

UN ANÁLISIS SOBRE LA APLICACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN*

*Juan Camilo Loaiza Ortiz***

RESUMEN

El estudio de la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad, como mecanismo de control de constitucionalidad en cabeza de la Sala Plena del Consejo de Estado, debe realizarse a partir del siguiente análisis, a saber: en primer lugar, es necesario establecer el marco normativo que la Constitución Política le otorga así como el que las distintas normas le confiere; para lo anterior, es necesario entonces realizar un estudio histórico de la figura en estudio, pues permite establecer en primer lugar, el marco normativo en que se ha desarrollado la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico y en segundo lugar, permite plantear una propuesta sobre el futuro de esta acción constitucional; en segundo término, resulta imperante mencionar el conflicto jurisprudencial que ha surgido con ocasión de la aplicación de esta acción, pues es la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado la fuente que desarrolla la naturaleza, competencia y aplicación de la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad; por último se enmarca la figura en estudio dentro de la estructura contenida en el nuevo Código Contencioso Administrativo-Ley 1437 de 2011-. Una vez planteada la anterior estructura se debe proceder a responder el siguiente problema: a pesar de la escasez de aplicación de esta acción constitucional, ¿es pertinente conservarla dentro del ordenamiento jurídico colombiano?, por lo cual, se plantean 3 propuestas encaminadas a determinar el posible futuro de la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad.

Palabras clave

Pretensión de nulidad por inconstitucionalidad. Consejo de Estado. Corte Constitucional. Acción de nulidad. Control de constitucionalidad.

* La presente ponencia es el resultado de una investigación realizada en la línea de Análisis Crítico de las Instituciones del Grupo de Investigación en Derecho Público y Económico CREAR de la Universidad Sergio Arboleda.

** Alumno de Séptimo Semestre de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Semillero de Investigación del Grupo de Investigación en Derecho Público y Económico CREAR de la misma Universidad, miembro del Programa de Honores Rodrigo Noguera Laborde. Correo electrónico: juancamilo.loaizaortiz@gmail.com.

ABSTRACT

The study of the pretension of the nullity for unconstitutionality, as a mechanism of control of constitutionality must be realized from the following analysis, namely: firstly, it is necessary to establish the regulatory framework that the Constitution grants as well as the different norms confers; for this, it is necessary then to realize a historical study of the figure in study, allowing to establish in the first place, the regulatory framework that has developed the pretension of nullity for unconstitutionality in our legal system and secondly, it allows to raise a proposal on the future of this constitutional action; in second term, it is prevailing to mention the jurisprudential conflict that has emerged due to the application of this action, as is the jurisprudence, both the Constitutional Court and the State Council the source that develops the nature, jurisdiction and application of the pretension of nullity for unconstitutionality; finally the figure in study will be adapted within the structure contained in the new Contentious Code Administrative-Law 1437 of 2011-. Established the previous structure should proceed to answer the following problem: despite the lack of application of this constitutional action, Is it relevant to preserve it in the Colombian legal system?, therefore, 3 proposals are suggested to determine the possible future of the pretension of nullity for unconstitutionality.

Key words

Pretension of nullity for unconstitutionality. State Council. Constitutional Court. Nullity action. Constitutional control.

Introducción

El estudio del control de constitucionalidad en Colombia tiene una fecha en la cual se puede determinar la existencia de esta figura, en virtud de la cual se busca proteger la integridad y la supremacía de la Constitución. Fue 1910 el año en que el legislador consideró que las normas constitucionales tenían un carácter supremo respecto de las demás y por eso a partir de esa fecha se inicia el periodo de control de constitucionalidad y por ende de jurisprudencia constitucional.

De igual manera, desde inicios del control de constitucionalidad en Colombia, se ha tenido una dualidad de jurisdicciones encargadas de velar por la constitucionalidad de las normas del ordenamiento jurídico, dualidad que se ha visto reflejada básicamente en dos mecanismos con que cuentan los ciudadanos para demandar de la jurisdicción el control de constitucionalidad de las normas, a saber: por una parte la acción pública de inconstitucionalidad y la acción de nulidad por inconstitucionalidad.

El objeto de estudio de este trabajo es la acción o pretensión de nulidad por inconstitucionalidad; sin embargo, debe advertirse que para el completo desarrollo de esta acción, no puede dejarse a un lado los otros mecanismos con que se puede buscar realizar un control de constitucionalidad, pues la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad como se verá tiene un radio de aplicación muy reducido debido a los pocos asuntos de que puede conocer.

Establecido el marco conceptual básico sobre la acción de nulidad por inconstitucionalidad contenida en el artículo 237.2 constitucional, de competencia del Consejo de Estado, hay que lograr determinar entonces todos los aspectos que la componen y la han desarrollado a lo largo de estos 20 años de vigencia de nuestro ordenamiento constitucional.

Metodología

El presente análisis se llevará a cabo a partir del planteamiento de la estructura jurídica de la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad dentro del ordenamiento jurídico colombiano con la finalidad de poder proceder a plantear un problema jurídico, el cual irá seguido de tres posibles soluciones. El método empleado para el presente análisis será el cualitativo, mediante el cual se determinará la naturaleza de la figura en estudio y, mediante la aplicación de jurisprudencia y casos prácticos, se llegará a presentar 3 propuestas encaminadas a dar solución al problema planteado.

Marco Teórico

Para realizar un análisis crítico sobre la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad, es necesario determinar el marco jurídico en el cual tanto el constituyente como el legislador han previsto esta institución procedimental dentro de nuestro ordenamiento jurídico; por lo cual se debe, en primer lugar, determinar un concepto amplio sobre la acción de nulidad por inconstitucionalidad y; en segundo término, hay que proceder a determinar todo el marco jurídico en el cual se prevé concretamente un concepto sobre la acción en estudio.

Concepto y marco jurídico de la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad

La pretensión de nulidad por inconstitucionalidad es la facultad con que cuentan los ciudadanos para acudir ante la jurisdicción contencioso

administrativa–Consejo de Estado- para demandar de ella la declaratoria de nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional cuya competencia de conocimiento no corresponda a la Corte Constitucional (art. 237.2 Constitución Política) por considerarlos contrarios a las normas contenidas en la Carta Política.

El desarrollo del artículo 237.2 constitucional está plasmado en las distintas normas que desarrollan la nulidad por inconstitucionalidad de competencia del Consejo de Estado, pues, producto del afán recalitrante del legislador por determinar la naturaleza jurídica de los decretos enunciados en el artículo superior, se ha generado una discusión jurisprudencial entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a determinar la competencia del Tribunal correspondiente para conocer de la inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, cuya competencia de conocimiento no sea de la Corte Constitucional; el artículo 237.2 superior, desarrollado por el artículo 49 de la Ley 270 de 1996 “*Ley Estatutaria de la Administración de Justicia*” ha establecido lo siguiente: “*El Consejo de Estado decidirá sobre las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional ni al propio Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.*”

La decisión será adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.”

Por otra parte, el numeral 7 del artículo 97 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), modificado por el artículo 33 de la Ley 446 de 1998, establece en cuanto a la competencia del Consejo de Estado en Sala Plena lo siguiente, a saber:

“La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo tendrá las siguientes funciones especiales:

De las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se promuevan contra los Decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, que no correspondan a la Corte Constitucional, cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezca a función propiamente administrativa.

La acción podrá ejercitarse por cualquier ciudadano y se tramitará con sujeción al procedimiento ordinario previsto en los artículos 206 y siguientes de este Código, salvo en lo que se refiere al período probatorio que, si fuere necesario, tendrá un término máximo de diez (10) días.

En estos procesos la sustanciación y ponencia corresponderá a uno de los Consejeros de la Sección respectiva según la materia y el fallo a la Sala Plena.

Contra los autos proferidos por el ponente sólo procederá el recurso de reposición. Los que resuelvan la petición de suspensión provisional, los que decreten inadmisión de la demanda, los que pongan fin al proceso y los que decreten nulidades procesales, serán proferidos por la Sección y contra ellos solamente procederá el recurso de reposición.

El ponente registrará el proyecto de fallo dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de entrada a despacho para sentencia. La Sala Plena deberá adoptar el fallo dentro de los veinte (20) días siguientes, salvo que existan otros asuntos que gocen de prelación constitucional.

Las acciones de nulidad de los demás Decretos del orden nacional, dictados por el Gobierno Nacional, se tramitarán y decidirán por las Secciones respectivas, conforme a las reglas generales de este Código y el reglamento de la Corporación. <Subrayado por fuera del texto original>”

Una vez establecido el marco jurídico en que se enmarca la acción de nulidad por inconstitucionalidad, prevista en la Constitución, es necesario proceder a establecer en primer lugar, como referente histórico, las circunstancias en las cuales se originó esta figura jurídica de rango superior; en segundo término, se determinará la naturaleza jurídica de los decretos de carácter general proferidos por el Gobierno Nacional que no obedezcan a funciones propiamente administrativas; en tercer lugar, se determinarán las características y el trámite judicial de la acción de nulidad por inconstitucionalidad; posteriormente, se establecerán las posiciones jurisprudenciales que han ahondado en la materia ora de la Corte Constitucional, ora del Consejo de Estado y; en quinto lugar, se hará un breve recuento

sobre la estructura que quedó prevista para la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad en el nuevo código contencioso administrativo; por último, se realizará un análisis sobre la efectividad, los resultados y la aplicación de la acción de nulidad en nuestro ordenamiento jurídico.

1. Referente Histórico

El control de constitucionalidad en Colombia tiene sus orígenes en el Acto Legislativo 03 de 1910, en virtud del cual se le confiaba a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la integridad de la Constitución, otorgando a los ciudadanos la acción de constitucionalidad con el ánimo de dar cumplimiento al principio de Supremacía Constitucional; esta norma es considerada por muchos sectores de la doctrina como el inicio de la jurisprudencia constitucional, pues bajo el esquema planteado en 1887 se “había diseñado un sistema de presunción de constitucionalidad, según el cual una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputaba como exequible y se aplicaría aun cuando pareciere contraria a la Carta Política (art. 6 Ley 153 de 1887)” (GALINDO VÁCHA).

Con todo, la materia que nos ocupa es otra, por lo cual, su referente histórico en nuestro ordenamiento jurídico es la Ley 130 de 1913, mediante la cual se le confiere competencia al Consejo de Estado para conocer de la revisión de los actos del Gobierno que no sean de competencia de la Corte Suprema de Justicia; por otra parte, la Ley 167 de 1941, anterior código contencioso administrativo, estableció expresamente la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en los asuntos de inconstitucionalidad o ilegalidad de los decretos, resoluciones y todos los actos del Gobierno.

Vale la pena anotar, que la discusión jurisprudencial sobre la dualidad de jurisdicciones competentes para conocer de la constitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional es de antaño, pues la disputa en un primer escenario fue entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado; sin embargo, la controversia quedó saneada con la reforma constitucional de 1945, la cual brindó una solución pacífica a este conflicto de competencias entre jurisdicciones, determinando taxativamente los casos en los cuales el Consejo de Estado debería conocer y decidir sobre las acciones

de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional.

Posteriormente, con la gran reforma constitucional de 1968, contenida en el Acto Legislativo 01 de ese año, mediante la cual se modifica la competencia de la Corte Suprema de Justicia y se crea la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se modifica el artículo 216 superior quedando de la siguiente manera: “ *Corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los artículos 76, ordinales 11 y 12, 80, 121 y 122 de la Constitución*”. Los referidos artículos constitucionales a que hace mención el artículo 216 de la Constitución de 1886 se referían concretamente a: facultades extraordinarias, ley del Plan de Desarrollo, estado de sitio y estado de emergencia económica (GALINDO VÁCHA, 2008).

El Acto legislativo 01 de 1968, fue el último gran acto reformativo de la Constitución de 1886, el cual perduró hasta la derogación expresa hecha por el artículo 380 de la Carta Política de 1991.

2. Naturaleza Jurídica de los Decretos Dictados por el Gobierno Nacional de los cuales es competente el Consejo de Estado para conocer de la inconstitucionalidad de los mismos

Hay que advertir que si se quiere lograr establecer la competencia del Consejo de Estado para conocer de la acción de nulidad por inconstitucionalidad consagrada en el artículo 237.2 superior es necesario establecer la clasificación de los Decretos a la luz de la Constitución Política de 1991, pues todos aquellos que tengan naturaleza de ley son de conocimiento exclusivo de la Corte Constitucional para su análisis de exequibilidad; a contrario sensu, aplicando la cláusula residual, aquellos decretos que no tengan naturaleza legislativa serán de conocimiento del Consejo de Estado cuando estos sean objeto de revisión por tener vicios de inconstitucionalidad o ilegalidad.

Los decretos de que conoce la Corte Constitucional, en virtud de lo dispuesto en el articulado superior son; en primer lugar, los decretos-ley, según los cuales El Presidente de la República está facultado para expedir estos decretos en virtud de las plenas facultades

extraordinarias conferidas por el Congreso de la República de que trata el artículo 150 núm. 10 de la Constitución Política y el decreto que aprueba el Plan Nacional de Desarrollo cuando el Congreso no lo adoptare; en segundo término, los decretos legislativos, en virtud de los cuales el Presidente de la República asume la calidad de legislador durante los estados de excepción- arts. 212,213 y 215 constitucionales.

Por otra parte, los demás decretos expedidos por el Gobierno Nacional no gozan de naturaleza legislativa y por lo tanto corresponde al Consejo de Estado conocer de la constitucionalidad de dichas normas.

Sin embargo, se encuentra que de la acción de nulidad de que conoce el Consejo de Estado, la ley prevé dos acciones, a saber: la nulidad por inconstitucionalidad (art. 97.7 C.C.A) y la simple nulidad o nulidad por ilegalidad (ART. 84 C.C.A); la importancia de realizar esta distinción radica en que respecto de la primera, la acción está en cabeza de todo ciudadano, es decir, aquellos mayores de edad, dejando a un lado los menores de edad, los extranjeros y las personas jurídicas, y en cuanto al análisis de la nulidad por inconstitucionalidad, le corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo llevar a cabo esta labor, haciendo un parangón directo entre la norma-decreto- acusada y la Constitución Política; por el contrario, la segunda acción de nulidad está en cabeza de todas las personas, es decir, nacionales o extranjeros, naturales o jurídicas, mayores o menores de edad y le corresponderá a las secciones del Consejo de Estado la realización del cotejo frente a las leyes, pues el estudio de esta acción está encaminado a determinar su ilegalidad; y aun advirtiendo la inconstitucionalidad de la norma acusada, se debe tramitar por el proceso correspondiente a la simple acción de nulidad, pues lo que se predica en este caso es su ilegalidad.

Es necesario añadir, que el Consejo de Estado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 23 de julio de 1996, profirió un fallo en que estableció la diferencia entre estas dos acciones; así pues se estableció que “El control jurisdiccional sobre estos decretos de índole eminentemente administrativa se ejerce mediante “la acción de nulidad”, consagrada en el artículo 84 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 artículo 237.2 de la Constitución Política, 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 o a través de normas de rango meramente legal, así puede 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 administrativo” (1996).

Se puede afirmar entonces que los Decretos a que hace referencia el artículo 237.2 superior y 33 de la Ley 446 de 1998 son los Decretos denominados “reglamentos constitucionales autónomos”, en virtud de los cuales, el Presidente de la República por atribución directa de la Constitución profiere estos decretos, sin intermediación de la ley (VEGA DE HERRERA, 2010); ejemplos de estos Decretos están previstos en la Norma Suprema, a saber: el artículo 355 constitucional, prevé la reglamentación de los auxilios o donaciones en favor de particulares o personas jurídicas, en este caso, la Norma Suprema delega esta importante labor directamente al Gobierno Nacional, quien está encargado de ejecutarlo mediante la expedición de un Decreto de carácter general sin intermediación alguna del legislador; por otra parte, en cuanto a las funciones conferidas al Presidente de la República, contenidas en el artículo 189 superior, se encuentra que no todas las disposiciones plasmadas en el articulado superior corresponden al ejercicio de funciones administrativas, por lo cual se puede predicar que respecto de los numerales 2, 3, 4 y 5 el Presidente de la República no está cumpliendo funciones propiamente administrativas.

Ahora bien, “un ejemplo de actos acusables por esta vía es aquel previsto en el artículo 41 transitorio de la Constitución-sobre el régimen del distrito capital de Bogotá-, quizás el único que ha dado oportunidad a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para que se pronuncie sobre pretensiones de nulidad por inconstitucionalidad. El decreto 1421 de 1993 fue expedido por el gobierno nacional en ejercicio de la atribución otorgada por la citada disposición transitoria de la Carta” (GALINDO VÁCHA, 2008).

Sin embargo, hay que advertir que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado una posición distinta de la expuesta,

al considerar que los decretos de que debe conocer el Consejo de Estado respecto de la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad son aquellos a los que se aplica la cláusula residual, es decir, los no contenidos en el artículo 241 superior y en los artículos 5, 6, 8, 22 y 39 transitorios.

3. Características y Trámite judicial

Las características y el trámite judicial de la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad son:

- A) Legitimación: están legitimados para entablar esta acción todos los ciudadanos, es decir, quienes sean colombianos y gocen de sus derechos políticos; lo anterior en virtud del artículo 97.7 del C.C.A.; un sector de la doctrina ha considerado que el motivo de que esta acción esté en cabeza de los ciudadanos es su contenido altamente político (RIVADENEIRA BERMÚDEZ, 2009).
- B) Objeto de la acción: el objeto sobre el cual recae esta pretensión es buscar en la jurisdicción contencioso administrativa-entiéndase Sala Plena del Consejo de Estado- la declaratoria de nulidad de un Decreto de carácter general dictado por el Gobierno Nacional cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezca a función propiamente administrativa, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, disposición contenida en la Constitución Política art. 237.2, en el artículo 97.7 del C.C.A., y en el artículo 49 de la Ley 270 de 1996.
- C) Competencia: la competencia para conocer de este asunto está contenida en el numeral 7 del artículo 97 del C.C.A., donde se establece que para la sustanciación y ponencia se designará un consejero de la sección a la que corresponda la materia, pero para la resolución sobre la nulidad por inconstitucionalidad conocerá y decidirá la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.
- D) Trámite: conforme a lo previsto en la ley, esta acción se tramitará según lo dispuesto en el artículo 206 del C.C.A., es decir, como procedimiento ordinario pero con algunas excepciones, a saber:

1. Se inicia con la presentación de la demanda ante el Consejo de Estado, que como ya se había mencionado, iniciará el proceso de reparto.
2. Respecto de los autos proferidos durante el proceso, únicamente serán susceptibles del recurso de reposición. Sin embargo, existen aspectos del proceso que únicamente serán de conocimiento de la Sección y otros que serán de conocimiento de la Sala Plena, por lo cual, los autos que profiera la Sección, referentes a resolver la solicitud de suspensión provisional, poner fin al proceso, inadmitir la demanda o decreto de nulidades procesales, serán de igual manera susceptibles del recurso de reposición; por el contrario, la Sala Plena únicamente conocerá sobre la decisión de fondo del asunto (PALACIO HINCAPIÉ, 2006).
3. Por regla general este proceso no tiene etapa probatoria, sin embargo, la ley establece que de necesitarse práctica de pruebas, se fijará un plazo que en todo caso no podrá exceder de 10 días.
4. El inciso 5 del numeral 7 del artículo 97 del C.C.A establece que “el ponente registrará el fallo dentro de los 15 días siguientes a la fecha de entrada a despacho para sentencia. La Sala Plena deberá adoptar el fallo dentro de los 20 días siguientes, salvo que existan otros asuntos que gocen de prelación constitucional”.
5. La acción de nulidad por inconstitucionalidad por su esencia y por regla general no caduca, es decir, puede presentarse en cualquier tiempo, pues su finalidad es cotejar la inconstitucionalidad por vía directa de los Decretos a que hace referencia esta pretensión con el Estatuto Superior.
6. El proceso finaliza con sentencia.

Por último cabe anotar que la finalidad principal de esta acción en cabeza de los ciudadanos es “el restablecimiento de la legalidad abstracta, en tanto que se hace de respetar el orden jurídico, particularmente la Constitución Política” (GALINDO VÁCHA, 2008).

4. Posiciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado

En un primer plano, la Corte Constitucional se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre la materia en cuestión, siendo las Sentencias

C-037/1996 y C-506/1999 las más importantes, pues en primer lugar, se examina la competencia de ambas jurisdicciones conforme a la naturaleza jurídica de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional cuya competencia no sea de la Corte Constitucional y; en segundo plano, se determina la diferencia entre decretos expedidos en cumplimiento de funciones de carácter administrativo y de los decretos que no son en cumplimiento de plenas funciones administrativas.

El estudio realizado por la Corte Constitucional en tratándose de la primera sentencia citada, con fecha 5 de febrero de 1996, MP. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, el Tribunal Constitucional estudia la exequibilidad del artículo 49 de la Ley 270 de 1996, pues en el texto original del artículo en referencia, el legislador había establecido una enunciación taxativa de los Decretos que debía conocer el Consejo de Estado en razón de su constitucionalidad, estableciendo 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 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 ley previa.

Sin embargo, en el análisis de constitucionalidad de la norma demandada, la Corte Constitucional encontró que el legislador no podía realizar una enunciación taxativa de decretos sujetos a un control de constitucionalidad, dejando por fuera otros. El argumento central de la Corte Constitucional en dicha sentencia fue “¿Sobre cuáles decretos se puede pronunciar 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 (Art. 241 de la Constitución Política). 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 1- 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” (1996).

Respecto de la segunda sentencia, la Corte Constitucional se pronunció acerca de la exequibilidad de las normas relativas a la materia en cuestión contenidas en la Ley 446 de 1998; para lo cual, la Corte Constitucional realiza el estudio, en este caso, de la expresión “y que no obedezca a función propiamente administrativa”, contenida en el artículo 33.7 de dicha ley. La Corte estima que “no tiene otro sentido que 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” (1998). El análisis constitucional precedente resulta importante para el estudio de la materia toda vez que realizada la diferenciación de los actos de gestión y de los actos de autoridad, ambos de conocimiento del Consejo de Estado, en concordancia con lo establecido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, se puede determinar cuáles decretos serán objeto de la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad-actos de autoridad- y cuales serán objeto de la acción de ilegalidad o nulidad-actos de gestión-.

Por otra parte, el Consejo de Estado de igual manera se ha manifestado respecto de la materia; a continuación se presentarán dos de las más importantes manifestaciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.

Como ya se había advertido, en sentencia del 23 de julio de 1996 se estipuló el control jurisdiccional de los actos eminentemente administrativos-acción de nulidad- y de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, determinada en la medida en que el parangón deba realizarse en vía directa entre la norma acusada y la Constitución Política. Esta sentencia es considerada como el eje sobre el cual se cimienta la competencia del Consejo de Estado en Sala Plena para determinar la constitucionalidad de los Decretos ya mencionados, pues en numerosas sentencias del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo se hace referencia a la misma siempre y cuando se deba determinar la naturaleza jurídica del acto de gobierno con la finalidad de establecer la acción contenciosa correspondiente; de igual manera, esta jurisprudencia junto con las de la Corte Constitucional, determinan que en Colombia existe un control dual de constitucionalidad por vía de la acción, bien sea de la acción pública de inconstitucionalidad, de competencia privativa de la Corte Constitucional, o de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, de competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Otra jurisprudencia relevante para el estudio en cuestión es la proferida el 18 de enero de 2000, por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo con ponencia del Consejero Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, pues en este caso, el Consejo de Estado en su Sala Plena conoce de una pretensión de nulidad por inconstitucionalidad, y su importancia deriva pues de que tal acción ciudadana es escasa, dada la compleja naturaleza jurídica de los actos de gobierno-decretos-.

Respecto de esta jurisprudencia debe señalarse que tal y como lo advirtió GALINDO VÁCHA, tal vez de las únicas acciones de nulidad por inconstitucionalidad que ha conocido el Consejo de Estado en Sala Plena han sido respecto de la constitucionalidad de las normas contenidas en el Decreto 1421 de 1993, pues en el caso concreto, se demanda la nulidad por inconstitucionalidad de los artículos 96 a 104 del citado Decreto por encontrar que son atentatorios de los artículos 117, 118, 322, 323, 324 y 41 transitorio de la Constitución

Política.; el motivo por el cual esta acción de nulidad corresponde a una que deba tramitarse ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, es decir, es realmente una acción de nulidad por inconstitucionalidad, se debe a que el Decreto 1421 de 1993 “*Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá*” fue proferido por el Presidente de la República por disposición Constitucional, sin mediación alguna de la ley, es decir, que no estaba realizando actos propiamente administrativos, a lo cual el Consejo de Estado concluye diciendo que “La competencia para conocer de la presente acción, de nulidad por inconstitucionalidad, corresponde al Consejo de Estado, de conformidad con el artículo 237.2 superior, en concordancia con el artículo 33.7 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 97.7 C.C.A., tal como quedó modificado y adicionado por el artículo 33 de la Ley 446 de 1998, 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 función administrativa” (2000).

5. La pretensión de nulidad por inconstitucionalidad a la luz del nuevo código contencioso administrativo Ley 1437 de 2011

Dentro del estudio de la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad se hace necesario mencionar la inclusión de esta figura dentro de la nueva reforma introducida por el legislador en virtud de la cual se dicta un nuevo código contencioso administrativo-Ley 1437 de 2011.

Por lo anterior, hay que aclarar primeramente que por mandato expreso del artículo 308 de la Ley 1437 de 2011 el nuevo Código Contencioso Administrativo tiene un periodo de transición, es decir, su entrada en vigencia está prevista para todas las actuaciones administrativas y todos los procedimientos que se inicien a partir del 2 de julio del año 2012, por cual se entiende que el Decreto 01 de 1984-actual Código Contencioso Administrativo- estará vigente hasta esa fecha.

Por otra parte, de la derogatoria expresa que hace la Ley 1437 de 2011 en su artículo 309 del Decreto 01 de 1984 (C.C.A) y todas las normas que le sean contrarias, se pretende establecer una nueva

estructura jurídica encargada de regular los temas relacionados con la administración.

En cuanto al objeto de estudio que hoy ocupa, el numeral 5 del artículo 111 de la Ley 1437 de 2011 hace mención a la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad en los siguientes términos:

“Artículo 111: *La Sala de lo Contencioso Administrativo en pleno tendrá las siguientes funciones:*

5) Conocer de la nulidad por inconstitucionalidad que se promueva contra los decretos cuyo control no corresponda a la Corte Constitucional.”

Es necesario mencionar que la tipificación que se hace respecto de la acción de nulidad por inconstitucionalidad en el nuevo Código Contencioso Administrativo no hace referencia alguna al procedimiento que debe llevarse a cabo para iniciar esta acción, pues el artículo 97.7 del actual C.C.A, hace un análisis y establece completamente el procedimiento que debe llevarse a cabo, pues si se recuerda la jurisprudencia analizada anteriormente, el eje sobre el cual ha girado la controversia y la disertación de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha sido sobre el enunciado del numeral 7 del artículo 97 del C.C.A.

Resulta por lo tanto novedoso el enunciado simple que se hace de la nulidad por inconstitucionalidad y queda planteada la problemática según la cual se va a manejar el procedimiento de la pretensión en estudio, entendiendo que el mecanismo procedimental a seguir es el mismo que se tiene previsto en el artículo 97.7 del actual C.C.A.

6. Análisis sobre los resultados y aplicación de la acción de nulidad por inconstitucionalidad en Colombia

Luego de quedar plenamente determinada la figura prevista en el artículo 237.2 constitucional, es procedente realizar un análisis sobre la efectividad y la aplicación que ha tenido esta figura de antaño en nuestro ordenamiento jurídico.

Es necesario primero advertir sobre la guarda e integridad de la supremacía constitucional (Art.4 constitucional), que por mandato expreso del constituyente de 1991 se le otorgó a la Corte Constitucional (Art. 241 constitucional), lo cual convierte a este Tribunal Constitucional en la autoridad suprema en cuanto a la interpretación,

alcance y protección de las normas superiores se trate; de igual manera, todos los jueces de la República están investidos de precisas funciones constitucionales en dos casos concretos, a saber: cuando conocen de la acción de tutela contenida en el artículo 86 superior y cuando aplican la excepción de inconstitucionalidad, quedando de esta manera parcialmente establecida la competencia en asuntos constitucionales; sin embargo, por voluntad de la Constitución de 1991, se le otorga de igual manera a la Sala Plena del Consejo de Estado la facultad de conocer de la acción de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno cuya competencia no sea de la Corte Constitucional. De esta manera, la Carta Política establece entonces dos tipos de control de constitucionalidad, a saber: un control dual, que consiste en que por vía de la acción existen dos jurisdicciones competentes para conocer de los asuntos de constitucionalidad de las normas-Corte Constitucional y de manera residual Consejo de Estado-, y por otra parte se plantea un control difuso de constitucionalidad, de raigambre anglosajón en cuanto a la excepción de constitucionalidad se refiere y por otra parte se entiende que con la creación de la acción de tutela (art. 86 Constitución Política) se les da la posibilidad a los jueces de la república de examinar la constitucionalidad de las normas cuando por la aplicación de una norma de menor jerarquía se están amenazando o violando derechos fundamentales constitucionales.

Ahora bien, en virtud de la clasificación de los decretos proferidos por el Gobierno Nacional, presentada anteriormente en este estudio, se ha encontrado que en la práctica se presentan más aquellos cuya naturaleza es legislativa- decretos-ley y decretos legislativos- y que los demás decretos que profiere el Gobierno Nacional en su facultad constitucional de hacerlo, son más comunes los que se ejercen en el cumplimiento de funciones administrativas, es decir, con intermediación previa de la ley; por el contrario, respecto de los decretos que ocupan el objeto de estudio, lo reitera la Doctrina y la poca jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sobre la materia, se ha encontrado que únicamente no se está frente a un decreto de carácter general cuya expedición no obedece al ejercicio de facultades administrativas y cuya competencia no es de la Corte Constitucional en muy pocos casos. Los casos a que se hace referencia se encuentran previstos a lo largo de la Constitución,

cuando en virtud de un artículo de la misma se le otorga la facultad al Presidente de la República-entiéndase Gobierno Nacional- de regular una materia sin mediación del legislativo, motivo por el cual se comparte la tesis expuesta por MARIELA VEGA DE HERRERA en cuanto a que únicamente se puede predicar la acción de nulidad por inconstitucionalidad respecto de los Decretos conocidos como “reglamentos constitucionales autónomos”.

Dado lo planteado se considera que la acción de nulidad por inconstitucionalidad tal y como está planteada en nuestro ordenamiento jurídico es una acción que día a día tiende a desaparecer, pues su aplicación y uso por parte de los ciudadanos es escasa debido a que las normas que se pueden acusar-decretos autónomos o reglamentos constitucionales autónomos- son igualmente escasos; por lo cual vale la pena replantear la aplicación de esta acción en los siguientes términos: ¿es pertinente conservar la acción de nulidad por inconstitucionalidad dentro del ordenamiento jurídico colombiano?.

En primer lugar, si se recuerda el intento fallido del legislador por tratar de establecer taxativamente los decretos de que debía conocer el Consejo de Estado por inconstitucionalidad (artículo 49 de la Ley 270 de 1996), desdibujado de nuestro ordenamiento jurídico por la exequibilidad “condicionada” (sentencia C-037/96), podría replantearse la función constitucional en cabeza del Consejo de Estado, en el caso en que se restablezca taxativamente que decretos son de conocimiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, solución que se tenía prevista en la reforma constitucional de 1945.

En segundo término, considerando la poca aplicación que ha tenido desde la expedición de la Constitución de 1991 la acción de nulidad por inconstitucionalidad, podría plantearse entonces la posibilidad de trasladar esa facultad privativa del Consejo de Estado al órgano que por su naturaleza y por la disposición de la Norma Suprema corresponde la guarda e integridad de la supremacía de la Carta Política-entiéndase Corte Constitucional-.

Por último, se puede plantear que el procedimiento previsto para tramitar esta acción se lleve a cabo a través de la acción de nulidad, es decir, que se tramite en las diferentes Secciones del Consejo de Estado y su reparto sea conforme a la materia de que conoce cada

Sección; por lo tanto, cuando se inicie una acción de nulidad en la cual se pretenda establecer la ilegalidad de una actuación administrativa de carácter general, se estudie de igual manera la posible inconstitucionalidad que pueda predicarse del acto, pues si se atiende lo previsto por el artículo 4 de la Constitución, el principio de Supremacía Constitucional irradia todo el ordenamiento jurídico y debe siempre haber una armonía entre las normas inferiores a la Carta Política, por lo cual, toda aplicación y estudio de las normas debe llevarse a cabo siempre teniendo en cuenta su perfecta correspondencia con la Norma Suprema.

Conclusiones

La pretensión de nulidad por inconstitucionalidad, introducida por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico de manera expresa en 1941 con ocasión de la expedición del código contencioso administrativo de la época, tiene como objeto, la protección del principio de supremacía constitucional, según el cual todas las normas contenidas en la Carta Política tienen un grado jerárquico superior dentro del ordenamiento jurídico en virtud del cual las demás normas de menor jerarquía deben conformarse por los lineamientos previstos en el Estatuto Superior.

No obstante de existir una acción encaminada a tan honorable presupuesto, resulta ilógica a todas luces la discusión, presentada de antaño entre las denominadas “Altas Cortes” en cuanto a quien debe ostentar la calidad de órgano encargado para la guarda de la integridad de la Norma Superior, pues el propósito del ordenamiento jurídico no debe estar en hacer este tipo de distingos jerárquicos, sino en brindar a los jueces de la república, quienes realmente están encargados de hacer cumplir las leyes y la Constitución, los instrumentos necesarios para garantizar que el principio consagrado en el Art. 4 constitucional se cumpla, es decir, que la supremacía constitucional no quede meramente expresada en un artículo de la Constitución, sino que por el contrario, sea instrumento de seguridad jurídica para los ciudadanos.

Por último, es imperativo decir que el destino que debe tener la acción de nulidad por inconstitucionalidad debe ser, sin perjuicio de la competencia del Consejo de Estado como máximo Tribunal de lo Contenciosos Administrativo, desaparecer del ordenamiento jurídico,

pues basta con tener un solo órgano a quien se le encomiende la supremacía constitucional en todos los casos; que sea la Corte Constitucional el Tribunal encargado de esta labor para dejar así a un lado la dualidad jurisdiccional en cuanto al control de constitucionalidad respecta.

Bibliografía

GALINDO VÁCHA JUAN CARLOS, *Lecciones de Derecho Procesal Administrativo*, Colección Dicentibus Auxilia No. 1, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2004, págs. 457^a 478.

RIVADENEIRA BERMÚDEZ ROSEMBER, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín, 2009, págs. 123 a 125.

VEGA DE HERRERA MARIELA, *Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Leyer, Bogotá, 2010, págs. 100 a 102.

PALACIO HINCAPIÉ JUAN ÁNGEL, *Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín, 2006, págs. 35 a 37, 244 a 246.

SANTOFIMIO GAMBOA JAIME ORLANDO, *Tratado de Derecho Administrativo* t. III, Fondo de Publicaciones del Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, págs. 47 a 52, 181 a 184.

BETANCUR JARAMILLO CARLOS, *Derecho Procesal Administrativo*, Señal Editora Ltda., Medellín, 2009, págs. 73 a 77.

Constitución Política de Colombia.

Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984).

Ley 270 de 1996.

Ley 446 de 1998.

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

Corte Constitucional. Sentencia C-560 del 4 de agosto de 1999, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 23 de julio de 1996, exp. S-612 (3367), C.P.: Juan Alberto Polo Figueroa.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 18 de enero de 2000, exp. AI-046, C.P.: Juan Alberto Polo Figueroa.