

Alcance de la Acción Pública de Nulidad por Inconstitucionalidad

Por: **Jesús Hernando Álvarez Mora**¹

Abogado y docente universitario

Resumen

El eje central del artículo es la acción pública de nulidad por inconstitucionalidad. Sin embargo, para llegar al punto se precisa la competencia que en materia de control de constitucionalidad tiene la Corte Constitucional, toda vez que el Consejo de Estado tiene un control de constitucionalidad residual por medio de la acción objeto de estudio. Igualmente, para mejor comprensión de la temática se hace una aproximación conceptual sobre el principio de supremacía constitucional y, por supuesto, sobre la acción estudiada. Finalmente, se precisan las normas que pueden ser objeto de demanda en virtud de la acción pública de nulidad por inconstitucionalidad.

Palabras claves: Corte Constitucional, Consejo de Estado, supremacía constitucional, acción, acción pública de inconstitucionalidad, acción pública de nulidad por inconstitucionalidad, Constitución, ley, decretos con fuerza de ley.

Abstract

The central axis of this article is the Public Action of Annulment for Unconstitutionality. However, it is necessary to specify the Constitutional Court competency in matters of constitutionality control, considering that the Council of State has a residual constitutional

¹ Abogado y especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre, Doctor en Derecho de la Universidad Alfonso X El Sabio de España. Docente de Derecho Constitucional. Ha sido decano y rector de la sede principal de la Universidad Libre, conjuer de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, del Consejo Nacional Electoral y de la Corte Constitucional. Es Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y del Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario.

control through the action under study. Likewise, for a better understanding of the subject, a conceptual approximation is made on the principle of constitutional supremacy and, of course, on the action of study. Finally, the rules that can be sued by the public action of nullity for unconstitutionality are indicated.

Key words: Constitutional Court, Council of State, supremacy constitutional, action, public action for unconstitutionality, public action of nullity for unconstitutionality, Constitution, rules, decree-law.

Introducción

Si bien es cierto, se puede compartir la tesis de Ferdinand Lasalle (2005) en su clásica obra ¿Qué es una Constitución? según la cual siempre han existido constituciones, porque siempre han existido factores reales de poder, es indudable que en la evolución de la Constitución existen dos hitos, dos sobresalientes acontecimientos que señalan un antes y un después: la creación de la Constitución escrita por los Estados Unidos de Norteamérica en 1787 (Constitución federal o nacional) y la Constitución Alemana de 1949 (Ley fundamental). En estos dos momentos, además de otras consideraciones progresivas que es menester tener presente, se impulsa de manera vehemente la supremacía constitucional. En la primera, consagrando dicho principio de manera expresa. En la segunda, acogiendo el Tribunal Constitucional de inspiración kelseniana, acompañado de la fórmula Estado social de derecho, de la dignidad humana, de los derechos fundamentales y su especial protección, de la condición normativa de la Constitución, entre otros aspectos.

Dicho principio, el de la supremacía constitucional según el cual la Constitución Política (CP) es normas de normas, no puede ser un mero adorno, una mera declaración o muletilla plasmada en las cartas fundamentales de los Estados. Deben existir medios o mecanismos para

su eficacia, o sea para que las normas de inferior jerarquía no sean contrarias. De ahí que se hable de sistemas, métodos o mecanismos de control de constitucionalidad con variadas clasificaciones, entre los que se observan dos considerados clásicos: el control de constitucionalidad difuso o concreto de origen anglosajón y el concentrado o abstracto de origen kelseniano.

La Nación colombiana no ha sido ajena a lo señalado. Desde su alba independentista se decidió por la CP escrita (Álvarez Mora, 2020) y también, sobre todo desde las primeras décadas del siglo XX, por el control de constitucionalidad. Bajo la Constitución Nacional de 1886, al menos se pueden señalar dos reformas constitucionales que lo reafirman: de un lado, el Acto Legislativo 03 de 1910 (Restrepo Piedrahita, 1986) que crea la acción pública de inconstitucionalidad asignándole la competencia a la Corte Suprema de Justicia como guardiana de la Constitución, y la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el Consejo de Estado como máximo órgano, jurisdicción que empieza labores a partir de 1914; de otro lado, el Acto Legislativo 01 de 1968 (Restrepo Piedrahita, 1986) que crea la Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia con el propósito de proyectar las sentencias en ejercicio del control de constitucionalidad para decidir en Sala Plena, y el control automático oficioso posterior de constitucionalidad para los decretos legislativos expedidos por el Presidente de la República con la firma de todos los ministros en virtud del Estado de Sitio, hoy llamados Estados de excepción. Estas reformas, y el juicioso ejercicio de los dos altos tribunales, revitalizaron dicho control jurisdiccional.

No obstante lo anterior, es con la expedición de la CP de 1991 que se robustece en forma notable el principio de supremacía constitucional diáfananamente plasmado en su artículo 4°. Se integra un sistema robusto de control de constitucionalidad creando la Corte Constitucional con

amplias competencias como suprema guardiana de la Carta y, además de la excepción de inconstitucionalidad basada en el mismo artículo 4º que le permite a una autoridad judicial o administrativa inaplicar una norma en un caso concreto si la considera contraria a la CP, se le asigna al Consejo de Estado un control de constitucionalidad residual en virtud de la acción de nulidad por inconstitucionalidad.

En este orden de ideas, el presente artículo tiene como finalidad o propósito hacer una aproximación descriptiva respecto al alcance de la acción pública de nulidad por inconstitucionalidad. Para ello, además de describir algunos aspectos básicos, se señalan, sin mayor desarrollo, las competencias de la Corte Constitucional con el fin de poder identificar qué normas, en últimas, pueden ir al máximo tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para su revisión constitucional con impulso ciudadano.

Supremacía Constitucional

En términos sencillos, la supremacía constitucional como principio quiere decir que la CP es la norma de normas, es la suprema norma del Estado, el estatuto superior, la ley fundamental, la ley de leyes, en fin, como bien se le quiera denominar para indicar que en una jerarquía normativa o pirámide normativa como la inspiró Hans Kelsen, característico de un Estado constitucional de derecho, no puede haber normas jurídicas por encima de ella y, además, que deben ser expedidas conforme a sus prescripciones y no llevarle la contraria de manera material, sustancial o de contenido.

Este principio está expresamente plasmado en la CP de 1991. Reza el artículo 4º:

La Constitución Política es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades. (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 4)

Más allá de la sana discusión si a nivel interno prevale el *ius corpus* internacional, ante todo, los tratados internacionales sobre derechos humanos, lo relevante es comprender la importancia del acatamiento y respeto por la CP tanto por parte de las autoridades como por los particulares. Desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 de Francia (artículo 16), se ha precisado que la CP tiene dos funciones relevantes: garantizar los derechos y la separación de poderes (Pérez Royo, 2010). Qué más se puede pedir. La CP, entonces, es una técnica del control político y una base para el bienestar en la vida cotidiana de todos los asociados. Garantizar su supremacía significa evitar el despotismo, las dictaduras, los gobiernos autocráticos que tanto daño han hecho y hacen a las naciones donde aún existen y, de contera, garantizar el máximo tesoro de los seres humanos, es decir, los derechos humanos.

Competencia de la Corte Constitucional

La CP de 1991, incluyó, entre otros, el sistema de control de constitucionalidad judicial concentrado o abstracto, también conocido como de origen continental europeo o kelseniano o de origen austro – húngaro - checoslovaco (Barrero Berardinelli, 2018), al crear la Corte Constitucional. Concentrado porque se tiene un órgano especializado en velar por la supremacía de la CP y abstracto porque sus decisiones tienen efecto erga omnes (Rey Cantor, 2010).

Este sistema, robustecido o, si quiere, fundado por uno de los más grandes juristas del siglo XX como lo fue Hans Kelsen cuando incluyó en la CP de Austria de 1920 el Tribunal Constitucional como órgano encargado de velar por la guarda de la supremacía de la carta

fundamental, tenía un papel original de ser legislador negativo al estar facultado para anular una ley si la hallaba contraria a la Carta Fundamental, en contraposición al legislador positivo en cabeza del parlamento o congreso. Ahora, en tiempos contemporáneos, dada la evolución del juez constitucional en el marco del activismo judicial, los tribunales o cortes constitucionales no sólo auspician como legisladores negativos, sino que, en ocasiones, actúan como legisladores positivos ante todo cuando se ven en la obligación de proteger derechos de los sectores minoritarios tradicional e históricamente vulnerados por la pretensión absoluta y equivocada de los derechos de las mayorías.

La Corte Constitucional de Colombia, integrada por nueve magistrados para un período de ocho años sin reelección, elegidos por el Senado de la República de sendas ternas remitidas según el caso por la Presidencia de la República, la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, como guardiana de la supremacía de carta fundamental, tiene varias funciones conforme a las voces del artículo 241 de la CP de 1991. Entre ellas, se destacan como las más importantes la del control de constitucionalidad y la eventual revisión de los fallos de tutela como suprema garante de los derechos fundamentales.

En materia de control de constitucionalidad, según sea la circunstancia, revisa si las normas fueron tramitadas conforme a las prescripciones constitucionales, es decir, revisa posibles vicios de forma, de trámite o de procedimiento. Igualmente, estudia si las normas material o sustancialmente respetan el contenido de la CP, o sea, si existen posibles vicios de fondo, materiales, sustanciales o de contenido.

De la misma manera, y para mayor claridad sobre todo pensando en iniciados en estas temáticas, es importante resaltar que todas las normas tienen potencialmente hablando control de

constitucionalidad, pero no todas son de competencia de la Corte Constitucional para la revisión constitucional.

Con las necesarias precisiones que se han hecho, se procede a destacar la competencia de la Corte Constitucional en materia de control de constitucionalidad. Dicho en otros términos, a continuación se delimitan las normas jurídicas que potencialmente llegan al alto Tribunal Constitucional para su revisión constitucional, bien sea, y según el caso, por vicios de forma o por vicios de fondo.

a) Las reformas constitucionales, cualquiera sea su origen, únicamente por vicios de forma, de trámite o de procedimiento, siempre que sean demandadas en virtud de la acción pública de inconstitucionalidad dentro del año siguiente a su promulgación.

b) Las reformas constitucionales, por vicios de competencia cuando se presenta el fenómeno de la sustitución de la CP, que también considerado como vicio de forma, de trámite o de procedimiento, siempre que sean demandadas en virtud de la acción pública de inconstitucionalidad dentro del año siguiente a su promulgación. (Corte Constitucional de Colombia, C-551, 2003).

c) Todas las leyes, tanto por vicios de forma como por vicios de fondo, según sea el caso, y cualquiera sea la categoría de la ley y el tipo o método de control: previo como acontece con las leyes estatutarias o posterior por vía de acción pública de inconstitucionalidad que la puede interponer cualquier ciudadano por vicios de forma dentro del año siguiente a su promulgación o por vicios de fondo en cualquier tiempo.

d) Algunos decretos con fuerza de ley como los decretos leyes o decretos extraordinarios (C.P., 1991, art.150-10), los decretos legislativos expedidos por el presidente de la República con

la firma de todos los ministros en virtud de los Estados de excepción (C.P., 1991, art. 212, 213 y 215) y los decretos de planeación (C.P., 1991, art. 341, inc. 3 de la CP).

e) Los tratados internacionales, al momento de la revisión constitucional de la respectiva ley mediante la cual se aprueban.

f) Los referendos sobre leyes.

g) Las consultas populares y plebiscitos del orden nacional sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.

h) Los decretos o actos con contenido material de ley.

i) Las interpretaciones sobre normas jurídicas hechas por las altas cortes, cuando sean demandas por un ciudadano mediante control posterior por vía de acción pública de inconstitucionalidad. (Corte Constitucional de Colombia, C-294, 2022).

j) Los proyectos de ley cuando han sido objetados por el presidente de la República por inconstitucionales, siempre que el Congreso insistiere en su constitucionalidad.

Concepto de la Acción de Nulidad por Inconstitucionalidad

Es un medio de control fundamentado en la soberanía popular plasmada en el artículo 3° de la CP, en concordancia con sus artículos 4° que contempla el principio de la supremacía constitucional, 40/6 respecto a la garantía del derecho político como derecho fundamental en virtud del cual, entre otras facultades, le otorga a todo ciudadano el derecho a “Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la Ley” (C.P., 1991, art. 40.6), y, por supuesto, como se ha señalado, en el 237/2 de la misma Carta. En últimas, la acción de nulidad por inconstitucionalidad tiene su fundamento en la democracia participativa como elemento estructural de la CP.

Se puede definir como el medio de control que puede ejercer cualquier ciudadano ante el Consejo de Estado, con la finalidad de proteger la supremacía constitucional, para demandar la nulidad de los decretos de carácter general proferidos por el Gobierno Nacional o de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional, si los considera contrarios a la CP y cuya competencia no le corresponda a la Corte Constitucional.

Esta acción o medio de control está regulado por el artículo 135 del CPACA, el cual prescribe lo siguiente:

Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución.

También podrán pedir 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.

Parágrafo. - 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. (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [C.P.A.C.A], 2011, art.135)

Características de la Acción de Nulidad por Inconstitucionalidad

Con fundamento en lo expresado, se pueden enunciar las siguientes características de esta acción:

- a) Es una acción constitucional. Está directamente consagrada en la CP.
- b) Es participativa. Se ejerce con base en el derecho político como derecho fundamental en el marco de la democracia participativa.
- c) Es pública. La puede interponer cualquier ciudadano sin necesidad de abogado, o con representación judicial si lo prefiere.
- d) Teleológicamente objetiva. Tiene como finalidad defender la supremacía constitucional.
- e) No caduca. Se puede interponer en cualquier tiempo.
- f) Es extrapetita. El Consejo de Estado no está limitado para su decisión ni a los cargos ni a las normas invocadas por el actor en unidad de materia.
- g) Tiene efectos erga omnes. El fallo hace tránsito a cosa juzgada y es de obligatorio cumplimiento para las autoridades y los particulares.
- h) Tiene efectos ex nunc. La decisión, en términos generales, tiene efectos a futuro. De lo contrario, de dársele un efecto ex tunc, de manera expresa se debe referir en la decisión o resuelve.
- i) Es residual. Se puede ejercer contra normas del ámbito nacional que puedan desconocer la CP cuya competencia no le corresponda a la Corte Constitucional.

Competencia del Consejo de Estado en Materia de Control de Constitucionalidad según la CP

El Consejo de Estado integrado por treinta y un magistrados elegidos por la misma Corporación de lista enviada por el Consejo Superior de la Judicatura para un período de ocho años sin reelección, conforme al artículo 237 de la CP, tiene tres funciones principales: ser el tribunal supremo de lo contencioso administrativo, actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración y ejercer control de constitucionalidad de manera residual.

En materia de control de constitucionalidad, prescribe el artículo 237/2 de la CP que le corresponde al Consejo de Estado “Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional” (C.P., 1991, art. 237.2). A su turno, la Ley 1437 de 2011 mediante la cual se aprueba el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), en su artículo 111/5, en concordancia con el artículo 135, le atribuye dicha competencia a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

En principio, si se atiende a la literalidad de los artículos 237/2 en concordancia con el 241 de la CP de 1991, no habría mayor dificultad, pues el primero remite al segundo. Entonces, bastaría con observar cuáles son los decretos con fuerza de ley expedidos por el Gobierno Nacional de competencia de la Corte Constitucional para la revisión constitucional. Estos son los arriba enunciados en el literal d) del acápite sobre la competencia de la Corte Constitucional y que se desarrollan a continuación para mayor comprensión.

El artículo 241 de la CP norma que:

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

(...)

5ª.) 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.

(...)

7ª.) 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. (C.P., 1991, art.241)

Los primeros, o sea, los del numeral 5º del artículo 241 de la CP, cuya competencia, se reitera, le corresponde a la Corte Constitucional, tienen un control constitucional posterior por vía de acción pública de inconstitucionalidad, la cual se puede ejercer dentro del año siguiente a su promulgación si se demanda por vicios de forma, de trámite o de procedimiento, y en cualquier tiempo si se demanda por vicios de fondo, materiales, sustanciales o de contenido.

En cuanto a los decretos legislativos, aquellos que expide el presidente de la República con la firma de todos los ministros para declarar un Estado de excepción como el de Guerra exterior (artículo 212 de la CP), Conmoción interior (artículo 213 de la CP) o de Emergencia económica, social o ecológica o por grave calamidad pública (artículo 215 de la CP), y para tomar medidas en virtud de su declaratoria, tienen un control de constitucionalidad automático

oficioso posterior ejercido por la Corte Constitucional. Esto quiere decir, que no es menester que medie demanda de un ciudadano para que el Tribunal Constitucional los revise, sino que el Gobierno deben enviárselos al día siguiente de su expedición o de lo contrario se aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento. La Corte Constitucional frente a estos decretos ha de revisar posibles vicios de forma y posibles vicios de fondo, además de los motivos que dieron lugar a su expedición, lo que llama la doctrina control de constitucionalidad integral. (Corte Constitucional, C-420, 2020).

En este orden de ideas, al ciudadano le quedaría muy sencillo saber cuáles decretos con fuerza de ley son de competencia para revisión constitucional por parte de la Corte Constitucional, si se atiende al artículo 241 de la CP, como se ha dicho. Entonces, los demás le corresponderían, según lo mandado por el artículo 237/2 de la CP, antes citado, al Consejo de Estado.

Sin embargo, no es tan sencillo. A manera de ejemplo, en atención a lo dispuesto por los artículos 5° y 10° transitorios de la CP, el Decreto 2591 de 1991 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política” (Decreto 2591, 1991), y el Decreto 2067 de 1991 “Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional” (Decreto 2067, 1991), son considerados decretos con fuerza de ley, y el control de constitucionalidad le corresponde a la Corte Constitucional. Igualmente, la misma Corporación ha sostenido que es competente para ejercer control de constitucionalidad sobre los decretos o actos con contenido material de ley, como por ejemplo los decretos con fuerza de ley expedidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991, los decretos compiladores de normas con fuerza de ley, los

decretos que corrigen yerros de normas con fuerza de ley, entre otros. (Corte Constitucional, C-400, 2013)

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, C-400, 2013)

En la misma sentencia, la Corte Constitucional recalca:

5.5. Así, en virtud de la potestad legislativa que ejerce el Congreso, corresponderá a esta corporación el estudio de constitucionalidad de los asuntos con **contenido material de ley**, esto es, (i) con fuerza de ley ordinaria, dispuestos de manera expresa por la carta política (artículo 150); y (ii) con fuerza de ley especial, referidos a materias estatutarias y orgánicas específicas (artículos 151 y 152), las cuales comportan una mayor exigencia de aprobación. En este ámbito, serán también de su conocimiento los decretos o actos cuya expedición, de ordinario o de manera transitoria, la Constitución le atribuye a otros órganos distintos del Congreso de la República, siempre que regulen asuntos sometidos a reserva ordinaria o especial de ley, así su denominación suponga aparentemente el conocimiento y decisión de otra autoridad constitucional.

(...)

Teniendo presente que en un Estado de derecho no caben competencias por analogía o por extensión, la Corte ha recurrido a los criterios orgánico, formal y material para establecer la autoridad encargada del control constitucional, denotando 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. Cabe aclarar que el criterio orgánico, por obvias razones, no resulta útil en el presente asunto, tratándose de decretos o actos emanados del Gobierno Nacional.

Según el criterio formal, 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.

Sin embargo, 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.

En tales circunstancias, por resultar insuficiente el criterio formal, debe acudirse al criterio material, según el cual la naturaleza del decreto o acto determina la autoridad competente para asumir el juicio constitucional. De manera que 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 atañerá al Consejo de Estado con fundamento en el artículo 237-2 ib. (Corte Constitucional, C-400, 2013)

Como se puede observar, se insiste, no es tan sencillo identificar las normas cuyo control de constitucionalidad residual le corresponde al Consejo de Estado en virtud de la acción o medio de control de nulidad por inconstitucionalidad. En este andar, bien se puede insistir en preguntar ¿cuáles son las normas cuya competencia para la revisión constitucional le corresponde al Consejo de Estado según lo normado por el artículo 237/2 de la CP?

Con las precisiones antes realizadas, en los acápite siguientes se dará una respuesta lo más aproximada posible.

Competencia del Consejo de Estado en Materia de Control de Constitucionalidad según el CPACA

El legislador, mediante el artículo 135 del CPACA, va a precisar la competencia respecto al control de constitucionalidad que ejerce el Consejo de Estado en virtud de la acción o medio de control de nulidad por inconstitucionalidad. En síntesis, su competencia es sobre los siguientes actos jurídicos:

- a) Los decretos de carácter general que profiera el Gobierno Nacional en ejercicio de la función administrativa derivados directamente de la CP.
- b) Los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos nacionales distintos del Gobierno Nacional.

Estas son las normas. Sin más. Caso típico son los decretos que dicta el Gobierno Nacional en desarrollo de las leyes marco según lo normado por el artículo 150/19 de la CP. De ser demandados, su confrontación sería directamente con la CP. Es importante recalcar que

cuando los cargos de la demanda en virtud del medio de control de nulidad por incondicionalidad conlleven una confrontación con la ley, la acción correspondiente es la de simple nulidad.

Para mayor concreción sobre el alcance de la acción o medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, es relevante tener presente las precisiones que ha hecho el Consejo de Estado, entre otros pronunciamientos, mediante sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 7 de septiembre de 2021, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdez, para su procedencia al interpretar el artículo 135 del CPACA:

(...) En cuanto a los requisitos para la procedencia de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, la Corporación ha decantado los siguientes:

En primer lugar, que la disposición acusada sea un decreto de carácter general, dictado por el Gobierno nacional o por otra entidad u organismo, en ejercicio de una expresa atribución constitucional.

En segundo lugar, que el juicio de validez se realice mediante la confrontación directa con la Constitución Política, no respecto de la ley. Sobre el particular ha dicho la Corporación que tampoco procede el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad cuando las normas constitucionales son objeto de desarrollo legal, porque en estos casos el análisis de la norma demandada “[n]ecesariamente involucrará el análisis de las disposiciones de rango legal [...]”, además de la Constitución.

En tercer lugar, que la disposición acusada no sea un decreto ley expedido en ejercicio de facultades extraordinarias ni un decreto legislativo, porque éstos, conforme a los numerales 5 y 7 del artículo 241 constitucional, son de competencia de la Corte Constitucional.

En cuarto lugar, se ha establecido que el acto acusado debe tratarse de un reglamento constitucional autónomo, es decir, aquel que se expide en ejercicio de atribuciones permanentes o propias que le permiten aplicar o desarrollar de manera directa la Constitución (...). (Consejo de Estado, Sala Plena, 2018-00441, 2021)

La Corte Constitucional, en atención a una demanda interpuesta por un ciudadano en virtud de la acción pública de nulidad por inconstitucionalidad, mediante sentencia C-060 de 2023 con ponencia del Magistrado Alejandro Linares Castillo, declaró exequible dicha interpretación. (Corte Constitucional, C-060, 2023)

Para no redundar, sólo se considera necesario precisar el segundo punto de la interpretación como elemento novedoso en el presente artículo. Esto es, que el juicio de validez se realice mediante la confrontación directa con la CP. En la práctica se observa que muchas demandas impetradas ante el Consejo de Estado por la cuerda procesal del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad también invocan el presunto desconocimiento de leyes en sentido material, caso en el cual el mismo Alto Tribunal la direcciona al medio de control de nulidad simple conforme al artículo 137 del CPCA. Por esta razón se recalca que los cargos para demandar mediante el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, además de todo lo señalado, debe ser por el desconocimiento de una norma de rango constitucional, más no legal.

Conclusiones

Primera. La acción pública de inconstitucionalidad que puede ejercer todo ciudadano para demandar ante la Corte Constitucional una reforma constitucional cualquiera sea su origen, una ley o un decreto con fuerza material de ley, tiene una acción gemela, denomina acción o medio de control de nulidad por inconstitucionalidad que también puede ejercer todo ciudadano pero

para demandar ante el Consejo de Estado actos normativos del nivel nacional cuya competencia no le corresponda a la Corte Constitucional.

Segunda. Tanto la acción pública de inconstitucionalidad como la acción pública de nulidad por inconstitucionalidad tienen como fuente directa la CP.

Tercera. En la vida práctica o cotidiana no es sencillo para un ciudadano tener certeza sobre la acción a ejercer para proteger la supremacía constitucional cuando un acto normativo provenga del Gobierno Nacional o de otra entidad u organismo del nivel nacional, motivo por el cual en principio además de tener presente el criterio orgánico es menester ahondar sobre el criterio material, pues en últimas toda norma de contenido material de ley, denomínesele como se le denomine, será de competencia de la Corte Constitucional para ejercer el control de constitucionalidad.

Cuarta. Si bien es cierto el Consejo de Estado ejerce un control residual de constitucionalidad mediante la acción o medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, su importancia es mayúscula pues es lo que permite que ninguna norma se quede por fuera de dicho control como garante de la especial consagración según la cual la Constitución es norma de normas.

Quinta. En todo caso, si el impulso ciudadano es equivocado en cuanto a la acción impetrada, el Consejo de Estado o la Corte Constitucional deben hacer uso del principio de *iura novit curia* para identificar e impulsar la acción que corresponda: de nulidad por inconstitucionalidad, de simple nulidad (Quinche Ramírez, 2015) o de inconstitucionalidad. De esta manera se evita conculcar el derecho político del ciudadano y, en consecuencia, la elusión constitucional como sendero para actuar por fuera de La Norma de Normas, garantía suprema del Estado constitucional. Ése es el alcance de la acción estudiada.

Referencias

- Álvarez Mora, J. H. (2020) El papel de la Constitución en la independencia de las naciones. *Verba Iuris* (43), 105–115. <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.43.6466>
- Barrero Berardinelli, J. A. (2018) *Jurisprudencia constitucional. Precedentes de la humanidad. Casos y materiales*. Legis.
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [C.P.A.C.A.]. Ley 1437 de 2011. DO: 47.956
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). (2.a ed.). Legis.
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (7 de septiembre de 2021). Sentencia 2018-00441. [M.P: Serrato Valdés, R. A.]
- Corte Constitucional de Colombia. (9 de julio de 2003) Sentencia C-551 de 2003 [M. P: Montealegre Lynett. E.]
- Corte Constitucional de Colombia. (3 de julio de 2013) Sentencia C-400 de 2013 [M.P: Pinilla Pinilla, N.]
- Corte Constitucional de Colombia. (24 de septiembre de 2020) Sentencia C-420 de 2020 [M.P: Ramírez Grisales, R. S.]
- Corte Constitucional de Colombia. (4 de agosto de 2022) Sentencia C-294 de 2022 [M.P: Correa Cardozo, H.]
- Corte Constitucional de Colombia. (23 de marzo de 2023) Comunicado de Prensa Sentencia C-060 de 2023. [M.P: Linares Castillo, A.]
- Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. (19 de noviembre de 1991). Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. [Decreto 2591 de 1991]. DO: 40.165

Lassalle, F. (2005). *¿Qué es una Constitución?* Monografías Jurídicas. Temis.

Pérez Royo, J. (2010) *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons.

Presidencia de la República de Colombia. (4 de septiembre de 1991). Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional. [Decreto 2067 de 1991]. DO: 40.012

Quinche Ramírez, M. F. (2015). *Derecho Procesal Constitucional Colombiano*. Doctrina y Ley Ltda.

Restrepo Piedrahita, C. (1986) *Recopilación de actos legislativos: 1914 – 1936*. Banco Popular.

Rey Cantor, E. (2010) *El derecho procesal constitucional*. Doctrina y Ley Ltda.