereses en el ámbito de las agendas, se explica por el cruce de intereses entre la agenda gubernamental y la agenda constitucional. Así, lo que pretende la primera es concentrar poderes, limitar derechos fundamentales y restringir los económicos; mientras que la segunda pretende desconcentrar el poder, reconocer más derechos y dar bienestar económico (Ramírez, 2006).

En la segunda disociación encontrada por Quinche, se establece la de intereses en el ámbito de concepciones de lo jurídico, es decir, el Ejecutivo pretende retrotraer el ordenamiento jurídico a épocas antiguas donde no tenía ningún tipo de controles por parte de los otros órganos del poder público (Ramírez, 2006).

La tercera disociación encontrada por el profesor Manuel Fernando, tiene que ver con el choque de intereses en el plano de la acción. Esto es explicado por el, en la medida que los intereses de los gobiernos son altamente estratégicos y buscan blindar sus propios intereses y los intereses de la Constitución son de corrección, lo que se traduce en que sus postulados siempre van a buscar estar en consonancia con el interés general (Ramírez, 2006).

La acción de tutela fue igualmente víctima de la elusión constitucional por la instrumentalización de la potestad reglamentaria. Ello quiere decir que se utilizó de forma inadecuada un decreto reglamentario para reglar temas que deben ser discutidos y regulados por el legislador. Dicha evasión se da porque el control escapa la faceta constitucional y solamente se verifica por el Consejo de Estado lo atinente a su mera legalidad (Ramírez, 2006).

Los actos legislativos también son víctimas de la elusión constitucional, ello toda vez que dentro de los mismos se incluyen disposiciones transitorias que le permiten al presidente de la república emitir decretos sobre materias que tendrían constitucionalmente reserva de ley (Ramírez, 2006).

Los Acuerdos simplificados son otra forma de instrumentalización por parte del ejecutivo para conllevar a la elusión constitucional, sin embargo, dicha herramienta será analizada de forma detallada en el capítulo inmediatamente siguiente.

Se tiene entonces que han sido varios los elementos que se han usado dentro del ordenamiento jurídico colombiano para eludir el control constitucional que debe estar en cabeza de la Corte Constitucional. Los grandes juristas del Siglo XX tales como Hans Kelsen, Carl Schmitt y Robert Alexy, hicieron importantes esfuerzos con el objetivo de consagrar una forma de control constitucional y así evitar la existencia de actos que no tuvieran que pasar por la lupa de la carta magna.

La consagración de esta practica ha desprendido necesariamente en la inutilización de una herramienta que, como se ha explicado, a día de hoy se encuentra en el centro de la discusión, mediante los avances que han brindado los nuevos modelos de constitucionalismo fuerte y de constitucionalismo débil.

El alcance que se le ha dado a esta herramienta, ha permitido que los últimos gobiernos hayan eludido el control constitucional y hayan puesto una simple cuestión de legalidad sobre asuntos de carácter superior.

Capítulo 3

Los acuerdos simplificados como método para eludir el control constitucional por parte del ejecutivo

Los acuerdos simplificados son otro método que se ha usado dentro del ordenamiento jurídico colombiano para evadir el control constitucional que debe estar en cabeza de la Corte Constitucional por expreso mandato del Artículo 241 superior.

Quinche ha explicado su utilización de la siguiente manera:

[...] consiste simplemente en suscribir acuerdos internacionales que contienen obligaciones nuevas, bajo la forma de “acuerdos simplificados”, de tal modo que pueda evitarse el control de la Corte Constitucional sobre aquellos, si se considera que estos últimos no son pasibles de dicho control. Para el efecto, la administración opta por una cualquiera de las siguientes dos vías: a) susceptible de plano de un acuerdo internacional, sin trámite ante el congreso ni control constitucional, afirmando que se trata de un instrumento simplificado, que no contiene ninguna nueva obligación internacional para Colombia; o b) incluye, dentro de un tratado usual, un artículo que prevé la firma de “acuerdos complementarios”, que por ser desarrollo del acuerdo solemne, tampoco tendrían necesidad de trámite ante el Congreso, ni control constitucional. (Ramírez, 2006).

De esta manera, el ejecutivo en función de sus relaciones internacionales, evita el control constitucional de los acuerdos que suscribe como jefe de estado, a las luces de lo ordenado por la misma Carta Política.

Haciendo un recuento histórico, se tiene que en vigencia de la Carta de 1886, cuando el control de constitucionalidad estaba en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, esta consideraba

que todo tratado internacional público era de resorte exclusivo del presidente de la república, dando plena vigencia a una separación de poderes del siglo XIX.

En vigencia de la Carta de 1991, la Corte conservó dicha postura hasta el año de 1998, año en el cual modificó su jurisprudencia y estableció, a las luces del tratado de Viena, que los acuerdos simplificados eran efectivamente tratados de derecho internacional y que en tal sentido debían ser analizados por ella misma (Ramírez, 2006).

En la Sentencia C-400 de 1998, la Corte Constitucional estableció:

Los tratados son actos jurídicos complejos, que se encuentran sometidos a un régimen jurídico complejo, pues están regidos tanto por normas internacionales como por disposiciones constitucionales. Así, el derecho internacional consagra la vida y los efectos internacionales de esos acuerdos, mientras que el derecho constitucional, establece la eficacia interna de los tratados así como las competencias orgánicas y los procedimientos institucionales por medio de los cuales un país adquiere determinados compromisos internacionales. Ahora bien, Viena I regula en lo fundamental el derecho internacional de los tratados y sus principios gozan en Colombia de un reconocimiento constitucional genérico, pero ello no significa que, en el plano interno, el articulado de Viena I pueda prevalecer sobre normas constitucionales específicas, ya que la Carta es norma de normas. Precisamente el control constitucional previo ejercido por esta Corporación busca armonizar con la Constitución el contenido de los tratados que el Estado colombiano pretende ratificar.

De esta manera comenzó a entender que todos los tratados internacionales que pretendieran ser ratificados por el Estado, al hacer parte del ordenamiento jurídico interno, deben pasar un examen de constitucionalidad sin importar su naturaleza.

Años más tarde, se solicitó a la Corte Constitucional realizar un estudio de la Ley 24 de 1959 bajo la cual se suscribieron múltiples acuerdos simplificados, entre ellos el Acuerdo de inmunidad firmado el 17 de septiembre de 2003 con el Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica.

La Corte decidió declararse inhibida por carencia actual de objeto ya que la norma había sido derogada, sin embargo, en palabras de Quinche, esto fue un error debido a que los acuerdos

seguían surtiendo efectos jurídico y requerían un pronunciamiento por parte del máximo intérprete de la Carta.

El Acuerdo de inmunidad suscrito con el Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica tiene cuatro estipulaciones puntuales que son:

Por la primera de ellas se llena de contenido la expresión “persona de los Estados Unidos de América”, permitiendo incluir dentro de dicho rango a cualquier persona natural de los Estados Unidos que esté sujeta “de cualquier manera, a la jurisdicción del Estado que envía (los Estados Unidos de América)”. La segunda estipulación contiene propiamente la cláusula de inmunidad y, de acuerdo con esta, la persona de los Estados Unidos de América no será:

- a) Entregada ni trasladada de ninguna manera a la Corte Penal Internacional para ningún propósito, ni*
- b) Entregada ni trasladada de ninguna manera a ninguna entidad o tercer país, ni expulsada de un tercer país, con el propósito de entregarla a la Corte Penal Internacional.*

La cláusula tercera, que es un refuerzo de la anterior, dispone que si Colombia entrega o extradita a una persona de Estados Unidos a un tercer país, convendrá la no entrega de esa persona a la Corte Penal Internacional. Finalmente, la estipulación número cuatro determina la vigencia del acuerdo. Según se afirma en el propio instrumento, este resulta ser un desarrollo de las disposiciones sobre inmunidad de jurisdicción contenidas en el Convenio General para Ayuda Económica, Técnica y Afín entre el Gobierno de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América (el “Acuerdo de 1962”). (Ramírez, 2006).

El anterior acuerdo fue suscrito con miras a eludir la jurisdicción de la Corte Penal Internacional por parte del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica. Así, al encontrarse este autorizado por el Artículo 91 de la Constitución, debía haber pasado por una análisis de constitucionalidad en cabeza de la Corte Constitucional con el fin de verificar la compatibilidad del mismo con las obligaciones internacionales del Estado que tienen per se, rango o índole constitucional.

Así, siguiendo el análisis hecho por Quinche, los acuerdos simplificados cumplen con los cuatro requisitos para establecer un acto de elusión constitucional. Esto, debido a que se utiliza un mecanismo formalmente válido como lo es la celebración de acuerdos no modificatorios de compromisos internacionales; se adopta un texto normativo fruto de la maniobra elusiva, esto es, el acuerdo simplificado; se evita el control político por parte del Congreso y el jurisdiccional por parte de la Corte Constitucional; y, se obtienen beneficios personales, ya que los nacionales estadounidenses en territorio colombiano podrán evadir la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (Ramírez, 2006).

Conclusiones.

El control de constitucionalidad es una herramienta que ha tenido múltiples modificaciones a lo largo de su historia, desde que se concibió en el caso Marbury Vs Madison hasta el día de hoy ha sufrido importantes modificaciones. La existencia de un sistema concentrado y de un sistema difuso de control constitucional se desdibujó por el nacimiento de figuras como la excepción de inconstitucionalidad y por la consagración del precedente constitucional, respectivamente.

Así, en la actualidad se habla de sistemas fuertes y sistemas débiles de control constitucional, en los cuales la última palabra en materia de interpretación puede estar en el Tribunal Constitucional o en el parlamento dependiendo del caso.

En Colombia se ha consagrado un sistema fuerte de control constitucional ya que en el sistema dialógico existente, la última palabra la tiene la Corte Constitucional, sin embargo, elementos como el incidente de impacto fiscal demuestran una irrupción de elementos de constitucionalismo débil.

A pesar de todos esos avances y de la importancia del control de constitucionalidad para la consagración del sistema de pesos y contrapesos, en el ordenamiento jurídico colombiano se ha hecho uso de algunas herramientas que pretenden eludirlo como lo son los acuerdos simplificados.

Dichos acuerdos tienen la naturaleza de verdaderos tratados internacionales a las luces de la Convención de Viena, sin embargo, el ejecutivo y la jurisprudencia constitucional han permitido que el Estado adquiera obligaciones internacionales sin darles un repaso a las luces de los postulados constitucionales. Corresponde de ahora en adelante a la Corte Constitucional, sentar una postura sólida que evite este transfuguismo y ponga control a todos los actos del ejecutivo ya que es inconcebible que en un Estado social y democrático de derecho existan actos que se escapen del examen constitucional

BIBLIOGRAFÍA

- Marbury vs Madison (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 1803).
- Carbonell, M. (2007). La peor sentencia: a 150 años de Dred Scott versus Sanford. *Derecho del Estado* .
- Schmitt, C. (1931). *La defensa de la Constitución* . Tecnos.
- Kelsen, H. (1931). *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?* Tecnos.
- Roa, J. E. (2019). *Control de constitucionalidad deliberativo*. Bogotá: Universidad Externado.
- Muñoz, E. C. (2016). La justicia constitucional en Colombia.
- Roa, J. E. (2015). El incidente de impacto fiscal y la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales. *Documentos de trabajo*.
- Ramírez, M. F. (2006). *La elusión constitucional*. Doctrina y Ley.
- Corte Constitucional, sentencia C-269 de 2014, M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo
- Corte Constitucional, sentencia C-801 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
- Corte Constitucional, sentencia C-1439 de 2000, M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez
- Corte Constitucional, sentencia C-241 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
- Corte Constitucional, sentencia C-896 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería
- Corte Constitucional, sentencia C-363 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis
- Corte Constitucional, sentencia C-400 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero
- Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño y Álvaro Tafur
- Consejo de Estado, sentencia 2063 de 12 de octubre de 2011, C.P. Luis Fernando Álvarez
- Echeverri Quintana, Eudoro. Causales del control de constitucionalidad. Colombia, 2014.