

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA

SUMARIO: I. *Control y Constitución en el Estado de derecho.* II. *El sistema colombiano de control integral de la Constitución.* III. *El carácter principal de la Corte Constitucional en el control integral colombiano.* IV. *El papel de la jurisdicción contencioso-administrativa en el control a la Constitución.* V. *El contencioso objetivo de constitucionalidad.* VI. *El contencioso subjetivo de inconstitucionalidad.* VII. *El contencioso mixto de constitucionalidad.* VIII. *El control por la vía de excepción en la jurisdicción contencioso-administrativa.* IX. *La acción de tutela como instrumento complementario del control de constitucionalidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa.* X. *Control de constitucionalidad por vía cautelar y provisional ante la jurisdicción contencioso-administrativa.* XI. *Conclusiones.*

I. CONTROL Y CONSTITUCIÓN EN EL ESTADO DE DERECHO

El Estado democrático de derecho entendido en su concepción material¹ se sustenta en la idea indiscutible de la consolidación de una sociedad justa y equitativa,² en donde el derecho y los principios generales, al igual que los valores inspiradores del ordenamiento, se articulan en precisos conceptos ideológicos al servicio de las finalidades estatales y las necesidades o intereses generales, para lo cual el mismo Estado de derecho desarrolla, consecuentemente, un complejo pero fortificado sistema

¹ García- Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1984, p. 159.

² Hoffe, Otfried, *Justiça política, fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*, São Paulo, Martins Fontes, p. 27.

de controles que permiten que los reales propósitos de la institucionalización del poder se hagan efectivos sustancialmente. Es decir, es de la esencia de la Constitución como instrumento jurídico de este modelo de Estado ser depositaria de límites y de controles orientados a garantizar su fuerza normativa, en consecuencia su operancia como determinadora del ejercicio del poder. Constitución y control resultan ser entonces conceptos incondicionalmente necesarios el uno del otro.³

Desde su formulación, el Estado de derecho en cuanto fenómeno contradictorio del absolutismo, la tiranía y la arbitrariedad,⁴ predica como regla impulsora de su funcionamiento la de los “pesos y contrapesos” para el ejercicio del poder. En este sentido, se puede afirmar que en todo Estado democrático y participativo, si realmente pretende ser calificado como de derecho, el control de la actividad pública jamás podrá circunscribirse a las simples formas o superficialidades de las normas jurídicas, debe ir mucho más allá, profundizando en las razones de existencia de la organización política y social, caracterizándose como un verdadero sistema que se expande como malla protectora y garantizadora de la estabilidad, seguridad y justicia, en cuanto que evita los desvíos y desmanes a los propósitos estatales, por quienes han asumido las responsabilidades públicas, propiciando las reparaciones y restablecimientos pertinentes a quienes hubieren podido resultar lesionados con los abusos del poder, pero sobre todo reorientando las instituciones por los senderos materiales de las finalidades propias del interés general y del bien común.

Desde esta perspectiva, los controles dentro del moderno Estado de derecho no pueden limitarse a los tradicionales juicios de legalidad o de formal comparación normativa.

El carácter sustancial de esta base edificadora del Estado conlleva a que los controles que puedan surgir en las complejas intimidades de su estructura normativa no se agoten en simples esfuerzos sin sentido, superficiales, formales, alejados de los principios y valores en que se fundan las instituciones. Implica por lo tanto, un claro posicionamiento ideológico en torno a los propósitos estatales, el interés general, el respeto a los derechos fundamentales, la participación ciudadana, las garantías

3 Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del poder*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 17.

4 García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1983, pp. 11 y ss.

generales a los asociados, la aceptación de la diversidad, la tolerancia, la justicia, etcétera, en fin, todo un esquema de principios, valores, reglas de convivencia, que en su conjunto diseñan lo que se conoce como la filosofía del derecho por encima del formalismo, rescatando para los individuos el valor que realmente les corresponde en sus relaciones sociales y políticas, apartando por lo tanto los conceptos sin sentido para lo social.⁵

Siendo así las cosas, los “pesos y contrapesos” para el ejercicio del poder deben relacionarse inequívocamente con las bases integrales de las instituciones, perceptibles de la simple lectura del texto constitucional o deducibles como principios o valores inevitables dentro de un verdadero Estado democrático y social de derecho. De aquí la complejidad del sistema de controles, complejidad perfectamente justificada en la medida de la necesidad de romper con la inseguridad que el formalismo o el fundamentalismo positivista nos ofrece en la interpretación constitucional, debiendo en consecuencia asumir la realidad del carácter finalista de la carta fundamental y el papel del control como su característica básica para garantizar este sentido dinámico del texto fundamental del Estado democrático, social y de derecho.⁶

En tratándose específicamente del control de constitucionalidad de las leyes y de los actos y actuaciones de la administración pública, la prevalencia del carácter material del Estado de derecho constituye una necesidad inobjetable, inaplazable y primordial, independientemente del órgano o autoridad que lo ejerza.

El ejercicio de la función jurisdiccional de control constitucional implica, dentro de un concepto de seguridad, paz y estabilidad institucional, el acercamiento permanente del Estado a las diversas hipótesis de conflictos que se susciten en torno a la prevalencia y adecuada aplicación de las normas, principios y valores incorporados o inspiradores de la carta fundamental, en función de determinar no solo la prevalencia de la norma, principio o valor, sino también, y esto resulta ser lo más importante, el sentido y alcance de dicha disposición conforme a las fuentes inspiradoras del sistema. Se trata por lo tanto de una justicia relativa a los intereses de la generalidad, que busca y procura básicamente la pro-

⁵ García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 85 y ss.

⁶ Aragón Reyes, Manuel, *op. cit.*, nota 3, p. 50.

tección *in continenti* del ordenamiento, razón suficiente para rechazar cualquier posibilidad de simple control formal o insustancial.

La justicia constitucional posee unas bases conceptuales, filosóficas y políticas que la apartan en esencia de la justicia ordinaria. En el juicio de constitucionalidad, se resuelven pretensiones que si bien es cierto implican confrontación normativa, también se sustentan en principios y valores edificantes del sistema jurídico, que buscan desde una perspectiva eminentemente teleológica, la adecuación permanente del desarrollo institucional y conceptual a lo esbozado por el constituyente y a los fundamentos conceptuales y filosóficos que a este le sirvieron de sustento para diseñar la carta política del Estado. Se trata por lo tanto, en principio, de una justicia de interés general, de necesario acceso ciudadano, permanente y garantizadora de la estabilidad institucional.

II. EL SISTEMA COLOMBIANO DE CONTROL INTEGRAL DE LA CONSTITUCIÓN

El sistema de control de constitucionalidad en Colombia se aparta de los tradicionales modelos concentrados y difusos desarrollados a partir de las experiencias austriacas y norteamericanas⁷ respectivamente, asumiendo de tiempo atrás un esquema propio y *sui generis* de modalidad

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. "...Como bien es sabido, el control de constitucionalidad en Colombia se vio reforzado con la creación de la Corte Constitucional. Sin embargo, no por ello puede afirmarse que nuestro país ha adoptado el llamado 'control concentrado' o austriaco, pues en realidad éste sigue siendo de carácter difuso funcional. Lo anterior, habida cuenta de que además de los pronunciamientos que realice esta Corporación, al Consejo de Estado se le ha atribuido, dentro de la llamada acción de nulidad por inconstitucionalidad, el pronunciamiento acerca de los decretos dictados por el Gobierno nacional cuya competencia no sea asignada a la Corte Constitucional (artículo 237-1). Como si lo anterior no fuese suficiente, el artículo 4o. superior consagra la denominada excepción de inconstitucionalidad, a través de la cual, en un caso concreto y con efectos inter-partes, un juez o inclusive una autoridad administrativa, puede abstenerse de aplicar una norma en aquellos eventos en que ésta contradiga en forma flagrante el texto de la carta política. Tampoco puede olvidarse que dentro de los parámetros definidos por el artículo 86 fundamental, cada juez de la República, al momento de resolver de un asunto de tutela, también está haciendo parte de la llamada jurisdicción constitucional...".

integral, que llega a las más profundas situaciones de la actividad pública e incluso de las relaciones entre particulares en donde es responsabilidad directa e indelegable de prácticamente todas las autoridades, por las vías de aplicación directa, de la acción, la excepción, el recurso, el control de legalidad, la revocación, respetar y hacer prevalecer la Constitución política del Estado en todo momento y lugar frente a los desmanes, desconocimientos, litigios o alteraciones de cualquier orden, que pudiere sufrir la carta a partir de la vigencia de las leyes, los actos administrativos y en general, de las actuaciones de la administración pública o de los particulares que ejerzan funciones públicas.

El sistema acude a la totalidad de las autoridades del Estado para asignarles responsabilidades directas de respeto, cumplimiento y control constitucional, lo que ha llevado a algunos sectores doctrinales a definir el modelo colombiano como mixto, en cuanto combina el típico sistema de control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional con la posibilidad de que las autoridades administrativas, las corporaciones judiciales y prácticamente todos los jueces de la República, al igual que las pertenecientes a la jurisdicción contencioso-administrativa, se pronuncien en materia constitucional, teniendo como punto de referencia directa en todos los casos la carta fundamental de la República.

Un acercamiento al ordenamiento jurídico colombiano permite visualizar que si bien es cierto que el Constituyente de 1991 creó la llamada Corte Constitucional, no concentró la totalidad del control de constitucionalidad en este organismo, dejando las puertas institucionales abiertas para que esta función primordial del Estado de derecho fuera igualmente ejercida por otros órganos judiciales y administrativos, en especial a la jurisdicción especializada de lo contencioso-administrativa, quien se ocupa de esta función frente a la actividad y actuaciones de quienes ejercen las funciones públicas administrativas, generando en consecuencia una modalidad de control amplia y democrática, de fácil acceso que se proyecta más allá del simple análisis o constitucionalidad de las leyes, para situarse en el más amplio espectro de la constitucionalidad de los actos jurídicos y de todas las actuaciones públicas, en una especie de manto garantizador del Estado de derecho. De todas maneras, a la Corte Constitucional se le reserva un innegable papel protagónico y determinante

en la orientación e interpretación de la carta, lo que la coloca en posición privilegiada en la construcción de la doctrina constitucional.⁸

III. EL CARÁCTER PRINCIPAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL CONTROL INTEGRAL COLOMBIANO

El compromiso institucional de la Corte Constitucional dentro de nuestro Estado de derecho emana directamente de los ingredientes finalísticos que se desprenden del preámbulo constitucional, de los artículos 1o. y 2o. de la carta,⁹ y en especial, de las responsabilidades que le asigna el

8 Estatuto de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, artículo 43, “Estructura de la Jurisdicción Constitucional”. La Corte Constitucional ejerce la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos de los artículos 241 al 244 de la Constitución política. El Consejo del Estado conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos distados por el gobierno, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. También ejercen jurisdicción constitucional, excepcionalmente, para cada caso concreto, los jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales...”.

9 Constitución política de Colombia “Preámbulo, El pueblo de Colombia en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente CONSTITUCIÓN POLÍTICA... Artículo 1o. Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. Artículo 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la posteridad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

artículo 241 constitucional,¹⁰ cuando le indica específicamente a la Corte Constitucional, que no que se le atribuye, sino que se le confía, esto es, se le entrega en un nivel superior al de la simple atribución de funciones y competencias, y más de cercanía con el alto mundo de las responsabilidades del poder, “La guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”. Confianza que la obliga y compromete a la permanente

10 Constitución política de Colombia “Artículo 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: 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 como 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 inexecutable 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. PAR. 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 executable del acto.

y suprema función de garantizar la prevalencia de la Constitución como norma de normas, según el artículo 4o. constitucional.¹¹

La Corte Constitucional ha entendido que sobre la base de la confianza depositada por el constituyente como guardiana y defensora de la Constitución política, sus sentencias revisten un poder edificante, integrador, orientador y determinante del correcto alcance y encauzamiento obvio del sistema constitucional, en consecuencia con fuerza vinculante y obligatoria.¹² No se trata de cualquier tipo de pronunciamiento, en la medida en que debe procurar constantemente encontrar el punto cierto de la mejor adecuación de las instituciones y de los derechos fundamentales al texto, principios y valores constitucionales, de manera tal que orienten y determinen el comportamiento institucional de los demás poderes públicos, especialmente cuando de ejercer controles jurisdiccionales se trate, en virtud del carácter disperso pero integral del sistema de controles a la Constitución política.

11 Constitución política de Colombia, artículo 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...”.

12 Sobre el carácter vinculante de las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, puede consultarse las sentencias de esta Corporación: C-037 de 1996 con ponencia de Vladimiro Naranjo Mesa; C-083 de 1995 con ponencia de Carlos Gaviria Díaz y de manera principal la sentencia C-131 del 1o. de abril de 1993 con ponencia de Alejandro Martínez Caballero donde se fijaron los siguientes criterios sobre la materia: “...La sentencia de la Corte Constitucional es para un juez fuente obligatoria. Únicamente una parte de sus sentencias posee el carácter de cosa juzgada. Poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita. Goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución y goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquellos. La parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar —no obligatorio—, esto es, ella se considera obiter dicta. Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia. La ratio iuris se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional, que consiste en esta Corporación realiza en la parte motiva de sus fallos una confrontación de la norma revisada con la totalidad de los preceptos de la Constitución política. La palabra ‘obligatorio’ del artículo 23 del Decreto 2067 de 1991 se opone a los artículos 241 y 230 de la Constitución...”.

Las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional producen efectos generales (*erga omnes*), y futuros, aunque como bien lo ha sostenido la Corporación ella está en la libertad de fijarle otros efectos a sus providencias cuando se requiera para brindar a los asociados la prevalencia indispensable de la carta fundamental. Aspecto este lógico y necesario, si se tiene en cuenta que estamos frente a providencias que pretenden restablecer el ordenamiento jurídico desde el punto de vista constitucional, frente a las más variadas hipótesis y situaciones de violación constitucional, por lo tanto, que invitan al juez de constitucionalidad a la adopción de la decisión más satisfactoria y eficaz para el logro de los propósitos institucionales de prevalencia de la Carta de interés para la totalidad de los asociados.¹³

Asimismo, en virtud de las competencias asignadas en materia de acciones de tutela, por regla general, las providencias respecto de éstas, según lo dispuesto en el artículo 48 del Estatuto de la Administración de Justicia, son de efectos inter partes, lo que permite sostener, que en materia de constitucionalidad la Corte no está limitada a fallos de efectos generales, sino que es posible, para la protección de los derechos fundamentales, proferir decisiones protectoras de carácter subjetivo, individual o concreto, de características perfectamente diferentes a las de simple constitucionalidad, aunque en el fondo la materia abordada necesariamente sea la Constitución política.¹⁴

¹³ Sobre la libertad de la Corte Constitucional para fijar los efectos de sus providencias, puede consultarse las siguientes sentencias de esta Corporación C-037 de 1996, C-226 de 1994, C-113 y C-131 de 1993.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. "...Por lo demás, cabe puntualizar que las sentencias judiciales a través de las cuales se deciden acciones de tutela, sólo tienen efectos en relación con las partes que intervienen en el proceso (Decreto 2591/91, artículo 36). Sin embargo, la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución. El principio de independencia judicial tiene que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad. Jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por medio de la unificación doctrinal, persigue la realización del principio de igualdad. Por consiguiente, sin perjuicio de lo observado respecto de la doctrina constitucional, la exequibilidad del segundo numeral del artículo 48, materia de examen, se declarará bajo el entendido de que las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden

Desde esta perspectiva, para el cabal conocimiento de la problemática del control de constitucionalidad por la jurisdicción contencioso-administrativa, se hace indispensable conocer los alcances que sobre esta tiene la jurisprudencia de la Corte Constitucional en los términos expuestos.

IV. EL PAPEL DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN EL CONTROL A LA CONSTITUCIÓN

En tratándose del control de constitucionalidad por parte de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, se puede sostener validamente que en Colombia, a diferencia de lo ocurrido en Francia,¹⁵

apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad...”.

¹⁵ García de Enterría, Eduardo, *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 41 y ss. La concepción francesa de la división de poderes difiere sustancialmente de la predicada por la doctrina —fuente de los revolucionarios franceses—. No obstante ser admitida y constituir postulado básico de la revolución, en su dinámica rompe los dogmas teóricos y se adecua a las necesidades de una revolución que necesitaba consolidarse y que se vio abocada al fortalecimiento y concentración del poder ejecutivo a través de la administración. En la revolución y constitución norteamericanas, según el concepto de división de poderes acogió la tridivisión, pero no lo hizo dentro de un campo de separación total, sino de colaboración, en donde el poder controlaba al poder; una especie de balanza en el ejercicio de la soberanía, de pesos y contrapesos, o como el mismo estudioso los llama de *checks and balances*. Si nos aproximamos a los teóricos básicos de la revolución, encontramos coincidencias sorprendentes entre ellos: por una parte, entienden la existencia de tres poderes, el legislativo, el ejecutivo y el judicial (Montesquieu y Rousseau); Locke, aunque difiere en el número de poderes sustancialmente, no se aparta de lo que con posterioridad sería la tridivisión (su pensamiento sirvió de fundamento a los trabajos posteriores de Montesquieu, el cual, siguió de cerca la obra de Locke). Sostiene Locke la existencia de cuatro poderes: el legislativo, respecto del cual los otros poderes deben estar subordinados; el ejecutivo, que implica la ejecución de las leyes internas de la sociedad; el federativo, que corresponde al ejercicio de la guerra y las relaciones del Estado; y el de juzgar, al cual no se le hacía mención especial porque se entendía inherente al Estado. En la práctica, las cuatro funciones de la obra de Locke se pueden reducir a tres: la legislativa; la ejecutiva que comprendería la federativa, porque siempre deben estar en cabeza de la misma persona; y la judicial, todos dentro de los conceptos genéricos de ley, tribunales y coacción. Montesquieu no se aparta de este esquema. Es más, lo reproduce en su típica tridivisión, incluyendo en el poder ejecutivo, el llamado poder federativo de Locke. El pensamiento de Rousseau milita en el mismo sentido, aunque con fundamento en su teoría de la voluntad general, predica la supeditación de todos los poderes al poder legislativo, en donde el ejecutivo sería un simple ejecutor de la ley. De aquí que al preguntarse ¿Qué

el control a los actos y demás actuaciones de la administración pública, por parte de una jurisdicción especializada e independiente de los organismos judiciales ordinarios, no surgió como consecuencia de la profunda desconfianza del ejecutivo frente a los jueces ordinarios,¹⁶ ni mucho menos de la idea revolucionaria de que “juzgar la administración implica nece-

es un gobierno? Responda que es “...un cuerpo intermedio establecido entre los súbditos y el soberano para su mutua correspondencia, encargado de la ejecución de las leyes y del mantenimiento de la libertad, tanto civil como política...”. Esta modesta construcción de un legislativo depositario de la voluntad general y un ejecutivo simple ejecutor de la ley con la fuerza necesaria para imponer el orden, haciendo respetar la voluntad del legislador y de los jueces y asegurar la independencia exterior (fue la que recibieron en teoría los revolucionarios franceses y que se vieron en la necesidad de alterar por obvias razones de su coyuntura política). La división de poderes así planteada desconocía por completo los adelantos que había logrado la administración como tal. Aunque parezca paradójico el pensamiento teórico e idealista de la división de poderes, en donde el ejecutivo ocupaba un segundo lugar, fue roto por la misma revolución, en un momento de verdadera “disidencia revolucionaria”. El rompimiento del esquema se produce precisamente por el lado del poder ejecutivo, al cual la teoría no pudo contener como heredero directo de la administración del *ancien regime*. Sin embargo, el rumbo que en Francia los revolucionarios le imprimieron al concepto de la división de poderes, rompiendo la ortodoxia de las tesis expuestas, obedece a razones propias que hacían inevitable la idea de libertad del ejecutivo respecto de los otros poderes, en especial del poder judicial. Libertad fundada en el recelo frente a los antiguos parlamentos judiciales, que constituían reductos de la nobleza dispuesta a defender sus intereses. Los revolucionarios no podían aceptar que en dichos cuerpos fueran a quedar controles que impidieran sus propósitos, sobre todo si con fundamento en el pensamiento de Montesquieu, los parlamentos debían ser cuerpos independientes investidos del poder de defensa de la Constitución o de leyes fundamentales, y guardianes y defensores del sagrado depósito de las leyes. Funciones que habrían comenzado a ejercer durante la última parte del *ancien régime* y que, como se recordará, significaron prácticamente el detonante de la revolución ante el entorpecimiento constante de la actividad del Estado por parte de los jueces.

16 Los franceses definitivamente rompieron con los principios teóricos de su revolución, en especial al pensamiento de Montesquieu, y lograron fundar los principios de una supremacía del Poder Ejecutivo, desde los inicios mismos de la revolución, que se materializaron en la Ley 16 del 24 de agosto de 1790, que estableció la independencia definitiva entre el ejecutivo y el judicial, prohibiendo expresamente a los jueces inmiscuirse en los asuntos del poder ejecutivo e incluso estableciendo penas para quienes lo intentaran, “...las funciones judiciales son distintas y permanecen siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, so pena de prevaricato, perturbar, de modo alguno, las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores en razón de sus funciones...”. Principio que posteriormente fue recogido en la Constitución de 1791 y consolidado en la napoleónica del año VIII. Estos hechos son considerados por la doctrina como los determinantes del nacimiento de la concepción continental o de régimen administrativo, que habría de influir profundamente en la justicia administrativa continental.

sariamente administrar”.¹⁷ El desarrollo de la jurisdicción contencioso-administrativa en nuestro país corresponde a necesidades meramente formales y coyunturales de adecuar el control de los actos y actuaciones de la administración a las “modernas instituciones” que algunos países europeos habían desarrollado para estos propósitos, por lo menos esta es la idea que se desprende de la exposición de motivos de la que pasó a ser la Ley 130 de 1913.¹⁸ La ruptura por lo tanto del tradicional sistema *judicialita* con que Colombia recibió el siglo XX en materia de control de la administración pública, de ninguna manera puede motivarse en la ineficacia o ineptitud de la justicia ordinaria para controlar el ejercicio del poder público administrativo, sino por el contrario, a la tendencia muy común en América Latina de copiar instituciones que han florecido en otras latitudes en razón de sus particularidades históricas, que obviamente no son las nuestras.¹⁹

17 Parada, J. Ramón, “Justicia administrativa e irresponsabilidad de los servidores públicos”, *RAP*, núm. 153, septiembre-diciembre de 2000, p. 71. Puede consultarse sobre este tema a Fernández, Tomas Ramón, *De la arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 109 y ss.

18 Sobre las razones para incorporar al derecho colombiano el concepto de dualidad de jurisdicción, creando la contenciosa administrativa de manera paralela a la ordinaria, puede consultarse nuestra obra *Tratado de derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, 2002, t. I, capítulo tercero. Así mismo la obra de Arguello, Alcibíades y Buenahora, Luis, *Derecho administrativo*, Bogotá, Talleres de Ediciones Colombia, 1927, pp. 45 y ss.

19 Durante casi 100 años, todo el siglo XIX y los primeros años del siglo XX, nuestra justicia administrativa fue de competencia de los tribunales ordinarios de la República, en razón de la influencia colonial española quien siempre la asignó a las reales audiencias, de aquí nuestra tesis de que la influencia francesa de la justicia especializada no es más que una extraña imposición, por lo demás tardía, en el derecho colombiano. Negamos, en consecuencia, la posición de quienes sostienen un desarrollo paralelo de la justicia administrativa colombiana y la francesa. El artículo 42 del acto legislativo núm. 3 de 1910 estableció la obligación perentoria para el legislador de establecer la jurisdicción contenciosa administrativa: “...la ley establecerá la jurisdicción contencioso administrativa...”. Mandato que ejecutó a través de la Ley 130 de 1913, que la instituyó con dos específicos órganos el “tribunal supremo de lo contencioso administrativo” y los “tribunales seccionales de lo contencioso administrativo”. De esta forma, nacía por primera vez en Colombia, el sistema continental de control jurisdiccional especializado en las contenciones subjetivas y objetivas de la administración pública. Sin embargo, el sistema no quedó perfeccionado sino hasta el año siguiente por tres explícitas razones: la primera, porque la Ley 130 de 1913 determinó en su artículo 112 que tan solo comenzaría a regir a partir del 1o. de marzo de 1914; la segunda, porque en septiembre de 1914 mediante acto reformativo de la Constitución política se restableció el Consejo de Estado, atribuyéndosele en el artículo 6o., num. 3, el desempeño de “...las funciones del tribunal

Bajo esta perspectiva, esto es, de implantación y no de desarrollo natural de esta institución en nuestro derecho, la jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo no solo ha logrado consolidar conceptos y principios fundamentales del derecho francés, sino que también ha desarrollado por vía de la adscripción de competencias y del entendimiento doctrinal tanto de las diferentes acciones que ante ella se pueden intentar, al igual que a partir del contenido obvio y natural de las causales de nulidad de los actos administrativos, un particular concepto de legalidad y de necesario sometimiento de la administración pública al ordenamiento jurídico que involucra irremediamente las normas constitucionales,²⁰ al igual que los principios y valores en que esta se sustenta, a lo anterior debemos agregar, que por los senderos de la excepción estas autoridades también podrían cumplir los supremos cometidos de hacer prevalecer la Constitución política del Estado en todo momento y lugar.

supremo de lo contencioso administrativo”; y la tercera, porque en noviembre 5 de 1914 se expide la Ley 60 Orgánica del Consejo de Estado, que fijó el periodo de los consejeros de Estado a partir del 1o. de diciembre de ese año, fecha esta a partir de la cual quedaba suprimido el tribunal supremo de lo contencioso administrativo, asumiendo efectivamente sus funciones el Consejo de Estado. No obstante, el establecimiento de la jurisdicción de lo contencioso-administrativa no significó la desposesión funcional total de la jurisdicción ordinaria en asuntos contencioso administrativos; pues litigios subjetivos de naturaleza contractual, responsabilidad extracontractual del Estado, algunos asuntos declarativos y ejecutivos, quedaron bajo el conocimiento de los tribunales ordinarios. De aquí que calificamos este periodo como mixto; la razón de esta continuidad con dos jurisdicciones prácticamente conociendo de litigios de la administración pública, nos demuestra el arraigo del sistema judicialista colombiano y la imposibilidad de ruptura total frente a la importación francesa.

20 La idea de incorporar en la cúspide de nuestro principio de legalidad a la Constitución política no es nueva en el derecho colombiano, desde los mismos inicios del control jurisdiccional contencioso administrativo, el legislador ordenó sistemáticamente que el control jurisdiccional de los actos administrativos debía inicialmente hacerse a partir de la carta fundamental. Por ejemplo, el artículo 110 del Código de Régimen Político y Municipal de la Ley 4 de 1913 dispuso respecto de las ordenanzas departamentales que, “...Es nula toda ordenanza que sea contraria a la Constitución y a las leyes, o cuando viole derechos particulares legalmente adquiridos...” Sin embargo, con anterioridad, desde la vigencia de la Ley 153 de 1887, ya se hacía referencia a la jerarquía normativa con cabeza en la Constitución política, en el artículo 12 de esta codificación se indicaba que: “...Las ordenes y demás actos ejecutivos del gobierno, expedidos en ejercicio de la facultad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal más probable...”.

En este sentido, el tradicional principio de legalidad de estirpe francesa²¹ se transforma en Colombia frente a las nuevas necesidades del Es-

21 Ahora bien, el principio de legalidad en la versión revolucionaria de la supremacía de la ley es sustancialmente una consecuencia de la soberanía nacional, en cuanto voluntad general emanada del pueblo o nación. La ley determina el sendero para el ejercicio de los poderes públicos. Las autoridades se deben, a partir de la revolución, a la ley; y actúan dentro de los marcos y limitaciones que esta determine. Se trata en consecuencia del alumbramiento de un régimen de legalidad, en donde la libertad de los ciudadanos se obtiene a través del ejercicio de la actividad pública, conforme a los postulados generales determinados por la voluntad general y contenidos en la ley. En esto, la influencia de Rousseau resulta significativa. En la práctica es el punto de partida de la institucionalización del poder. Indicaba precisamente este autor que: "...llamo, pues, república a todo Estado regido por leyes, bajo cualquier tipo de administración que pueda hallarse, porque entonces solamente gobierna el interés público...". Esta concepción es recogida en la Declaración de 1789 en sus artículos 5o., 6o., 7o., y 8o., que encierran en su conjunto la idea esencial de la legalidad del poder: de la legalización del ejercicio del poder. La sujeción permanente y cotidiana del poder a los mandatos de la ley. Su adecuación para evitar cualquier abuso o desbordamiento. Tratándose de las relaciones entre la legalidad y la constitucionalidad, el desarrollo de los postulados sobre la supremacía de la ley, nos ofrece en el caso francés unas peculiaridades que tradicionalmente apartan a los continentales de la concepción norteamericana respecto de la supremacía de la Constitución política. Si bien es cierto que las tres Constituciones se expidieron en el período revolucionario (1791, 1793 y 1795), constan de una parte dogmática donde se hace énfasis en la declaración de derechos de los ciudadanos, y por otra, la parte instrumental sobre la distribución del poder; un problema se notaba latente frente al carácter de voluntad general que le atribuía la ley, y que en los procesos interpretativos llevaron a serias discrepancias sobre la teoría de la supremacía de la Constitución y la negación de su control. Los postulados de supremacía se desvanecían en Francia ante la contundencia y dinámica del carácter que la legalidad había adquirido, gracias a la teoría roussoniana. Si bien es cierto que la declaración francesa pretendió tener un valor supralegal, esto es, de límite al ejercicio de los poderes, entre ellos el legislativo, al establecer que una de las finalidades de su promulgación era "...que los actos del poder legislativo... puedan ser comparados en cada instante con el fin de toda institución política...", por otra parte, y en complemento de lo anterior, la Constitución de 1791 expresamente estableció su supremacía al indicar que, "...el poder legislativo no podrá hacer ninguna ley que produzca agravio o ponga obstáculo al ejercicio de los derechos naturales y civiles consignados en el presente Título I", lo cierto es que el predominio de la voluntad general hizo que se olvidara durante muchos años la supremacía constitucional en Francia.

Hasta 1971, y eso en un proceso que se inicia con la Constitución de 1958, se admitió por el Consejo Constitucional, el control de constitucionalidad de las leyes. En estos aspectos, la Constitución norteamericana y sus interpretaciones se adelantaron al constitucionalismo francés. Esta postura interpretativa revolucionaria descansa en el concepto de voluntad general, que se constituye con sus manifestaciones (ley) en el centro del sistema mismo. La ley, como tal, no solo articula derechos sino que también se constituye en el instrumento idóneo a través del cual se impone el único poder legítimo de la sociedad política. De esta forma, ante el evidente antagonismo entre Constitución y ley,

tado constitucional, consolidando en consecuencia el principio de la prevalencia del derecho²² sobre la simple legalidad formal, en donde aquel se conforma de elementos no estrictamente normativos. Así las cosas, el ejercicio de las funciones de control de la jurisdicción contenciosa administrativa respecto de quienes ejercen funciones administrativas es coherente con esta posición doctrinal e implica siempre referencia directa al texto constitucional, en consecuencia el control de la carta fundamental es permanente por parte de los organismos de esta jurisdicción, no solo por vía general a través del claro contencioso objetivo de algunas de sus acciones, sino también, y en esto el sistema es bondadoso y amplio en la protección al ordenamiento, en todos los conflictos de carácter particular o propios del contencioso subjetivo, o incluso en el contencioso mixto.²³ En otras palabras, cada decisión de la jurisdicción contenciosa administrativa colombiana involucra siempre, quíerese o no, la Constitución política, sus normas, fuentes, principios y bases sustentadoras.

Esta realidad de nuestro sistema de control contencioso administrativo surge de la especial evolución de la institución, por fuera de las presiones doctrinales de origen francés y principalmente de los trabajos que respecto de la supremacía de la Constitución y del valor jurídico de la misma y de sus cimientos doctrinales se han desarrollado en los últimos años sobre la base de consolidar un verdadero Estado de derecho, en donde los conceptos edificadores de la juridicidad adquieren valor y preponderancia, además de la influencia originariamente norteamericana de supremacía constitucional²⁴ y del control difuso a la administración pu-

la voluntad general impone la segunda, convirtiéndose en el punto de referencia efectivo para la determinación del principio de legalidad.

22 García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 5, p. 90.

23 Weil, Prosper, *Derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 45 y ss. García de Enterría, Eduardo, "Contencioso administrativo objetivo y contencioso administrativo subjetivo a finales del Siglo XX. Una visión histórica y comparativista", *RAP*, núm. 152, mayo-agosto de 2000, p. 93.

24 El control de constitucionalidad, que emana indiscutiblemente de la ideología constitucional norteamericana, influye en el derecho administrativo moderno de manera decisiva y complementaria del clásico principio francés de la legalidad y del control de la legalidad. El mismo carácter de norma jurídica suprema que se le reconoce a la Constitución, implica que se generen los mecanismos necesarios para la preservación de esa inmensa construcción y que no sea deteriorada con su incumplimiento o desconocimiento por parte de los poderes. En los Estados Unidos, los desarrollos constitucionales tomaron unos rumbos diversos a los del derecho europeo. El Congreso de los Estados Unidos

blica,²⁵ que invita a garantizar en todo Estado democrático, en un esquema abierto y participativo, el control judicial de la administración con el propósito de evitar la arbitrariedad y el autoritarismo, sin perder en todo caso de vista la necesidad de mantener criterios definidos sobre el alcance de la Carta, a fin de garantizar la seguridad jurídica.

El control de constitucionalidad por parte de la jurisdicción especializada de lo contencioso-administrativa se advierte en el desarrollo de los contenciosos objetivos, subjetivos, mixtos y por la vía de la excepción de inconstitucionalidad. Es decir, accionado por los sujetos jurídicos interesados o a iniciativa de la misma institución cuando advierta la necesidad de hacer prevalecer la Constitución política como lo prevé el artículo 4o. de la carta.

V. EL CONTENCIOSO OBJETIVO DE CONSTITUCIONALIDAD

El contencioso objetivo de constitucionalidad, esto es, el que pretende la preservación general del orden constitucional lesionado o afrentado con la vigencia de un acto administrativo, sin referencia especial a un sujeto determinado, surge por adscripción constitucional o legal de la competencia en esta materia a los órganos de la jurisdicción contencioso-

no está concebido con la misma omnipotencia de los parlamentos. La soberanía parlamentaria impedía pensar que sus decisiones pudieran ser objeto de control alguno. Organizar un control de la constitucionalidad de las leyes hubiera significado en Francia ir contra la revolución y la *volonté générale*. Sin embargo, esta tara no la padecía el Congreso estadounidense. Por esta razón, la Constitución de los Estados Unidos siempre fue considerada como ley superior que sometía sus postulados a la totalidad de sus poderes. La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció desde 1803 esta característica y la existencia de controles para su preservación. En el famoso y renombrado caso de *Marbury vs. Madison*, el juez Marshall sostuvo precisamente que "...la Constitución controla cualquier acto legislativo que se le oponga..., un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley..., una ley del Congreso que contradiga la Constitución debe considerarse inexistente... los tribunales deben tener en cuenta la Constitución; la Constitución es superior a toda ley ordinaria del legislativo..., la Constitución, y no dicha ley ordinaria, tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables... Una ley contraria a la Constitución es nula y los tribunales están obligados por dicha Constitución..."

²⁵ Cuchillo Fox, Montserrat, *Jueces y administración en el federalismo norteamericano (el control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, Civitas, Generalitat de Catalunya, Escola d'Administración Pública de Catalunya, 1996, pp. 63 y ss; 93 y ss; 147 y ss.

administrativa. Por adscripción constitucional directa encontramos que según el artículo 2371, numeral 2, de la carta, en concordancia con el Estatuto de la Administración de Justicia artículo 37, numeral 9, al igual que con el Código Contencioso Administrativo, artículo 97, numeral 7, según la redacción de la Ley 446 de 1998, al Consejo de Estado máxima autoridad de esta jurisdicción, se le encarga de las llamadas acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. Asimismo y como un caso de competencia constitucional directa para los tribunales administrativos, según lo dispuesto en el artículo 305, numerales 9 y 10, constitucional, decidir sobre la validez constitucional de las ordenanzas y de los actos de los concejos municipales y de los alcaldes cuando por esta razón sean objetados por los gobernadores de los departamentos; o por los alcaldes municipales cuando objeten los proyectos de acuerdos aprobados por los concejos municipales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 315, numeral 6, constitucional.

Con fundamento en el artículo 89 de la Constitución política, el legislador ha regulado el contencioso de nulidad de carácter general y objetivo que buscan primordialmente la protección integral del orden constitucional del Estado y de la legalidad en toda su extensión. El desarrollo de esta figura procesal se encuentra en el Código Contencioso Administrativo, artículo 84, con el nombre de acción de nulidad.

1. Acción de nulidad por inconstitucionalidad

Con fundamento en el numeral 2 del artículo 237 constitucional, en concordancia con el 49 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, se ha individualizado en el derecho colombiano una especial acción de nulidad cuyo objeto consiste única y exclusivamente en discutir ante la jurisdicción contenciosa administrativa, concretamente ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la constitucionalidad de todos aquellos decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no le corresponda a la Corte Constitucional. Como lo señala el artículo 97 del Código Contencioso Administrativo, conforme a la redacción del artículo 33, numeral 7, de la Ley 446 de 1998, la técnica de esta modalidad de control constitucional consiste en una confrontación directa del acto con la Constitución política y no con otras normas del ordenamiento jurídico. Si se

involucran cargos de simple ilegalidad, la acción en nuestra opinión sería la de simple nulidad.

Es requisito constitucional básico para la procedencia de esta acción que los actos impugnados no correspondan al ejercicio de la función propiamente administrativa, porque si de esta se trata, la ley en comento es clara en determinar que los correspondientes actos administrativos estarán sujetos a las acciones ordinarias y no a la acción de nulidad por inconstitucionalidad, que es de carácter especial. El problema práctico de esta acción consiste en entender lo que el legislador ha querido significar con la expresión actos provenientes del ejercicio de función no propiamente administrativa. En nuestra opinión, se trataría de actos donde eventualmente se confunde la función legislativa con la administrativa, frente a los cuales tradicionalmente el Consejo de Estado venía asumiendo la competencia para su juzgamiento.

El asunto ha suscitado todo tipo de difusiones, en cuanto que la fórmula de competencias para el ejercicio de la acción no se logra conciliar objetivamente, sino por el contrario a través de una serie de mediciones subjetivas que nada bien le hacen al Estado de derecho. En un primer intento por solucionar los conflictos interpretativos, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en su artículo 49, señaló que esos actos a que se refería la Constitución política serían los siguientes:

...1. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades constitucionales y con sujeción a leyes generales, cuadro o marco; 2. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de las leyes que le confieren autorizaciones; 3. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de las leyes que confieren mandatos de intervención en la economía; y, 4. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades que directamente le atribuye la Constitución y sin sujeción a la ley previa...

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional declaró inconstitucional esta enumeración bajo el entendido de que el legislador estatutario estaba haciendo una enumeración taxativa de decretos que no se encuentra en la Constitución, por lo tanto limitando la posibilidad de que algunos otros quedaran por fuera de esta acción de control constitucional.²⁶

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, MP Vladimiro Naranjo Mesa.

Posteriormente en providencia de 1999, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas relativas a esta acción contenidas en la Ley 446 de 1998, reiteró la Corporación su tesis de no entrar a señalar de manera concreta a cuales decretos se refería la Constitución política, al referirse a aquellos que no fueren de conocimiento de la Corte Constitucional, o al ejercicio de función no propiamente administrativa como lo indicaba el legislador en la Ley 446 de 1998. Es decir, la identificación de la base material de la acción de nulidad por inconstitucionalidad prácticamente se la traslada la Corte al Consejo de Estado, en cada caso concreto de acuerdo a las características de cada decreto demandado, sin ofrecernos una solución verdaderamente satisfactoria sobre este conflicto. Al respecto sostuvo la Corte Constitucional lo siguiente:

... El artículo 237-2 de la Carta, como ya se anotó, le confiere al Consejo de Estado una competencia residual en materia de control constitucional puesto que le corresponde “*Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional*”. Entonces, cabría preguntar ¿a cuáles decretos se refirió el constituyente? La respuesta es obvia, a todos aquellos no enunciados expresamente en el artículo 241 de la Constitución, ni en los ya citados artículos transitorios del mismo ordenamiento (5o., 6o., 8o., 23 y 39), que son los que fijan la competencia de la Corte Constitucional.

En este mismo sentido se pronunció la Corte al examinar el Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, concretamente el artículo 49, en el que se hacía una enunciación taxativa de los decretos que correspondía examinar al Consejo de Estado, la cual fue declarada inexecutable, precisamente, por vulnerar el artículo 237-2 de la ley suprema. Dijo la Corte:

...¿Sobre cuáles decretos puede pronunciarse el Consejo de Estado en ejercicio de la competencia prevista en el numeral 2. del artículo 237 constitucional? La respuesta es evidente: sobre todos los que no estén contemplados dentro de las atribuciones que la Constitución Política confiere a la Corte Constitucional (artículo 241 C.P.). Así, entonces, resulta inconstitucional que el legislador estatutario entre a hacer una enumeración taxativa de los decretos objeto de control por parte del tribunal supremo de lo contencioso administrativo, pues ello no está contemplado en el artículo 237 en comento y tampoco aparece en parte alguna de esa disposición como sí sucede para el numeral 1o.- una facultad concreta para que la ley se ocupe de regular esos temas. Limitar de esa forma los alcances del numeral 2 del artículo 237 de la Carta es a todas luces inconstitucional...

Pues bien: en la disposición parcialmente acusada, como ya se ha anotado, se le asigna a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos de “*carácter general que expida el Gobierno Nacional... y que no obedezcan a función propiamente administrativa*”; entonces, es preciso analizar si esta última expresión constituye una restricción o limitación de la competencia constitucional atribuida al Consejo de Estado en el artículo 237-2 del estatuto máximo, como lo considera el demandante.

Tales decretos, que comparten con las leyes la naturaleza de actos reglas, por ser generadores de situaciones jurídicas impersonales y abstractas son, no obstante, desde el punto de vista material, genuinamente administrativos, aunque autores tan notables como León Duguit les nieguen ese carácter. Es esa la razón para que el constituyente colombiano haya atribuido su control a la jurisdicción contencioso administrativa y no a la Corte Constitucional, atribución hecha, como se ha repetido, por vía de exclusión, en el artículo 237-2.

¿Qué significa entonces, la expresión “*y que no obedezca a función propiamente administrativa*”, materia de acusación? Para la Corte, no tiene otro sentido que el reiterar, en forma explícita (más allá de las contingencias de una disputa teórica) y por potísimos motivos de seguridad jurídica, que ellos quedan comprendidos en la categoría de actos que el Constituyente sustrajo de la competencia de la Corte Constitucional. Se trata de actos administrativos no sólo por el órgano de donde proceden sino también por su forma y, en principio, por su contenido.

Además, como pudiera argüirse, apelando a una vieja clasificación, que el Gobierno produce no sólo actos *de gestión* (típicamente administrativos) sino *de autoridad* (de contenido político) ha querido dejar en claro el legislador que también ellos son objeto de control, como corresponde a un Estado de derecho, y que dicho control le compete al Consejo de Estado.

Por tanto, la expresión cuestionada, en contra de lo que sostiene el demandante, no establece ninguna restricción o limitación a la competencia atribuida al Consejo de Estado, pues todos los decretos de carácter general (distintos de los que tienen contenido legislativo) dictados por el Gobierno Nacional, no atribuidos a la Corte Constitucional, pueden ser demandados por inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado...²⁷

Para el Consejo de Estado, esta situación de falta de claridad constitucional y sobre todo jurisprudencial sobre el asunto lo ha llevado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a la adopción de un criterio

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-560 del 4 de agosto de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz, Exp. D 2303.

operacional que le permite cumplir con su papel excepcional de juez de constitucionalidad. Para estos efectos, se observa como tesis dominante la de identificar la base material de esta acción excepcional, en la existencia de actos de discutible naturaleza, no contenidos en el listado constitucional de los de competencia de la Corte Constitucional, que sean impugnados únicamente por razones de constitucionalidad, en caso contrario, es decir, no reuniéndose estos requisitos la acción prevalente sería la de simple nulidad de los actos administrativos establecida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. Al respecto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

... La distribución de competencia para el control de constitucionalidad de los decretos del Gobierno Nacional entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, contenida en las normas transcritas, evidencia que la Constitución y la ley Estatutaria mantienen inalterable la naturaleza de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y el objeto de la misma. Por lo tanto, si la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, “conforme a las reglas que señale la ley” (artículo 82, Decreto 1o. de 1984 o C.C.A.), está instituida por la Constitución con el objeto de juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas que desempeñen funciones administrativas, de ello dimana que la atribución que la Constitución otorga al Consejo de Estado para “desempeñar las funciones del tribunal supremo de lo contencioso administrativo” en punto a decretos de Gobierno Nacional, está referida a aquellos dictados en ejercicio de la Función Administrativa, vale decir, a los que desarrollan o dan aplicación concreta a la ley, o condicionan la aplicación de una situación general preexistente a una persona determinada. El control jurisdiccional sobre estos decretos de índole eminentemente administrativa, se ejerce mediante la “acción de nulidad”, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., por motivos tanto de inconstitucionalidad como de ilegalidad. En ese orden de ideas, y por exclusión, las “acciones de nulidad” atribuidas a la Sala Plena del Consejo de Estado por el numeral segundo del artículo 237 de la Constitución, son aquéllas cuya conformidad con el ordenamiento jurídico se establece mediante su confrontación directa de la Constitución Política. En cualquier otro caso, en la medida en que el parangón deba realizarse en forma inmediata frente o a través de normas de rango meramente legal, así pueda predicarse una posible inconstitucionalidad, que será mediata, la vía para el control no puede ser

otra que la acción de nulidad que por antonomasia es propia de la jurisdicción de lo contencioso-administrativa...²⁸

...La competencia para conocer de la presente acción, de nulidad por inconstitucionalidad, corresponde al Consejo de Estado, de conformidad con el artículo 237, numeral 2, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, numeral 7, de la Ley 270 de 1.996 y 7 del artículo 97 del C.C.A., tal como quedó modificado y adicionado por el artículo 33 de la Ley 446 de 1.998, toda vez que se trata de un decreto de carácter general, dictado por el Gobierno Nacional, cuyo conocimiento no corresponde a la Corte Constitucional; la supuesta inconformidad del mismo con el ordenamiento jurídico se habrá de establecer sólo mediante confrontación directa con la Constitución; y su expedición no obedeció al ejercicio de la función administrativa...²⁹

2. La acción de nulidad

La acción de nulidad desarrollada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo es una acción de naturaleza objetiva,³⁰ pública, popular, intemporal, general e indesistible, a través de la cual cualquier persona podrá solicitar directamente o por medio de su representante, ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativa, que un acto administrativo incurso en algunas de las causales establecidas en la ley pierda su fuerza ejecutoria por declaración judicial de nulidad en beneficio del ordenamiento jurídico y la legalidad.

Se califica de objetiva, en la medida en que a través de su ejercicio sólo se puede pretender la preservación del ordenamiento jurídico y el principio de legalidad. Implica, por lo tanto, el desarrollo de una pretensión de carácter general dirigida a restablecer la juridicidad en interés de la comunidad y el Estado de derecho. De aquí que asimismo se pre-

²⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de veintitrés (23) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996). C. P. doctor *Juan Alberto Polo Figueroa*, Expediente núm. S612 (3367).

²⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de dieciocho (18) de enero de dos mil. C. P. doctor *Juan Alberto Polo Figueroa*, expediente núm. AI- 046.

³⁰ En algunas disposiciones especiales relativas a urbanismo, minas, medio ambiente, el legislador ha dispuesto regulaciones especiales sobre esta acción, llegando a darle características de una verdadera acción mixta como es el caso de la Ley 99 de 1995 en asuntos ambientales, en donde no solo se obtiene la reparación del ordenamiento jurídico en general con el fallo que se origine en ejercicio de esta acción, sino que también se crean situaciones jurídicas particulares a los titulares de derechos de esta naturaleza.

dique su carácter de pública y popular, en la medida en que la preservación del ordenamiento jurídico no puede ser exclusivamente del interés de unos pocos o una carga funcional privativa de las autoridades.

Respecto del mantenimiento de las instituciones jurídicas, históricamente se ha considerado que es una responsabilidad pública, una legitimidad abierta en cabeza de cualquier persona que advierta las rupturas al sistema jurídico ocasionadas con la entrada en vigencia de un acto administrativo que lo desconozca. Desde esta perspectiva, la acción puede ser intentada por cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, de derecho público, privado o internacional. Lo importante para las instituciones es que los conflictos suscitados entre un acto administrativo y el ordenamiento jurídico sean objeto de conocimiento por la jurisdicción especializada de lo contencioso-administrativa y ésta produzca una decisión declarando lo que corresponda frente al litigio y resolviéndolo de manera tal que produzca su decisión efectos generales, esto es, *erga omnes*.

Lo objetivo de la acción implica, asimismo, una especial técnica de impugnación por parte del ciudadano interesado y de análisis jurídico por el juzgador. Se trata de la confrontación entre una norma superior que se argumenta transgredida o violentada y un acto administrativo al cual se le atribuye la infortunada virtud de ser el causante de la trasgresión o violación; confrontación de la cual debe salir una decisión declarativa de la existencia o no de violación al ordenamiento jurídico, en caso afirmativo, sancionando la manifestación de voluntad de la administración con nulidad. La acción de nulidad no conlleva pretensión diferente, por lo tanto, no le corresponde al juez contencioso administrativo hacer un pronunciamiento distinto, ni mucho menos producir declaración alguna respecto de la situación de las personas sobre las cuales el acto declarado nulo produjo efectos jurídicos.³¹

Las causales de nulidad se encuentran señaladas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y se han edificado sobre la base del respeto a un complejo principio de legalidad, que se fundamenta ante todo en el respeto profundo al marco orientador de todo el sistema jurídico como lo es la Constitución política del Estado colombiano. El punto de partida del régimen de causales de nulidad de los actos admi-

³¹ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, t. II, p. 536.

nistrativas es siempre la Constitución política, es más, cada una de las causales de manera directa se relacionan de una u otra manera con los principios, valores y normas constitucionales. En este sentido, referirse a la acción de nulidad en materia contencioso-administrativa es acercarse sin lugar a dudas a un importante juicio de constitucionalidad sobre los actos de quienes ejercen funciones administrativas.

La primera de las causales de nulidad se relaciona con la *infracción a las normas en que debería haberse fundado el acto administrativo*, pero que fueron desconocidas o vulneradas por las autoridades al momento de su expedición, como se observa, la generalidad de la redacción del legislador permite deducir sin mayores esfuerzos que se incorpora en esta descripción la totalidad de la base normativa y conceptual, de principios y valores aplicables a cada acto administrativo en el derecho colombiano, lo que implica necesariamente que dentro de ella queden incorporadas las normas constitucionales que son la base y esencia del sistema. Luego todo juicio de nulidad de un acto administrativo implica en esta perspectiva lógica un acercamiento al texto constitucional y a sus bases sustentadoras, no se trata de un simple enjuiciamiento de legalidad sub-constitucional. El Consejo de Estado ha reconocido el alcance de esta causal en los términos expuestos, en providencia de 1995 señaló precisamente que:

...Para la Sala la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones no está llamada a prosperar. En efecto, como lo advirtió esta Corporación, y ahora lo reitera, la distinción que hace el excepcionante: que la declaratoria de nulidad se predica de los actos administrativos, mientras que la de inconstitucionalidad responde por una acción de inexequibilidad, aplicable para los actos de ley, es inadmisibles ya que la acción de nulidad no sólo puede dar lugar a un juicio de legalidad sino también de constitucionalidad, dado que los actos administrativos no solamente pueden violar la ley sino la Constitución y para hacer efectivo el control jurisdiccional frente a este último evento la Carta Política lo instituyó en cabeza de esta jurisdicción (artículos 237 numeral 2o. y 238d)...³²

³² Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Primera, Santa Fe de Bogotá, D.C., Sentencia del tres de marzo de mil novecientos noventa y cinco, C.P. doctor Miguel González Rodríguez, expediente núm. 2691.

La segunda causal de nulidad del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo se funda en la *incompetencia del funcionario o del organismo* que produjo el acto administrativo, sin limitarla al simple desconocimiento de normas de competencia simplemente legales, es decir, el análisis de las competencias administrativas para el juez contencioso administrativo involucra necesariamente las que el constituyente hubiere establecido para las autoridades en cada caso concreto, es más, el simple desconocimiento de una regla de competencia administrativa lleva de por sí una ruptura constitucional, si se tiene en cuenta que en los artículos 121 y 123, inciso 2, de la carta, se ordena y obliga a todos los servidores públicos a ejercer sus funciones en los términos establecidos en la Constitución, la ley o el reglamento.

La tercera causal es mucho más genérica que las anteriores, sancionando con la nulidad todo acto administrativo que sea *expedido en forma irregular*, irregularidad ésta que puede provenir del desconocimiento de los parámetros establecidos en la Constitución política. Si se trata de la vulneración de las exigencias simplemente legales o administrativas, también se violaría la Constitución política, en cuanto que como lo anotábamos a propósito de la causal anterior están de por medio los artículos 121 y 123, inciso 2, de la carta que son perentorios, en la determinación de que los poderes y funciones de las autoridades deben ejercerse en los estrictos términos señalados en las disposiciones constitucionales, legales o administrativas.

Las causales cuarta y quinta nos llevan al estudio del *debido proceso* como causal de nulidad de los actos administrativos en el derecho colombiano, causales que deben en consecuencia ser analizadas y entendidas conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución política, que obliga al respeto y acatamiento del concepto sustancial del debido proceso como presupuesto para la expedición de cualquier decisión por parte de quienes ejercen funciones administrativas. Las dos causales que enmarcamos dentro de este contexto señalan que los actos administrativos serán nulos por *el desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o por haber sido expedidos incurso en falsa motivación*. La sola referencia al artículo 29 de la Constitución implica que el juicio y análisis de estas dos causales deben llevar al juez contencioso administrativo necesariamente a un estricto control de constitucionalidad

del acto administrativo y la decisión que adopte se fundara estrictamente en reflexiones en torno a la carta fundamental.

La quinta causal es por su propia naturaleza y esencia análisis de los principios constitucionales que determinan los propósitos y finalidades del orden constitucional del Estado. Según dispone el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, los actos administrativos deberán ser declarados nulos por el juez contencioso administrativo cuando hubieren sido el producto de *la desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió*, esto es, nos encontramos en materia de causales de nulidad ante la institucionalización del abuso de poder en materia administrativa como mecanismo perturbador del orden jurídico, principalmente del orden constitucional del Estado, en cuanto atenta contra los propósitos y finalidades del mismo, que para el caso colombiano se encuentran perfectamente determinados en los artículos 2o., 123, inciso 2 y 209 de la carta. El desvío o el abuso de poder implican actuaciones subjetivas de los servidores públicos en beneficio de sus propios intereses, luego significa desconocer la objetividad que debe reinar en toda actuación pública y el consecuente respeto al interés general.

3. La acción electoral

La acción electoral a que hacen referencia el Código Contencioso Administrativo y las Leyes 78 de 1986, 14 de 1988 y 446 de 1998, es una modalidad de la acción de nulidad desarrollada en el artículo 84 del mismo, por lo tanto de naturaleza objetiva, pública, popular, general, indesistible y, a diferencia de la de simple nulidad de carácter temporal, esto es, sujeta a un término de caducidad para su ejercicio, procede contra actos de elección o de nombramiento no sólo con fundamento en razones de inhabilidad o inelegibilidad, sino también previa configuración de alguna de las causales de nulidad de actas de escrutinio de los jurados de votación o de cualquier corporación electoral, según lo preceptuado en el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo.

En cuanto acción objetiva y general, la pretensión invocada con su ejercicio busca el restablecimiento del ordenamiento jurídico eleccionario, la pureza del sufragio y el sistema democrático y no propiamente la satisfacción o restablecimiento de un derecho político particular del accionante. Se trata de un mecanismo procesal a través del cual cualquier

persona, ante las rupturas producidas en la legalidad de los mecanismos de acceso al desempeño de cargos públicos, acude ante la jurisdicción contencioso-administrativa, con el fin de solicitar la nulidad de los actos electorales producidos bajo esas circunstancias. En esta perspectiva, se trata de un claro mecanismo de control constitucional, en la medida en que su objetivo es el de garantizar el respeto al sistema democrático y representativo.³³

4. *El control objetivo de constitucionalidad sobre los actos departamentales y locales*

La Constitución política incorpora algunos especiales mecanismos de control constitucional dirigido básicamente a garantizar el respeto a la carta fundamental del Estado en los más apartados rincones del país, a través de las denominadas acciones de revisión de proyectos de ordenanza y de revisión de actos de los concejos y de los alcaldes municipales y de los proyectos de acuerdo.

El primero de estos mecanismos procesales de protección constitucional se desprende del artículo 305, numeral 9, de la carta, cuando le asigna al gobernador del departamento la obligación de revisar la constitucionalidad, la legalidad y la conveniencia de los proyectos de ordenanza aprobados por las asambleas departamentales y si encuentra que los mismos desconocen la Constitución política o la ley o son inconvenientes, los remita a la honorable Asamblea para que esta efectúe las correcciones y adecuaciones pertinentes. Cuando las objeciones se refieren a cuestiones de constitucionalidad o legalidad y la Asamblea las desestima e insiste en el proyecto de ordenanza, el asunto debe ser remitido al Tribunal Administrativo Departamental para que decida definitivamente sobre su exequibilidad, a través de un procedimiento sumario, tan solo susceptible de recurso extraordinario de revisión.

La acción de revisión de los actos de los concejos municipales y de los alcaldes se encuentra establecida en el artículo 305, numeral 10, de la Constitución política. A través de este mecanismo se le asigna al gobernador del departamento el deber de revisar los acuerdos de los concejos y los decretos de los alcaldes de su jurisdicción y si encuentra que los mismos son violatorios de la Constitución política o de la ley, debe

33 Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *op. cit.*, nota 31, p. 589.

enviarlos al Tribunal Administrativo correspondiente para que decida sobre su validez, a través de un trámite sumario donde se produce un fallo que hace tránsito a cosa juzgada respecto de las disposiciones que fueron estudiadas. Contra la sentencia no procede recurso alguno. Si el Tribunal no decreta la inexecutable del acto, de todas las maneras quedan las puertas abiertas para que se ejerza la acción de simple nulidad por razones diferentes a las que el Tribunal tuvo en cuenta al revisar el acto.

La acción de revisión de los proyectos de acuerdo tiene fundamento en el artículo 315, numeral 6, de la Constitución política, cuando señala que le corresponde a los alcaldes sancionar y promulgar los acuerdos municipales y objetar los que considere inconvenientes o contrarios al orden jurídico. De las objeciones deberá darse traslado al honorable Concejo Municipal para que las resuelva. Si el Concejo no las admite, o rechaza las de constitucionalidad o legalidad, el proyecto deberá ser enviado al Tribunal Administrativo. Si el Tribunal acoge las objeciones, el proyecto debe ser archivado. Si las declara infundadas, el alcalde deberá sancionar el correspondiente proyecto. Si las considera parcialmente fundadas, el proyecto debe ser reconsiderado por el Concejo para que corrija las posibles irregularidades, debiendo enviarlo posteriormente al Tribunal para que este decida definitivamente.

Si las objeciones se presentan respecto del proyecto del presupuesto municipal por razón de inconstitucionalidad o ilegalidad, es obligación del alcalde enviarlo directamente al Tribunal Administrativo dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que lo reciba para sanción. El Tribunal cuenta con 20 días para fallar. Mientras se decide por el Tribunal lo pertinente, rige bajo la directa responsabilidad del alcalde el proyecto de presupuesto presentado por él al Concejo.

VI. EL CONTENCIOSO SUBJETIVO DE INCONSTITUCIONALIDAD

El control de constitucionalidad por la vía contencioso-administrativa no se agota en el contencioso objetivo explicado anteriormente. En nuestra opinión, las acciones de contenido estrictamente subjetivo, es decir, aquellas que buscan algún tipo de reparación o restablecimiento por parte de los asociados frente al Estado, no solo tienen su fuente en el artículo 89 de la Constitución política, sino que también implican el análisis previo de la constitucionalidad de los actos administrativos que le sirven

de fundamento a los derechos individuales involucrados, como en el caso de la acción de restablecimiento de derecho, o un análisis de las actuaciones u operaciones de los servidores públicos o de los fenómenos que rodean los hechos en que pueda la administración verse involucrada, no con el propósito de declarar la nulidad de éstas, asunto que resultaría absurdo e ilógico, sino con el propósito ineludible de hacer juicios de adecuación del comportamiento público y de los sucesos que comprometan lo público con las normas y principios constitucionales, tal como se desprende de los artículos 2o., 90 y 91 de la carta fundamental, por lo menos frente a la acción de reparación directa.

1. *La acción de nulidad y restablecimiento del derecho*

La acción de nulidad y reestablecimiento del derecho desarrollada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo es una acción de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible, a través de la cual la persona que se cree lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica como efecto de la vigencia de un acto administrativo viciado de nulidad, podrá solicitar por medio de su representante, ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativa, que se declare la nulidad del mismo, esto es, pierda su fuerza ejecutoria por declaración judicial en beneficio personal y como consecuencia se le reestablezca su derecho o se repare el daño. A través de este mecanismo procesal también se puede solicitar que se modifique una obligación fiscal o de otra clase, o se devuelva lo que se pagó indebidamente.

La acción tiene por objeto la protección directa de los derechos subjetivos de la persona amparados en una norma jurídica y desconocidos por el acto administrativo. Desde esta perspectiva, la técnica de la impugnación por parte de la persona interesada varía radicalmente frente a lo expuesto a propósito de la acción de nulidad. En estos casos, le corresponde a quien se considere vulnerado en sus derechos, no sólo exponer las razones de la incongruencia entre el acto administrativo y el ordenamiento jurídico, sino también la forma como su derecho resulta vulnerado a partir del desconocimiento del principio de legalidad, para que como consecuencia de ese juicio se pueda deducir el tipo de reparación que le corresponda, con cargo a la administración. El *petitum* al juez resulta por lo tanto complejo, no sólo implica un juicio de legalidad, sino también de reparación para restablecer los derechos vulnerados. En

la práctica, se combinan pretensiones declarativas y condenatorias. Las primeras respecto del juicio de constitucionalidad y legalidad, las segundas en lo correspondiente al restablecimiento del derecho. La sentencia que resuelva la acción de nulidad y restablecimiento del derecho producirá efectos inter partes, esto es, tan sólo aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido la declaración pretendida.

La naturaleza subjetiva de la acción implica la presencia de una persona determinada que se considere lesionada en sus derechos, esto es, exige una legitimación precisa o concreta, de aquí que se indique, asimismo, que la acción ostenta la característica de individual, en el sentido de que va a producir efectos exclusivamente frente a lo pedido respecto de los derechos vulnerados a un sujeto determinado. A diferencia de la acción de nulidad, la pretensión en este tipo de procesos conlleva consecuencias jurídicas específicas.

2. La acción de reparación directa

La acción de reparación directa desarrollada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, conforme a las modificaciones introducidas por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998, es una acción de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible, a través de la cual la persona que se crea lesionada o afectada por un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajo público o por cualquier otra causa, podrá solicitar directamente ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativa que se repare el daño causado y se le reconozcan las demás indemnizaciones que correspondan, esto es, sin reclamación previa a la administración o mediando petición de nulidad, como en el caso de la acción de restablecimiento del derecho. Se trata de una típica acción tendiente a indemnizar a las personas con ocasión de la responsabilidad extracontractual en que pudo incurrir el Estado, en razón de las actividades anteriormente indicadas, que excluyen de entrada el acto administrativo.

La responsabilidad del Estado, sea contractual o extracontractual, tiene desde el punto de vista normativo como fundamento el artículo 90 constitucional y como circunstancia determinante del deber indemnizatorio del Estado, la configuración de daños antijurídicos respecto de los asociados, provenientes de hechos, omisiones, operaciones u ocupaciones

temporales o permanentes de inmuebles por causa de trabajos públicos, o por cualquier otra causa atribuible a las autoridades públicas o a quienes ejerzan funciones públicas, tratándose de la acción de reparación directa; el acto administrativo en los casos de las acciones de nulidad y de plena jurisdicción; o el contrato en los eventos señalados para la acción contractual sobre la base constitucional de la responsabilidad del Estado. El Consejo de Estado ha trazado algunos parámetros interpretativos que esclarecen su alcance y aplicación en algunas providencias.

VII. EL CONTENCIOSO MIXTO DE CONSTITUCIONALIDAD

Algunas de las acciones contenciosas administrativas no se limitan exclusivamente a juicios de restablecimiento del ordenamiento jurídico o de simple reconocimiento de derechos a personas determinadas. Con su ejercicio, se pueden lograr esos dos objetivos. En estos casos, sostenemos que nos encontramos frente a un verdadero contencioso mixto, donde siempre y en todos los casos se hacen juicio de constitucionalidad en el derecho nacional colombiano. Son acciones de esta naturaleza las siguientes:

1. *La acción de lesividad*

Con el nombre de la acción de lesividad se identifica a nivel doctrinal, la posibilidad legal del Estado y de las demás entidades públicas de acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa con el propósito de impugnar sus propias decisiones. En el derecho colombiano, esta modalidad de instrumento impugnatorio tiene sus fundamentos genéricos, no sólo en las disposiciones constitucionales que procuran la prevalencia del ordenamiento constitucional y de la sujeción al principio de legalidad (artículos 2o., 4o., 6o., 121, 122, 123, inciso 2 y 209, entre otros) de la totalidad de actuaciones y decisiones de los servidores públicos, sino también en las normas adjetivas contenidas en el Código Contencioso Administrativo que habilitan a la nación y demás entidades públicas para que comparezcan en los procesos contenciosos administrativos como demandantes, caso concreto de los artículos 134; 136, numeral 7 y 151, inciso 1, de la mencionada obra.

La configuración de la acción de lesividad no se produce en todos los casos en que la nación o las entidades públicas acudan como demandantes ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativa. Se habla de lesividad única y exclusivamente cuando lo hagan con el fin de impugnar aquellos actos administrativos por ellas producidos. En las demás hipótesis, estamos frente al ejercicio ordinario de las acciones correspondientes. Las normas contenciosas indicadas constituyen un marco genérico que reconoce la posibilidad de que las instituciones públicas actúen como demandantes. La acción de lesividad encaja de manera específica dentro de esta relación normativa; se trata de una fórmula garantística del ordenamiento jurídico en manos de las entidades públicas respecto del control jurisdiccional a sus propias decisiones.

2. Acción referente a controversias contractuales

Esta acción está íntimamente relacionada con el texto constitucional en cuanto que siempre está en juego con su ejercicio el interés general regulado en los artículos 2o.; 123, inciso 2 y 209 constitucional. El juez del contrato estatal tiene el compromiso ineludible de ajustar los litigios de esta naturaleza a los principios constitucionales del interés general y de la protección al patrimonio público.

Una aproximación a la institución nos permite sostener que la acción referente a controversias contractuales o acción contractual desarrollada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo es una acción, por regla general, de naturaleza subjetiva, individual, temporal, desistible y pluripretensional, a través de la cual cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan las demás declaraciones y condenaciones que sean pertinentes; asimismo, la nulidad de los actos administrativos contractuales y los restablecimientos a que haya lugar, como también las reparaciones e indemnizaciones relacionadas con los hechos, omisiones u operaciones propias de la ejecución del contrato.

3. *La acción de pérdida de investidura*

La pérdida de investidura de los miembros de las corporaciones públicas es una acción de carácter constitucional tendiente a la protección y prevalencia de principios constitucionales fundamentales, como los de la democracia, moralidad y presentación, que tiene sus bases en los artículos 183 y 291 de la carta. Se controla de manera directa la Constitución política cuando un miembro de la corporación pública viola el régimen de inhabilidades e incompatibilidades; conflicto de intereses; inasiste a 6 sesiones plenarias en las que se voten actos legislativos, proyecto de ley o mociones de censura durante un mismo periodo de sesiones; omite posesionarse del cargo dentro de los 8 días siguientes a cuando está obligado a hacerlo; utilice el tráfico de influencias.

En la pérdida de investidura, nos encontramos ante un mecanismo especial de preservación de las normas y principios constitucionales que genera una especie de contencioso objetivo mixto, en cuanto que si bien la pérdida de investidura de los congresistas tiene directa relación con el restablecimiento general del ordenamiento jurídico, el interés general y la moralidad en el sistema representativo, de todas maneras la decisión disciplinaria que adopte el Consejo de Estado crea indiscutibles situaciones de carácter subjetivo o personal al parlamentario correspondiente que implican nada menos que su muerte política, pasando a constituirse los miembros de las corporaciones públicas verdaderos ciudadanos de segunda clase.

VIII. EL CONTROL POR LA VÍA DE EXCEPCIÓN EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

El sistema integral de constitucionalidad colombiano se caracteriza por el reconocimiento a diversas autoridades judiciales y administrativas de la República con capacidad suficiente para pronunciarse en torno a la constitucionalidad de un acto jurídico. En derecho colombiano, base sustentadora de esta modalidad de control de la constitucionalidad de los actos y de las leyes, la constituye el artículo 4o. de la carta fundamental, que no solamente le otorga prevalencia a la Constitución sobre cualquier otra norma, sino que le entrega a la totalidad de las autoridades públicas, entre las cuales obviamente se encuentran las judiciales, una

especie de competencia general, que las obliga de manera inevitable a aplicar la Constitución, siempre que exista conflicto con cualquiera otra norma de carácter jurídico. Dentro de estas autoridades están sin lugar a discusión las propias de la jurisdicción contencioso-administrativa, que pueden por vía de acción o de excepción pronunciarse sobre la constitucionalidad de un acto administrativo o de una actuación de la administración e incluso, inaplicar leyes o actos que consideren violatorios de la Constitución política del Estado. Para el caso de las leyes la situación es bien clara en la medida en que el juez contencioso puede desconocerlas en beneficio de la Constitución en la medida de la inexistencia en el derecho nacional de la llamada cuestión de constitucionalidad. El juez contencioso administrativo no está obligado a enviar a la Corte Constitucional una ley cuando la considere inconstitucional en un caso concreto, sencillamente la inaplica.

La Corte Constitucional insiste en esta perentoria obligación constitucional para la totalidad de servidores públicos colombianos. En forma expresa les recuerda que el texto constitucional ha de hacerse valer y prevalece sobre las normas de rango inferior. La función de la Constitución como determinante del contenido de las leyes o de cualquier otra norma jurídica, impone la consecuencia lógica de que la legislación ordinaria u otra norma jurídica de carácter general no puede modificar los preceptos constitucionales, pues la defensa de la Constitución resulta más importante que aquellas que no tienen la misma categoría. Dentro de la supremacía que tiene y debe tener la Constitución, ésta se impone como el grado más alto dentro de la jerarquía de las normas, de manera que el contenido de las leyes y de las normas jurídicas generales está limitado por el de la Constitución.³⁴

Lo que resulta más importante para la Corte Constitucional es la responsabilidad que la Constitución ubica en cabeza de cada uno de los servidores estatales para hacer cumplir el mandato de la prevalencia de la Constitución. De manera explícita, a partir del artículo 4o. constitucional, los servidores públicos colombianos tienen competencia por vía constitucional para hacer prevalecer la carta fundamental.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C- 069 de febrero 23 de 1995. M. P. Hernando Herrera Vergara.

... Así pues debe existir siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango y si no la hay, la Constitución Política de 1991 ordena de manera categórica que se apliquen las disposiciones constitucionales en aquellos casos en que sea manifiesta y no caprichosa la incompatibilidad entre las mismas por parte de las autoridades con plena competencia para ello...³⁵

De esta obligación no se exoneran las autoridades judiciales, administrativas, ni mucho menos a las pertenecientes a la jurisdicción contencioso-administrativa.

... El artículo 4o. superior consagra la denominada excepción de inconstitucionalidad, a través de la cual, en un caso concreto y con efectos inter-partes, un juez o inclusive una autoridad administrativa pueden abstenerse de aplicar una norma en aquellos eventos en que ésta contradiga en forma flagrante el texto de la Carta Política...³⁶

En cuanto a sus efectos, se reconoce en el derecho nacional el carácter vinculatorio tan solo para las partes intervinientes en el litigio específico (*in casu et inter partes*). No se trata de un pronunciamiento general, sino de un análisis de constitucionalidad aplicable exclusivamente a las situaciones jurídicas involucradas. En cuanto a los efectos temporales de los pronunciamientos en los casos del control integral, la situación no resulta muy clara en el derecho colombiano. Si bien es cierto que a nivel doctrinal, por la misma naturaleza de inter partes, se le otorgan efectos retroactivos *ex tunc, pro praeterito*, en razón de que se parte del supuesto de un efectivo pronunciamiento de inconstitucionalidad por parte de la autoridad, en el régimen nacional, esta hipótesis no se configura. En los casos de excepción de inconstitucionalidad, la correspondiente autoridad no produce una decisión de inconstitucionalidad, simplemente se limita a inaplicar la norma que ostensiblemente contradiga los preceptos constitucionales. Ésta ha sido una constante jurisprudencial, que tiene como base el hecho de que existen autoridades con competencia para efectuar pronunciamientos de constitucionalidad. La norma inaplicable por ser contraria a la Constitución en forma manifiesta, no queda

³⁵ *Idem*.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

anulada o declarada inexecutable, pues esta función corresponde a los organismos judiciales competentes, en virtud del control constitucional asignado por la carta fundamental en defensa de la guarda, de la integridad y de la supremacía de la norma de normas.

IX. LA ACCIÓN DE TUTELA COMO INSTRUMENTO COMPLEMENTARIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

La acción de tutela constituye el instrumento básico, de origen constitucional, garantizador de los derechos subjetivos fundamentales de los asociados colombianos, por consiguiente de la convivencia humana, sustento indispensable y estructural en toda sociedad que se pretenda desarrollada en el plano político y jurídicamente organizada. En este sentido, es decir, en el de salvaguardar los destinos individuales reconocidos en la carta fundamental, la tutela complementa oportunamente en el devenir de nuestra nacionalidad, el amplio espectro de instituciones y mecanismos legales existentes en la búsqueda del equilibrio cotidiano de las relaciones del ciudadano, el Estado y el universo de lo civil, consolidándose como el más expedito mecanismo de control de constitucionalidad de los derechos fundamentales en casos concretos. Puede afirmarse que con su ejercicio se consolida la justicia constitucional individual.

En su labor interpretativa y unificadora de la jurisprudencia constitucional, la Corte Constitucional en diferentes ocasiones ha definido el marco conceptual y de naturaleza de la tutela. Al respecto, ha señalado la Corte que la tutela es:

...Un mecanismo concebido para la protección inmediata de los derechos fundamentales constitucionales cuando, en el caso concreto de una persona, la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares, en esta última hipótesis en los casos que determine la ley, tales derechos resulten vulnerados o amenazados sin que exista otro medio de defensa judicial o, aún existiendo, si la tutela es usada como medio transitorio, de inmediata aplicación para evitar un perjuicio irremediable. Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consisten en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayor requerimiento de índole formal, y en la certeza de que obtendrá oportuna resolución, a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que,

en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los fines esenciales del Estado, consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución...³⁷

Por las anteriores características, la tutela en manos de la jurisdicción contencioso-administrativa constituye un mecanismo adicional de protección constitucional, consecuentemente de justicia constitucional.

X. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR VÍA CAUTELAR Y PROVISIONAL ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

La justicia constitucional en manos de la jurisdicción contencioso-administrativa puede realizarse también de manera preventiva a través de la institución cautelar de la suspensión provisional. Figura importante y garantizadora del orden jurídico que no existen en los procedimientos ante la Corte Constitucional.³⁸

La suspensión provisional de los actos administrativos establecida en el artículo 238 de la Constitución política y desarrollada por los artículos 152 y siguientes del Código Contencioso Administrativo constituye un importante instrumento de naturaleza cautelar, temporal y accesorio, tendiente a evitar que actos manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso donde se hubiere decretado la medida, como producto de una solicitud fundamentada del impugnante, que en consideración del juzgador, sea procedente en razón de la claridad de la infracción al principio de legalidad. En este sentido,

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-117 del 3 de abril de 1992. M. P. José Gregorio Hernández.

³⁸ No obstante que en los procedimientos relativos a los juicios de constitucionalidad ante la Corte Constitucional no existe la suspensión provisional de las leyes, tratados u otros actos jurídicos de su competencia, en los procedimientos de tutela y esto por vía jurisprudencial se acepta que el juez competente de esta acción constitucional pueda suspender provisionalmente la fuerza ejecutoria de un acto administrativo. Al respecto puede consultarse la Sentencia SU-039 del 3 de febrero de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

su finalidad no puede ser otra que la de evitar, transitoriamente, la aplicación del acto administrativo, en virtud de un juzgamiento provisional del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho.

Como técnica de análisis de las posibles manifiestas infracciones al ordenamiento jurídico, el numeral 2, del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo señala la de la *confrontación directa o mediante documento público aducido con la solicitud*, metodología que no puede de ninguna manera agotarse en una simple aproximación formal, superficial o insustancial del acto frente a las disposiciones que ha invocado el demandante como infringidas. La responsabilidad del juez administrativo frente a la sociedad y, sobre todo para con la constitucionalidad, hace indispensable que la confrontación directa implique una primera aproximación material o sustancial al contenido y sentido de la norma administrativa juzgada, con el propósito de que de manera integral se efectúe el estudio pertinente en torno a la procedencia de la medida cautelar, evitando que simples dudas formales en la estructuración del acto administrativo o sencillamente en su redacción puedan evitar su suspensión, cuando de su contexto material se puede deducir su abierta discrepancia con las normas superiores.

La idea tradicional de nuestra jurisprudencia administrativa de que hay manifiesta violación de una norma superior cuando “se puede percibir su ilegalidad a través de una sencilla comparación”, esto es, de un solo golpe de vista o a *prima facie*, sin reflexiones muy profundas, no significa de ninguna manera que la aproximación al conflicto por el mecanismo de la comparación impida al juzgador ir más allá del sentido gramatical de las palabras utilizadas por la administración, con el fin de desentrañar los reales propósitos de las normas administrativas impugnadas y, de esta manera, adoptar la medida cautelar en defensa de la constitucionalidad y legalidad.

XI. CONCLUSIONES

La justicia constitucional en Colombia se aparta de los tradicionales y antagónicos esquemas desarrollados en el derecho continental europeo y en el norteamericano, que pretenden encajar el control a la Constitución política en sistemas de justicia concentrada o difusa, adoptando

una modalidad propia de control integral, que comprende no solo la constitucionalidad de las leyes, sino también la de los actos jurídicos de la administración y las actuaciones de ésta, a través de acciones ante la Corte Constitucional, la jurisdicción contencioso-administrativa y prácticamente ante todos los jueces de la República por vía de la acción de tutela o del mecanismo de excepción de constitucionalidad, este último también en cabeza de las autoridades administrativas.

El control de constitucionalidad que se ejerce por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa se palpa sin mayor dificultad en el ejercicio de cada una de las acciones tanto objetiva, subjetiva o mixta, que el constituyente y el legislador han previsto ante estas autoridades. Es más, el estudio de cada una de las causales de nulidad de los actos administrativos se funda en razón de constitucionalidad, luego no resulta extraño sostener que el Colombia cada juicio que se promueva ante la jurisdicción contencioso-administrativa se relaciona de alguna manera con el texto constitucional e implica pronunciamientos de esta naturaleza.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional como guardiana y depositaria de la confianza del constituyente para la defensa de la carta fundamental del Estado, tiene reservada a través de sus providencias de constitucionalidad la función primordial de orientar, determinar y configurar la interpretación y el sentido con que las autoridades de la República deben aplicar el texto constitucional. En este sentido, sus providencias son vinculantes y obligatorias y la doctrina desarrollada por ella, auxiliar indispensable para la dinámica de las instituciones.