

El rol de la nulidad por inconstitucionalidad en la justicia constitucional colombiana

The role of judicial review of administrative actions in Colombian constitutional justice

Diego Fernando TARAPUÉS SANDINO *

RESUMEN: Este trabajo realiza un análisis a fondo de la nulidad por inconstitucionalidad, entendida esta no solo como un medio de control a la administración que contempla la Ley 1437 de 2011, sino también como un instrumento propio del sistema de control de constitucionalidad mixto que ha diseñado la Constitución Política de Colombia. En este orden de ideas, se indaga en los fundamentos de la supremacía constitucional y de la garantía jurisdiccional de la Constitución como base jurídica de la existencia de la nulidad por inconstitucionalidad. Luego se contextualiza esta figura jurídica dentro del modelo colombiano de justicia constitucional y, finalmente, se detalla en las especificidades de la nulidad por inconstitucionalidad que corresponde al Consejo de Estado de cara al control constitucional que realiza la Corte Constitucional.

* Doctorando en Derecho y Master of Laws (LL.M.) de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). Abogado, especialista en Derecho Penal y en Derecho Administrativo de la Universidad Santiago de Cali (Colombia). Profesional en Estudios Políticos de la Universidad del Valle (Colombia). Profesor Titular de la Universidad Santiago de Cali. Investigador Senior grupo GICPODERI e Investigador Adscripto del CEDPAL (Alemania). Magistrado Auxiliar del Tribunal para la Paz. Orcid: <<https://orcid.org/0000-0003-0048-655X>>. Correo electrónico: <dtarapues@usc.edu.co> Blog: <tarapues.info>. Fecha de recepción: 11/04/20. Fecha de aprobación: 21/08/20.

PALABRAS CLAVE: Nulidad por inconstitucionalidad; justicia constitucional; supremacía constitucional; medios de control; Consejo de Estado.

ABSTRACT: This paper makes an exhaustive analysis of the judicial review of Administrative actions (nulidad por inconstitucionalidad), understood not only as a means of control to the administration that contemplates Act 1437 of 2011, but also as an instrument of the mixed constitutional control system that has designed the Colombia's Constitution. In this sense, the basis of the principle of constitutional supremacy and of the jurisdictional guarantee of the Constitution are investigated as the legal basis for the existence of the judicial review of Administrative actions. This legal figure is then contextualized within the Colombian model of constitutional justice and, finally, it is detailed in the specifications of the judicial review of Administrative actions that corresponds to the Council of State (Consejo de Estado) in view of the constitutional control carried out by the Constitutional Court.

KEYWORDS: Nullity due to unconstitutionality; constitutional justice; constitutional supremacy; means of control; Council of State.

I. INTRODUCCIÓN

La nulidad por inconstitucionalidad es formalmente uno de los medios de control consagrados en el Título III de la Parte Segunda del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), Ley 1437 de 2011, en la que se estructura la organización de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y se definen sus funciones tanto jurisdiccional como consultiva. Sin embargo, más allá de ser una clásica institución jurídica del derecho administrativo colombiano, la denominada nulidad por inconstitucionalidad hace parte del sistema de control de constitucionalidad mixto que ha diseñado nuestro ordenamiento constitucional.

En otras palabras, la nulidad por inconstitucionalidad materialmente hace parte del engranaje de mecanismos judiciales dirigidos a proteger la supremacía e integridad del texto constitucional. En ese sentido, antes de ser un medio de control frente a la labor que desarrolla la administración con relación específica a los decretos generales dictados por el Gobierno Nacional y a los actos administrativos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por otras entidades u organismos del orden nacional, este es un instrumento de garantía jurisdiccional de la Constitución.

A partir de este punto de vista, que ve a la nulidad por inconstitucionalidad como una figura jurídica que trasciende del plano eminentemente administrativista, este artículo se propone hacer una revisión general de su papel en el marco de la justicia constitucional colombiana. Para ello, este escrito desarrollará de forma inductiva varios aspectos relacionados con el rol de la nulidad por inconstitucionalidad en el marco de la justicia constitucional. En primer lugar, se ubicará temáticamente su estudio de cara al principio de supremacía constitucional y a la garantía jurisdiccional de la Constitución. Posteriormente, se analizará el modelo de justicia constitucional que se ha estructurado en nuestro país, para

luego ahondar en las características específicas de la nulidad por inconstitucionalidad.

En este último punto, se detallará en interrogantes que se han planteado sobre esta figura jurídica, que atienden a la reflexión sobre (i) si es un medio de control o una acción pública derivada de un derecho político del ciudadano. De igual forma, sobre (ii) si efectivamente se trata de un análisis de nulidad o en estricto sentido es de constitucionalidad; así como de aspectos ya decantados por la jurisprudencia constitucional que tienen que ver principalmente con (iii) el objeto normativo de revisión, (iv) la técnica de integración de la unidad normativa en el marco del control constitucional abstracto que desarrolla el Consejo de Estado al conocer de nulidades por inconstitucionalidad y (v) los efectos jurídicos de las sentencias que se deriven de este procedimiento en lo que tiene que ver con el alcance de la cosa juzgada. Por último, se plantearán unas conclusiones generales sobre lo analizado.

II. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN

Dentro de los principios contenidos en el Título I de la Constitución Política, se destaca el principio de supremacía constitucional por ser uno de los primeros en ser consagrados en la Carta Política y por erigir uno de los pilares fundamentales del Estado Constitucional de Derecho. A diferencia del Estado Legal de Derecho, que ciñe el sistema jurídico al ordenamiento legal y pontifica la labor del legislador por ser el cuerpo colegiado que representa al pueblo, el Estado Constitucional de Derecho se basa en la consolidación de un sistema político y jurídico que emana directamente de la Constitución.

Para Joseph Aguiló, la Constitución de un Estado Constitucional exige la convergencia de tres elementos: (i) que el sistema político esté enmarcado dentro de una Constitución rígida o for-

mal, donde se diferencie claramente entre lo constitucional y lo que formalmente se toma como legal, de tal forma que se infiera la supremacía o preponderancia de la primera sobre cualquier otra clase de normatividad; (ii) que la Constitución se incline al constitucionalismo político, el cual axiológicamente busca limitar al poder político y garantizar los diversos derechos generacionales, es decir, se requiere de una Constitución comprometida “ideológicamente”, por una parte, con la abolición del autoritarismo y, por la otra, con la erradicación de la exclusión social; y (iii) que dicha formalidad de la que está dotada la Constitución de aquellos sistemas políticos, logre ser practicada, puesto que la base del mismo Estado Constitucional, radica en la aplicabilidad de lo que formalmente se tiene como Constitución¹.

En ese contexto, la supremacía constitucional es la base esencial para dinamizar en la práctica aquel mandato de aplicación y respeto al texto constitucional. Se debe hacer hincapié en que la Constitución “no debe permanecer petrificada, esperando a que se lleve a la práctica tal como aquella lo ordena de forma imperativa, debido a que, sin importar lo que esté plasmado en el texto constitucional, existen vulneraciones, atentados, omisiones y demás acciones que contradicen o ignoran lo que manda el poder constituyente”².

La Constitución como norma jurídica es exigible jurisdiccionalmente en todas sus dimensiones, tanto las disposiciones nor-

¹ AGUILÓ REGLA, Joseph, *La Constitución del Estado Constitucional*, Lima-Bogotá, Palestra Editores y Editorial Temis, 2004, pp. 50-53. Véase también: PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, pp. 107-117.

² TARAPUÉS SANDINO, Diego Fernando, “El principio de la supremacía constitucional como fórmula de exigibilidad jurídica en la justicia constitucional colombiana”, en *Los principios en el constitucionalismo contemporáneo*, Pasto, Universidad de Nariño, 2010, p. 249.

mativas dogmáticas como las orgánicas³. El presupuesto jurídico que vuelve material el texto constitucional es el principio de supremacía constitucional, el cual ubica a la Constitución como la norma de cierre del sistema jurídico, dando a su vez el sustento jurídico a la justicia constitucional como escenario de garantía jurisdiccional de la Constitución.

Esta concepción teórica que relaciona supremacía constitucional con defensa jurisdiccional de la Constitución proviene de Hans Kelsen, quien sostiene que toda función estatal tiene un carácter jurídico que vuelve actos jurídicos dichas funciones⁴ y que aquellos actos son de creación de Derecho o de ejecución del Derecho, o incluso llegan a tener ambas funcionalidades, dependiendo de su ubicación jerárquica y naturaleza jurídica dentro del sistema escalonado del orden jurídico⁵.

En términos generales, Kelsen reflexiona en la interrelación de estos actos jurídicos, señalando que: “Si la Constitución regula en lo esencial la confección de las leyes, entonces la legislación es, frente a la Constitución, aplicación del Derecho. Por el contrario, frente al reglamento y frente a los otros actos subordinados a la ley, la legislación es creación del Derecho. Asimismo, el reglamento es aplicación del Derecho frente a la ley, y creación del Derecho frente a la sentencia y frente al acto administrativo que lo aplican.

³ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, 1994 y Tarapués Sandino, Diego Fernando, *op. cit.*, p. 249.

⁴ KELSEN, Hans, “La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional)”, trad. de R. Tamayo, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15, 1928, p. 254.

⁵ Al respecto, véase MERKL, Adolf, “Prolegómenos a una Teoría de la Estructura Jurídica Escalonada del Ordenamiento”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 3, Granada, Universidad de Granada, 1931 y MAYER, Heinz, “La Teoría de la Construcción Jurídica Escalonada”, en *Problemas Centrales de la Teoría Pura del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

Estos, a su vez, son aplicación del Derecho si se mira hacia lo alto y creación del Derecho si se mira hacia abajo, esto es, hacia los actos a través de los cuales la sentencia y el acto administrativo son ejecutados”⁶.

En este orden de ideas, la dogmática que explica la sistematización del control técnico para la defensa de la Constitución parte del hecho de que el ordenamiento constitucional es la norma jurídica superior que crea la legislación. A partir de ahí se crean sucesivamente las otras disposiciones normativas de menor nivel, incluyendo, por supuesto, a la normatividad ejecutiva. Este conjunto de actuaciones, expresiones normativas legislativas y administrativas, constituyen actos jurídicos de ejecución de la norma de normas.

Este modelo fundado en la preponderancia normativa de la Carta Política se encuentra en todas las constituciones que conciben el modelo de Estado Constitucional de Derecho. En el caso colombiano, nuestro modelo de Estado Social de Derecho parte de un arquetipo estatal que desde el plano económico propende por ser un Estado de Bienestar y desde el ámbito jurídico configura un Estado Constitucional, donde uno de los pilares fundamentales del Estado es justamente el reconocimiento de la supremacía e integridad constitucional.

De acuerdo con el artículo 4 de la Carta Fundamental: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”⁷. Este artículo le brinda solemnemente el carácter de norma de normas al texto constitucional colombiano y formula dos presupuestos fundamentales en el sistema jurídico nacional: (i) la aplicación imperativa de las disposiciones constitucionales sobre las normas legales o administrativas y (ii)

⁶ KELSEN, Hans, *op. cit.*, pp. 255-256.

⁷ Constitución Política de Colombia, 1991, art. 4.

el deber de acatar el ordenamiento constitucional (y legal) por parte de nacionales y extranjeros, sean estos servidores públicos o particulares⁸.

Sobre lo contenido en el art. 4 constitucional, la Corte ha sido enfática en señalar que el principio de supremacía constitucional, “como principio estructurador de un orden establecido, es fuente primaria del sistema de derecho interno, de manera que las formas y los procedimientos deben ajustarse a los elementos y principios esenciales que recoge la carta política. En virtud de su fuerza normativa, las autoridades se hallan compelidas no solo a acatar las reglas y los mandatos sino a desarrollar sus propósitos para la realización efectiva de las garantías allí previstas y, de parte de los ciudadanos, a acatar los deberes instituidos como a exigir la aplicación de los derechos consagrados”⁹.

En suma, el principio de la supremacía constitucional le da vida a la defensa constitucional como escenario jurisdiccional para evaluar y decidir sobre aparentes vulneraciones a la norma suprema por parte de los actos jurídicos que desarrollan las diversas funciones estatales y es el eje articulador del cumplimiento efectivo del ordenamiento constitucional por parte de toda persona que se encuentra sujeta al derecho colombiano.

III. EL MODELO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

A partir del principio de supremacía constitucional, y del imperativo jurídico que dispone que las incompatibilidades dadas entre

⁸ Concatenado al art. 4 constitucional puede leerse también el art. 6 que establece: “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. Constitución Política de Colombia, 1991, art. 6.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-400 de 2013, punto 5.1.

la Constitución y cualquier otra norma jurídica deben resolverse a favor de la norma fundamental, se han gestado los mecanismos técnicos para el control constitucional tanto abstracto como concreto. En otras palabras, la acción de inconstitucionalidad y la excepción de inconstitucionalidad surgen de lo planteado en el artículo 4 de la Constitución. Además de esta disposición, otros artículos como el 40, el 237 y aquellos comprendidos entre el 239 y el 245, moldean el sistema de control de constitucionalidad que tiene el Estado colombiano, creando los presupuestos generales de la justicia constitucional, los órganos y las funciones respectivas.

Primero que todo debe advertirse que en Colombia existe un sistema de control constitucional mixto¹⁰, ya que en él convergen las características esenciales del sistema de control difuso anglosajón y del sistema de control concentrado continental europeo¹¹. Esto significa que confluyen mecanismos judiciales de defensa constitucional directos e indirectos en cabeza de diferentes autoridades judiciales con divergencia en los efectos jurídicos de las decisiones que se toman al revisar judicialmente la constitucionalidad de las normas¹².

¹⁰ TARAPUÉS SANDINO, Diego Fernando, *La naturaleza institucional del Tribunal Constitucional en América del Sur*, Cali, Editorial USC y JGHG Publicaciones, 2008, pp. 98 y ss.

¹¹ *Ibidem*, pp. 94 y ss.

¹² En general, la jurisprudencia constitucional ha señalado el amplio ramillete de herramientas que posibilitan un ejercicio material de la defensa constitucional, en los siguientes términos: “La Carta política consagra, en forma expresa, el derecho que tiene todo ciudadano de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley (art. 40-6), como una derivación del derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político y señala los distintos instrumentos o acciones que se pueden ejercitar contra los actos jurídicos que atenten contra sus preceptos y principios, a saber: la acción pública de inconstitucionalidad (arts. 241 y ss C.P), la acción de nulidad por inconstitucionalidad (art. 237-2 C.P) la acción de tutela (art. 86 C.P) y, aunque no es considerada como una acción, también se puede incluir

Por una parte, la excepción de inconstitucionalidad materializa la defensa constitucional en concreto, concibiéndose como un mecanismo a través del cual se estudia y resuelve incidentalmente sobre la constitucionalidad de una ley o norma jurídica en la resolución de un litigio en específico¹³. Por esta razón, estamos ante un control con efectos *inter partes* que adelanta de manera difusa todo Juez de la República¹⁴. Es decir, la norma “no queda

aquí la excepción de inconstitucionalidad, como un corolario del derecho a la supremacía de la Constitución. Sin embargo, no son éstas las únicas vías que existen para ejercer el control constitucional, pues en dicho ordenamiento también se establecen otras formas, vr. gr. la revisión automática u oficiosa de determinados decretos y leyes (art. 241 C.P.) que corresponde ejercer a la Corte Constitucional; el examen de las objeciones presidenciales a cargo de esa misma corporación cuando han sido rechazadas por las Cámaras Legislativas (art. 167); y el que realizan los Tribunales Administrativos cuando deben resolver las objeciones que, por motivos de inconstitucionalidad, presentan los Gobernadores contra los proyectos de Ordenanzas dictadas por las Asambleas Departamentales, y cuando deciden sobre la constitucionalidad de los actos de los Concejos Municipales, de los Alcaldes (art. 305-9-10 C:P) y, en general de todos los actos de la autoridades departamentales y municipales. Como también en los casos a que alude la ley que regula las instituciones y los mecanismos de participación ciudadana”. Corte Constitucional, sentencias C-180 de 1994, C-560 de 1999 y C-1290 de 2001. Véase también CANO STERLING, ANDRÉS y TORO HERNÁNDEZ, Laura, *Justicia Constitucional y Control de Constitucionalidad*, Medellín, Díké y Editorial USC, 2017, p. 75.

¹³ Se dice que “es la posibilidad remota de fallar contra la ley por considerarla contraria a la Carta Política Fundamental”. Por esa razón se dice que es “un mecanismo excepcional para desobedecer un precepto legal y sustraerse de su aplicación en un litigio”. BERNAL CANO, Natalia, *La Excepción de Inconstitucionalidad y su Aplicación en Colombia*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, p. 229.

¹⁴ En el control constitucional vía excepción, “una de las partes interesadas en la resolución del asunto (juez, o partes procesales) solicita que no se aplique una norma por considerar que ella es contraria a la Constitución”.

afectada en su valor jurídico para otros litigios, pero no se aplica en el caso debatido por cuanto el juez ha hallado que riñe con la Constitución”¹⁵.

Por otra parte, la acción de inconstitucionalidad es un mecanismo que inicia un proceso de control de constitucionalidad abstracto, en donde se demanda directamente a la ley, al decreto o a cierta norma jurídica. Por lo tanto, a diferencia del control indirecto, aquí no se pretende “la resolución de un interés personalizado, pues bien, la acción de inconstitucionalidad permite el amparo a la integridad de la Carta Política amenazada o vulnerada por normas de menor jerarquía que le contrarían”¹⁶. Esto significa que el proceso nace por el cuestionamiento constitucional que se le hace directamente a la norma jurídica de menor nivel y culmina con el veredicto judicial que se da sobre su constitucionalidad o no. Se trata de un control que se concentra en un alto tribunal y cuyos efectos son de carácter *erga omnes*¹⁷. En otras palabras, “la acción pública permite entablar un verdadero proceso contra una ley, a título de que ella no puede aplicarse en el futuro”¹⁸.

Por regla general, esta concentración del control de constitucionalidad abstracto reside en la Corte Constitucional, luego de

ARAÚJO RENTERÍA, Jaime, *Principios de Derecho Constitucional*, Bogotá, McGraw Hill, 1999, p. 354.

¹⁵ VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas*, Bogotá, Legis Editores, 1999, p. 17.

¹⁶ TARAPUÉS SANDINO, Diego Fernando, *op. cit.*, p. 90.

¹⁷ Sobre estos efectos, Biscaretti Di Ruffia sostiene que “las sentencias de ilegitimidad constitucional pronunciadas por los tribunales especializados con diversas modalidades alcanzan, por otra parte, una eficacia *erga omnes*, con lo cual se evita que las normas ya declaradas inconstitucionales por un órgano jurisdiccional estatal puedan ser aplicadas por otros órganos del Estado, inclusive en un momento muy cercano a la propia decisión”. BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, México, FCE, 1997, p. 577.

¹⁸ VIDAL PERDOMO, Jaime, *op. cit.*, p. 17.

que la Constitución de 1991 creara por primera vez en nuestra historia institucional un tribunal constitucional autónomo e independiente dentro de la rama judicial. En efecto, esta Corte ha sido instituida como el alto tribunal y órgano judicial de cierre de la jurisdicción constitucional de conformidad con lo establecido en el Capítulo IV del Título VIII de la Carta Política¹⁹. Sobre este aspecto, la misma Corte desde sus primeros años ha sostenido que: “desde una perspectiva orgánica, la única entidad de la rama judicial que pertenece a la jurisdicción constitucional y que reviste el carácter de tribunal constitucional es la Corte Constitucional”²⁰.

No obstante, la misma Constitución ratificó en cabeza del Consejo de Estado la potestad que ya venía ejerciendo para conocer sobre la constitucionalidad de “las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”²¹. Sobre este aspecto, el máximo tribunal de lo constitucional ha puntualizado que “esta corporación siempre ha afirmado que la Corte Constitucional tiene la más amplia competencia sobre el control abstracto de constitucionalidad y que el Consejo de Estado, por vía residual, conoce de todos aquellos actos que no le hayan sido atribuidos”²².

En el marco del derecho constitucional comparado, se debe resaltar que esta particularidad en la estructuración de la jurisdicción constitucional colombiana constituye una excepción²³. El

¹⁹ Constitución Política de Colombia, 1991, arts. 239-245.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996, punto 3.

²¹ Constitución Política de Colombia, 1991, art. 237, num. 2. Disposición que además se replica en el num. 5 del art. 111 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en el num. 9 del art. 37 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

²² Corte Constitucional, sentencias C-560 de 1999, C-1290 de 2001 y C-400 de 2013.

²³ En general, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia en su art. 43 describe la estructura de la jurisdicción constitucional colombiana de la

control de constitucionalidad a las normas administrativas como los decretos suele residir en el mismo Tribunal Constitucional. En la región, países como Ecuador y Perú incluso han fijado un control amplio que trasciende a las disposiciones administrativas nacionales de carácter general y “se revisan constitucionalmente las ordenanzas municipales por parte del tribunal”²⁴. Por su parte, el Tribunal Constitucional chileno “puede resolver la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República, sobre el cual la Contraloría General de la República haya estimado inconstitucional, además de resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley” y “sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República”²⁵.

La génesis de esta bifurcación en el control de constitucionalidad concentrado a las normas generales en Colombia, sustrayendo las de carácter administrativo general del conocimiento de la Corte Constitucional, se remonta a una reforma constitucional realizada a la Carta Política de 1886. Ya en el Acto Legislativo 01 de 1968, el cual creó la Sala de Asuntos Constitucionales dentro de la Corte Suprema de Justicia, se entregó el control de constitucionalidad de los actos administrativos generales a la jurisdicción

siguiente forma: “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 de Estado conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, 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”.

²⁴ TARAPUÉS SANDINO, Diego Fernando, *op. cit.*, p. 127.

²⁵ *Ibidem*, p. 128.

de lo contencioso administrativo, encabezada por el Consejo de Estado²⁶. De esta forma, se concibió que los decretos y actos administrativos generales que atentan contra la normativa constitucional quedan por fuera de la revisión de la jurisdicción constitucional, siendo, desde ese entonces, competencia del alto tribunal de lo contencioso administrativo²⁷.

IV. ESPECIFICIDADES DE LA NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

Si bien la revisión judicial de las normas que ejerce el Consejo de Estado representa un control normativo directo, accionado, abstracto, concentrado y con efectos *erga omnes*, tal como el realizado por la Corte Constitucional, existen varias particularidades que entran a diferenciar con claridad el control de constitucionalidad de las leyes realizado por el Tribunal Constitucional en su función de legislador negativo²⁸ y el control producto de las demandas de

²⁶ *Idem.*

²⁷ José Gregorio Hernández Galindo, expresidente de la Corte Constitucional, ve en esta distribución paralela de la atribución de control abstracto una cláusula restrictiva mediante la cual se limita la función de control constitucional ejercida por la Corte. En concreto, sostiene: “el artículo 241 de nuestra Carta Política -que está destinado a fijar las atribuciones de la Corte Constitucional- encabeza advirtiendo que se ejercerán ‘en los estrictos y precisos términos de este artículo’, lo cual se contempla con la dispersión generada por el artículo 237-2 de la Constitución, a cuyo tenor el Consejo de Estado conocerá de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos que no estén incluidos en el artículo 241”. HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. “Dificultades del control de constitucionalidad”, en *Prólogo del libro La naturaleza institucional del Tribunal Constitucional en América del Sur*, Cali, Editorial USC y JGHG Publicaciones, 2008, p. 20.

²⁸ El concepto de legislador negativo se extrae de Kelsen, quien concebía al Tribunal Constitucional no como un juez ordinario, sino como una instituci-

nulidad por inconstitucionalidad que ejerce la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo haciendo las veces de Consejo de Estado²⁹. En este orden de ideas, se entrará a detallar en algunas de esas especificidades, que permiten evidenciar las divergencias y convergencias entre ambos escenarios en el marco de la justicia constitucional colombiana.

ón que tiene la capacidad de sustraer derecho positivo del ordenamiento jurídico. En ese sentido, el pensamiento de Kelsen se resume en que: “Toda sentencia del Tribunal Constitucional tenía la fuerza de una ley posterior que deroga otra anterior, lo cual superaba la función estrictamente jurisdiccional, convirtiéndolo en una suerte de <<legislador negativo>>”. KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?*, Madrid, Editorial Tecnos, 1931, p. XIX. Por su parte, Sandra Morelli señala: “el juez constitucional sí legisla, precisamente porque su sentencia, cuando se trata de la constitucionalidad o no de una norma, tendrá el mismo efecto que el de la norma objeto de juzgamiento dentro de las fuentes del derecho”. MORELLI RICO, Sandra, *La Corte Constitucional: Un papel institucional por definir*, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001, p. 9. Véase también: CABALLERO SIERRA, Gaspar, *Corte Constitucional y Legislador: Contrarios o Complementarios*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002 y MORELLI RICO, Sandra, *La Corte Constitucional: ¿Un legislador complementario?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

²⁹ Así lo ha definido la Corte Constitucional al revisar la exequibilidad del inciso final del art. 49 del proyecto de Ley Estatutaria de Administración de Justicia: “En cuanto al último inciso de la norma que se examina, habrá de declararse la inexecutable de la expresión ‘que para estos efectos obra como tribunal constitucional’. En cuanto a la parte restante, como se explicó, resulta ajustado a la Carta Política entender que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo hace las veces de ‘Consejo de Estado’, para efectos de conocer de la nulidad de los decretos a los que se ha hecho referencia”. Corte Constitucional, sentencias C-037 de 1996, análisis al art. 49.

A) MEDIO DE CONTROL ADMINISTRATIVO O ACCIÓN PÚBLICA EN EJERCICIO DE UN DERECHO POLÍTICO

Lo primero que debemos resaltar es que el procedimiento que busca esclarecer la constitucionalidad de las normas tanto administrativas como legales es concebido, en rasgos generales, como con un escenario judicial rogado o accionado. Sin embargo, hay que distinguir que el control constitucional a las normas de naturaleza legislativa que le corresponde a la Corte Constitucional puede darse por acción pública interpuesta por los ciudadanos o de manera automática de conformidad con los términos estrictos que define la Constitución³⁰.

Por su parte, en el ámbito del control constitucional que desarrolla el Consejo de Estado no hay ningún presupuesto de la norma fundamental que prevea el denominado control automático, bien sea previo o posterior, sino que esta función solo se desarrolla tras el accionar del ciudadano como legitimado en activa para tal efecto. Sin embargo, hay que precisar que, a partir de la expedición del CPACA, esta función en el ámbito de la jurisdicción de lo contencioso administrativo es tomada como el ejercicio de un medio de control a la actuación de la administración pública.

En efecto, la disposición normativa de la Ley 1437 de 2011 que regula la nulidad por inconstitucionalidad se encuentra en la parte segunda de esta codificación, propiamente, en el Título II que regula los “Medios de Control”. Sobre esta particularidad, hay que recordar el hecho de que el Consejo de Estado, ejerciendo su iniciativa legislativa, fue el autor del proyecto de ley que dio vida a esta nueva codificación. En dicha labor “propuso superar la denominación de acciones con que tradicionalmente se alude a la

³⁰ Así, por ejemplo, el control constitucional realizado a los proyectos de leyes estatutarias, a los proyectos de leyes que han sido objetados por inconstitucionalidad por parte del Gobierno Nacional, a las leyes que incorporan tratados internacionales y a los Decretos Legislativos. Véase Constitución Política de Colombia, 1991, art. 241, num. 2, 3, 7, 8 y 10.

acción de nulidad, de nulidad y restablecimiento del derecho, de nulidad electoral, de reparación directa, de repetición, de pérdida de investidura, a las acciones populares y de grupo y a las contractuales y de cumplimiento, y así hizo el Legislador, acogiendo la propuesta del órgano judicial”³¹.

Por esta razón, los mecanismos de acceso a la administración de justicia en lo contencioso administrativo se denominan formalmente “medios de control” que se realizan a la actuación de la administración; con ello se ha buscado superar “la reiterada confusión del concepto de acción -como derecho subjetivo de acceso a la justicia- con el de pretensión -como el contenido de la acción-. Así, en ejercicio del derecho de acción, cualquier ciudadano puede elevar ante el Consejo de Estado la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad de los actos jurídicos indicados en el artículo 135, que considere violatorios de la Constitución Política”³².

En este orden de ideas, en el marco de la redenominación de los mencionados mecanismos judiciales del derecho administrativo colombiano, también se cobijó a la tradicional figura de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, quedando explícitamente como un medio de control. Así pues, lo que constitucionalmente se llama “acción de nulidad por inconstitucionalidad” de conformidad con el num. 2 del art. 237 y el num. 6 del art. 40 de la Carta Política, en la órbita jurídica administrativa se clasifica como “medio de control de nulidad por inconstitucionalidad” según el art. 135 del CPACA³³.

³¹ Corte Constitucional, sentencia C-415 de 2012, puntos 2.1.3 y 2.1.4.

³² Corte Constitucional, sentencia C-415 de 2012, punto 2.1.4.

³³ En relación con este rol que cumple el medio de control de nulidad por constitucionalidad en el marco de la justicia constitucional colombiana, la Corte ha indicado: “En el marco de esta jurisdicción especial que la Constitución ha establecido para la preservación de su integridad y supremacía, el Legislador ha previsto la posibilidad de que los ciudadanos, en ejercicio del derecho de acción, formulen ante el Consejo de Estado la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad de decretos gubernamentales, debido a la infracción

Como consecuencia de esa interrelación y acepción dual de la nulidad por inconstitucionalidad es que, a diferencia de los procedimientos que se surten en virtud de los otros medios de control, en los procesos de nulidad por inconstitucionalidad “no es exacto hablar de partes en el sentido en que este término se aplica en otra clase de procesos contenciosos”³⁴. Pues bien, aquí la jurisdicción se activa por el actuar de un ciudadano “en ejercicio de un derecho fundamental de contenido político, que tiene como pretensión la defensa de la integridad y supremacía de la Constitución y no tiene como parte contendiente a la autoridad que expidió el acto demandado, ya que la confrontación se da entre la Constitución y las normas demandadas como violatorias de aquella”³⁵.

Por tal razón, es que “no existe por parte de la autoridad que expidió el acto demandado la obligación de concurrir al proceso y su no comparecencia no tiene la virtud de producir nulidad alguna por ausencia de parte contradictoria. No es este medio de control -la nulidad por inconstitucionalidad-, la institución procesal para tramitar las demandas contra actos de carácter particular y concreto, en los cuales sí podría hablarse, en estricto sentido, de partes procesales. En suma, se trata de un conflicto constitucional internormativo y no intersubjetivo”³⁶.

directa de la Constitución. La Ley 1437/11 así lo regula en el artículo demandado, como uno de los ‘medios de control’ allí previstos para la preservación del orden jurídico y la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución. Así, el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo oficia como juez de constitucionalidad en modalidad de control abstracto -además de la atribución como juez de tutela-, completando el sistema de control de la supremacía e integridad de la Carta Política Fundamental que el Constituyente de 1991 confió a la Corte Constitucional, como cabeza de esta jurisdicción especial”. Corte Constitucional, sentencia C-415 de 2012, punto 3.2.3.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-415 de 2012, punto 3.5.5.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-415 de 2012, punto 3.5.5.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-415 de 2012, punto 3.5.5.

B) DECLARATORIA DE NULIDAD O DE INCONSTITUCIONALIDAD

Así como el derecho administrativo contemporáneo ha influido en rebautizar la acción de inconstitucionalidad contra normas administrativas, rotulándola como “medio de control”, del mismo modo, pero desde una visión tradicional, esta disciplina ha influido en la denominación *sui generis* en el derecho colombiano de “nulidad por inconstitucionalidad”. Mientras en el ámbito de la jurisdicción constitucional es claro el empleo de las expresiones “inconstitucionalidad” e “inexequibilidad” como declaratorias judiciales o consecuencias jurídicas de la revisión judicial de las normas de carácter legal³⁷, en el ámbito de la jurisdicción de lo contencioso administrativo se ha optado por el ya clásico término de “nulidad por inconstitucionalidad”.

Esta expresión empleada en el derecho administrativo, que difiere del tratamiento conceptual predominante en la justicia constitucional, si bien se aproxima terminológicamente a los medios de control parentales -nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho y nulidad electoral-, genera ciertas reflexiones doctrinarias para valorar lo que efectivamente se determina en el

³⁷ La jurisprudencia constitucional ha precisado que: “La declaratoria de inexequibilidad proferida por la Corte Constitucional es una orden para que ni las autoridades estatales ni los particulares la apliquen o, en otros casos, una facultad para que dejen de aplicarla. Es decir, es la de restarle efectos a la disposición inconstitucional. Adicionalmente, contiene implícita otra orden en aquellos casos en que sea resultado de una confrontación del contenido material de la norma con la Constitución: la prohibición al legislador de reproducir la disposición declarada inexequible. La decisión adoptada por la Corte es la de sacarla del ordenamiento jurídico, de tal modo que no siga surtiendo efectos hacia futuro, independientemente de que, mediante una ficción jurídica, en ocasiones excepcionales, la Corte profiera una decisión retroactiva o difiera sus efectos hacia futuro”. Corte Constitucional, sentencia C-329 de 2001, acápite V, punto 1.

proceso judicial que decide sobre este medio de control a la luz del derecho procesal y de la dogmática jurídica en general.

En principio, el derecho administrativo en el ámbito contencioso busca pronunciarse sobre la validez de las actuaciones administrativas a partir de un juicio de legalidad. En otros términos, la validez del acto administrativo se avizora en la medida que es legal y, por ende, la decisión judicial busca determinar si este acto jurídico se ajusta a lo presupuestado por el ordenamiento legal o no. Por su parte, los juicios de constitucionalidad atienden a un análisis estrictamente constitucional, mas no de legalidad. Por eso la concepción clásica de determinar la nulidad sobre actos administrativos que resultan dictaminados judicialmente como ilegales, puede, aparentemente, sonar imprecisa a efectos de determinar la adaptabilidad a la Constitución de un acto administrativo de carácter general³⁸.

Sin embargo, hay que resaltar que la nulidad en términos procesales y dogmáticos se predica tanto de situaciones jurídicas, como también de entidades o normas jurídicas, las cuales, al ser anuladas, en estricto sentido, “pierden su naturaleza jurídica y, por tanto, dejan de existir como tales, con todas las consecuencias que se derivan de ello”³⁹. La nulidad a diferencia de la simple invalidez “es el resultado de una acción que sólo puede ser llevada a cabo propiamente por personas autorizadas para ello, concretamente, por autoridades judiciales competentes”⁴⁰.

En ese sentido, la nulidad no es una institución jurídica que se decreta solamente por el cotejo de legalidad que llegan a tener los actos o preceptos normativos jurídicos, sino que frente a estos últimos se dictamina incluso a partir de la conformidad con el texto

³⁸ Sobre la disyuntiva dada entre el control de constitucionalidad y el control de legalidad, véase: CANO STERLING, Andrés y TORO HERNÁNDEZ, Laura, *op. cit.*, p. 66-68.

³⁹ LÓPEZ HERNÁNDEZ, José, “Existencia, validez y nulidad de las normas jurídicas”, en *Anales de Derecho*, 22, 99-120, 2004, p. 113.

40 *Ibidem*, p. 115.

constitucional, pues lo que en últimas se examina es la vigencia de su naturaleza jurídica. Por esa razón, en el derecho comparado se toman como tipos de procesos de nulidad de normas jurídicas no solo la “anulación de normas reglamentarias por ilegalidad procedimental o por conflicto sustantivo con leyes”, sino también el “proceso de anulación de normas legales por inconstitucionalidad, que se sustancia en dos tipos de procedimientos: recurso de inconstitucionalidad y cuestión de inconstitucionalidad”⁴¹.

C) DISPOSICIONES NORMATIVAS QUE SON OBJETO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Como ya se ha señalado, el Consejo de Estado conoce de la constitucionalidad de las normas solo de forma residual, ya que por regla general esta función se concentra en la Corte Constitucional. En ese sentido, la norma fundamental que confiere esta potestad ha precisado que dicha función se ejercerá sobre “los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”⁴². Estos decretos que se excluyen en la norma citada son los que señala el art. 241 de la Constitución, es

⁴¹ *Ibidem*, pp. 116 y 117. Hay que precisar que en el sistema de control de constitucionalidad español, además de existir el control abstracto y concentrado que se inicia a través del “recurso de inconstitucionalidad”, es decir, de manera accionada, también existe un mecanismo llamado “cuestión de inconstitucionalidad”, por medio de la cual los jueces y tribunales remiten al Tribunal Constitucional una situación incidental de constitucionalidad que termina decidiéndose de manera concentrada y abstracta por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional.

⁴² Constitución Política de Colombia, 1991, art. 237, num. 2.

decir, los decretos con fuerza de ley⁴³ y los decretos legislativos⁴⁴, cuya naturaleza jurídica no es ejecutiva, sino legislativa y, por consiguiente, se ha radicado su control técnico en cabeza del alto Tribunal de lo Constitucional⁴⁵.

⁴³ Señala el numeral 5 de esta disposición: “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”. Constitución Política de Colombia, 1991, art. 241, num. 5.

⁴⁴ Señala el numeral 5 de esta disposición: “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”. Constitución Política de Colombia, 1991, art. 241, num. 7.

⁴⁵ Además, la Corte ha precisado que también “ejerce control de exequibilidad sobre decretos o actos atípicos o especiales, diferentes a los indicados en los artículos 241 y 10° transitorio de la Constitución, que por mandato de la carta política también contienen fuerza material de ley, como los del siguiente listado, que no pretende ser taxativo sino meramente enunciativo: (i) Decretos con fuerza de ley, expedidos con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991; (ii) decretos compilatorios de normas con fuerza de ley; (iii) decretos que declaran un estado de excepción; (iv) decretos expedidos con base en disposiciones constitucionales transitorias diferentes al artículo 10° transitorio; (v) decretos que corrigen yerros de normas con fuerza de ley; etc. Adicionalmente, esta corporación también ha reconocido su competencia para conocer, en específicas circunstancias de control, la exequibilidad de (i) decretos de ejecución de la convocatoria a referendo; (ii) acto electoral que determina el censo en el marco de una reforma constitucional mediante referendo; (iii) acto electoral que declara la aprobación de un referendo; (iv) actos de gestores de una iniciativa popular para el trámite de una ley que convoca a referendo; (v) decretos de convocatoria al Congreso a sesiones extraordinarias; (vi) decretos o actos adoptados en cumplimiento de un acto legislativo; y (vii) acuerdos internacionales simplificados reguladores de materias propias de un tratado internacional”. Corte Constitucional, sentencia C-400 de 2013, punto 5.5.

En ese sentido, la Carta Política sugiere que cualquier decreto emitido por el Gobierno Nacional que no tenga connotación jurídica de naturaleza legal es objeto de conocimiento del Consejo de Estado en función del trámite de nulidad por inconstitucionalidad. Atendiendo a ese criterio, la misma Corte Constitucional declaró inexecutable la determinación taxativa de los decretos que, en principio, podían ser objeto de este tipo de procedimiento de conformidad con lo establecido en el Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia aprobado por el Congreso.

En efecto, el texto original de la que sería expedida como la Ley 270 de 1996 reducía el control constitucional concentrado ejercido por el Consejo de Estado a los siguientes decretos: “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”⁴⁶.

Sin importar el sinnúmero de decretos que cabrían en esas cuatro causales, la Corte fue enfática en señalar que el legislador estatutario no puede restringir lo que el constituyente ya estableció de forma más amplia. En concreto, frente al interrogante planteado para tal efecto, esto es, ¿sobre cuáles decretos se puede pronunciar el Consejo de Estado en ejercicio de la competencia prevista en el num. 2 del art. 237 constitucional?, la Corte sostuvo que es evidente que el alto tribunal de lo contencioso administrativo se puede pronunciar “sobre todos los que no estén contemplados dentro de las atribuciones que la Constitución Política confiere a la Corte Constitucional (Art. 241 C.P.)”⁴⁷.

⁴⁶ Art. 49 del Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996, análisis al art. 49.

Pese a esta generalización constitucional y a la exclusión explícita de los decretos descritos en el art. 241 de la Carta Política, la Corte ha reiterado que no siempre es sencillo determinar si una disposición normativa emitida por el Gobierno Nacional cabe o no dentro de esa prescripción, ya que “puede ocurrir que sea una norma con fuerza jurídica equivalente a la de una ley a pesar de que no haya sido emanada formalmente del Congreso sino del Ejecutivo”⁴⁸. Por esa razón, la Corte ha definido ciertos criterios para establecer la autoridad encargada del control constitucional, atendiendo a “la función principal que cumple esta corporación como garante de la supremacía e integridad de la Constitución frente a la competencia residual asignada al Consejo de Estado”⁴⁹. Dichos criterios son (i) el orgánico, (ii) el formal y (iii) el material.

Sobre el primero, la Corte ha dicho que no es tan útil ya que todos los decretos o actos sobre los que versa el análisis son emitidos en este ámbito por un mismo órgano: el Gobierno Nacional. En cuanto al segundo, explica que “la naturaleza de un decreto o acto del Ejecutivo está determinada por los fundamentos señalados al momento de su expedición, de manera que si se trata de una norma jurídica frente a la cual expresamente el artículo 241 de la Constitución Política le otorga competencia a la Corte Constitucional, es claro que su control le corresponde a esta corporación”⁵⁰.

No obstante, la Corte aclara que “puede acontecer que el decreto o acto gubernamental no señale las facultades que le sirven como soporte, o sea impreciso, ambiguo o contenga varios fundamentos jurídicos, de modo que dificulte determinar la autoridad judicial a la cual le corresponde adelantar el control de constitucionalidad”⁵¹. Por tal motivo, el criterio formal no es sufi-

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencias C-1154 de 2008 y C-400 de 2013.

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencias C-485 de 2020, C-1154 de 2008 y C-400 de 2013.

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-400 de 2013, punto 5.5.

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C-400 de 2013, punto 5.5.

ciente para establecer el juez natural y debe hacerse uso del criterio material.

De conformidad con este último criterio: “la naturaleza del decreto o acto determina la autoridad competente para asumir el juicio constitucional”, luego entonces, “si es una norma con fuerza o contenido material de ley, encuadrada en el artículo 241 superior, conocerá la Corte Constitucional, pero si concierne a una disposición que carece de magnitud legislativa, su examen atañera al Consejo de Estado con fundamento en el artículo 237-2”⁵². En este orden de ideas, a partir de la aplicación de los criterios indicados, la Corte Constitucional ha esclarecido la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en algunos de esos decretos en los que no es tan sencillo determinar al juez competente⁵³.

⁵² Corte Constitucional, sentencia C-400 de 2013, punto 5.5.

⁵³ Así, la Corte ha decantado que: “Tampoco encuadran en el contenido material de ley, los reglamentos del Presidente de la República que pretendan modificar o adicionar una ley, en cuanto La incompetencia advertida del Jefe de Estado habrá de ventilarse a través de la acción de nulidad de actos administrativos de carácter general (art. 137 de la Ley citada), dado que esa irregularidad no será porque haya vulnerado la materialidad de ley, sino, propiamente, los límites sobre los cuales se edifica la potestad reglamentaria (art. 189-11 Const.). Adicionalmente, cabe destacar los decretos o actos que desarrollan las leyes marco o cuadro, previstas en el artículo 150-19 constitucional, acerca de los cuales existe consenso en advertir que carecen de contenido material de ley, al ser ‘actos administrativos derivados de una suerte de potestad reglamentaria ampliada’, es decir, en ámbito mayor al señalado para los expedidos en desarrollo del artículo 189-11 ib. Así también lo ha explicado el Consejo de Estado, al establecer que ‘*si bien no es un decreto reglamentario común pues tiene un campo de acción mucho más amplio, no tiene naturaleza legislativa y no puede por se, alcanzar a derogar leyes o decretos con fuerza de ley*’. Ello, en cuanto las leyes marco no reportan una delegación al Ejecutivo de facultades extraordinarias de tipo legislativo, de manera que tales decretos no ostentan rango de ley, sino que constituyen decretos ejecutivos”. Corte Constitucional, sentencia C-400 de

Aparte de los decretos emitidos por el Gobierno Nacional que carecen de fuerza o contenido material de ley, el CPACA adiciona que el Consejo de Estado también conocerá de “la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional”⁵⁴. Con esta disposición legal, se amplían los actos jurídicos normativos que son objeto del control constitucional por parte del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Sobre la tipología de actos de carácter general a los que alude la norma en cita, la Corte Constitucional ha precisado que “la carta política atribuye la producción de actos de contenido normativo a órganos distintos al Congreso y al Gobierno Nacional, como los que expide el Consejo Superior de la Judicatura (art. 257 Const.), el Consejo Nacional Electoral (art. 265 ib.), la Contraloría General de la República (art. 268 ib.) y el Banco de la República (arts. 371 y 372 ib.), los cuales no tienen fuerza de ley propiamente, a pesar de sus especiales características e importancia dentro del ordenamiento jurídico”⁵⁵. En ese sentido, este tipo de disposiciones normativas son del resorte del Consejo de Estado en ejercicio de su función constitucional y legal para conocer sobre las nulidades por inconstitucionalidad que se interpongan en contra de los decretos o actos que no se encuentren atribuidos a la Corte.

D) EL CONTROL CONSTITUCIONAL ABSTRACTO DE CARA A LA INTEGRACIÓN DE LA UNIDAD NORMATIVA

Otra particularidad del control ejercido en virtud del art. 135 del CPACA, es la cláusula contenida en el párrafo de esta dispo-

2013, punto 6.3. Véase también: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de noviembre 1° de 2001, Expediente 6686.

⁵⁴ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, art. 135, inc. 2°.

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-400 de 2013, punto 6.3.

sición legal, el cual advierte que: “El Consejo de Estado no estará limitado para proferir su decisión a los cargos formulados en la demanda. En consecuencia, podrá fundar la declaración de nulidad por inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional. Igualmente podrá pronunciarse en la sentencia sobre las normas que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras demandadas que declare nulas por inconstitucionales”⁵⁶.

Sobre este precepto normativo, se debe aclarar que ya fue declarado como constitucional por parte de la Corte Constitucional, la cual concluyó que no viola el preámbulo ni los artículos 2, 29 y 229 de la Constitución. La Corte consideró que por medio de esta atribución se reafirman los principios fundamentales de supremacía e integridad constitucional, así como de configuración normativa del legislador en materia de acciones y procesos⁵⁷.

El alto Tribunal de lo Constitucional estimó que el postulado de integración de la unidad normativa le permite al Consejo de Estado “pronunciarse en la sentencia sobre las normas que, a su juicio, conforman un solo cuerpo de sentido normativo con aquellas otras demandadas que declare nulas por inconstitucionales”, lo cual hace parte del ejercicio de un control constitucional integral con fundamento en la Constitución misma y en el artículo 6 del Decreto 2067 de 1991⁵⁸.

Respecto a la integración de unidad normativa, la Corte ha señalado que, para el ejercicio de sus funciones, procede excepcionalmente en tres supuestos concretos: “(i) en primer lugar, en el caso cuando se demanda una disposición que no tiene un contenido normativo claro y unívoco, razón por la cual resulta necesario integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada, a fin de completar el enunciado nor-

⁵⁶ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, art. 135, párrafo.

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia C-415 de 2012, punto 4.

⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia C-415 de 2012, punto 3.6.1.

mativo demandado y evitar así una decisión inhibitoria; (ii) en segundo lugar, cuando el enunciado normativo demandado se encuentra reproducido en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas, a fin de evitar que el fallo de constitucionalidad resulte inane; y (iii) cuando la disposición demandada se encuentra íntima o intrínsecamente vinculada o relacionada con otra disposición, respecto de la cual se yerguen serias sospechas de constitucionalidad”⁵⁹.

Frente al último requisito señalado por la Corte, se ha precisado que es menester verificar el cumplimiento de otros dos requisitos, estos son: “(i) en primer lugar, la existencia de una estrecha e íntima relación entre la norma demandada y algunas otras disposiciones no demandadas, con las cuales formaría una unidad normativa; y (ii) que respecto de las disposiciones no demandadas emerjan a primera vista serias dudas o cuestionamientos respecto de su constitucionalidad”⁶⁰.

E) EFECTOS DE LA COSA JUZGADA DERIVADA DE LA NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

Finalmente, una última característica a resaltar frente al control constitucional que se origina a través de la nulidad por inconstitucionalidad tiene que ver con los efectos de las sentencias. A diferencia de los fallos de constitucionalidad que emite la Corte Constitucional, las decisiones en esta materia tomadas por el Consejo de Estado no surten efectos de cosa juzgada constitucional. El objeto de la cosa juzgada constitucional se centra en “mantener el orden en todas las relaciones jurídicas mediante la creación de situaciones estáticas que permitan conocer de antemano la juridicidad de la conducta que se piensa desplegar”⁶¹. En

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C-463 de 2008.

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia C-463 de 2008.

⁶¹ MORENO MILLÁN, Franklin, *La Jurisprudencia Constitucional como Fuente de Derecho*, Bogotá, Editorial Leyer, 2002, p. 91.

ese sentido, la propia Corte Constitucional ha definido la cosa juzgada constitucional como “el carácter inmutable de las sentencias (...) cuyo principal efecto es que una vez esta Corporación se ha pronunciado de fondo sobre la exequibilidad de un determinado precepto, no puede volver a ocuparse del tema”⁶².

Si bien el CPACA contemplaba inicialmente que aquellas “sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional”⁶³, lo cierto es que la Corte declaró inexecutable la expresión “constitucional” de este inciso, sustrayendo con esto el alcance de cosa juzgada constitucional que se le había dado por mandato legal a este tipo de sentencias. A partir de lo dispuesto en el art. 249 de la Carta Política que señala que los fallos dictados por la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad hacen tránsito a cosa juzgada, esta corporación decidió que aquel efecto de las sentencias que se pregona del artículo en cita no puede trasladarse a la labor desempeñada por el Consejo de Estado, ya que el alto tribunal de lo administrativo carece de aquella potestad asignada exclusivamente al órgano de cierre de la jurisdicción constitucional⁶⁴.

En ese sentido, la Corte sostuvo que aquellas “decisiones adoptadas por el Consejo de Estado hacen tránsito a cosa juzgada, mas no ‘constitucional’, nominación exclusiva de las sentencias de la Corte Constitucional, sin perjuicio del reconocimiento del control mixto de constitucionalidad propio del ordenamiento jurídico colombiano. De manera general y concordante, la doctrina y la jurisprudencia, locales y foráneas, han considerado la cosa juzgada como una cualidad inherente a las sentencias ejecutoriadas, que las hace inmutables, intangibles, inimpugnables y

⁶² Corte Constitucional, sentencia C-079 de 2011.

⁶³ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, art. 189, inc. 3°.

⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia C-400 de 2013, acápite VII.

obligatorias, por lo que el asunto decidido no puede variarse en el futuro, constituyendo garantía de seguridad y estabilidad jurídica; de lo contrario los conflictos serían interminables e irresolubles, en desmedro de los derechos ciudadanos⁶⁵.

Pese a esta declaratoria de inexequibilidad de los alcances de cosa juzgada constitucional de la sentencia producida en los procesos de nulidad por inconstitucionalidad, la misma Corte ha advertido que los fallos del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en este ámbito residual no sufren ningún desmedro, ni tampoco se desnaturaliza el referente funcional del control mixto de constitucionalidad que ha fijado la Constitución. Pues, en todo caso, las sentencias de nulidad por constitucionalidad proferidas por el Consejo de Estado tienen efecto de cosa juzgada y, por lo general, a futuro⁶⁶.

V. CONCLUSIONES

La nulidad por inconstitucionalidad es una institución jurídica que permite materializar de forma más amplia e integral el principio de supremacía constitucional, al posibilitar que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado revise la constitucionalidad de normas jurídicas de carácter general que salen de la órbita de conocimiento de la Corte Constitucional. Por ser normas o actos jurídicos de gran trascendencia nacional, pero que carecen de un contenido material legislativo, se ha conferido su conocimiento al órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa.

En ese sentido, este tribunal además de defender la Constitución de manera difusa a través del ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad y del conocimiento de acciones de tutela, pasa a concentrar el conocimiento abstracto de decretos expedi-

⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia C-400 de 2013, punto 7.5.

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia C-400 de 2013, acápite VII.

dos por el Gobierno Nacional cuya naturaleza jurídica no sea legal, así como de demás actos administrativos de carácter general expedidos por otras entidades u organismos. Con ello el Consejo de Estado pasa a ser un engranaje clave en el sistema de control constitucional mixto colombiano, ostentando una atribución residual a la desarrollada por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y ejerciendo un control constitucional abstracto que atiende a la integración de la unidad normativa. Sin embargo, se debe precisar que sus decisiones en la materia no hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, tal como lo ha decantado la jurisprudencia constitucional.

Por último, se debe resaltar que, si bien con la expedición del CPACA se dio vida al concepto de “medios de control de la administración” y con ello se red denominó la figura jurídica de la nulidad por inconstitucionalidad en el ámbito del derecho administrativo, entendiéndose esta como una pretensión concreta del ejercicio de la acción, ello no desdibuja la demarcación que le ha dado el texto constitucional a esta figura en el campo de la justicia constitucional. Por esa razón, la nulidad pública de inconstitucionalidad sigue estando concebida en términos constitucionales en el marco de la acción pública de inconstitucionalidad que ejercen los ciudadanos a partir de un derecho fundamental de naturaleza política, el cual busca volver al ciudadano un actor deliberativo y proactivo en la salvaguarda de la supremacía e integridad constitucional

