

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE
ESTADO

Presentado por:

CARLOS ANDRES

TELLEZ RONCANCIO

Director Temático:

CESAR OLIVEROS AYA

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

TESINA

COLOMBIA

2015

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

TABLA DE CONTENIDO

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO	4
EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA	16
El control abstracto de constitucionalidad	24
<i>Control abstracto por vía principal.</i>	25
<i>Control abstracto posterior, automático o a posteriori.</i>	30
<i>Control abstracto previo, preventivo o a priori.</i>	30
<i>Otras manifestaciones del control abstracto de constitucionalidad.</i>	31
El control concreto de constitucionalidad	32
El control difuso de constitucionalidad	34
Efectos de las sentencias de la Corte Constitucional	36
EL CONSEJO DE ESTADO COMO TRIBUNAL SUPREMO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	43
La función unificadora del Consejo de Estado	47
<i>Las sentencias de unificación jurisprudencial.</i>	56
Los recursos extraordinarios en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo	63
<i>Recurso extraordinario de revisión.</i>	64
<i>Recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.</i>	68
Revisión eventual en las acciones populares y de grupo	71
<i>Selección de la Sentencia o Providencia.</i>	72

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Carácter definitivo de la Sentencia o Providencia. 75

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS INTERPRETACIONES

NORMATIVAS DEL CONSEJO DE ESTADO 82

La posición de la Corte Constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano 85

La doctrina del derecho viviente 96

Control abstracto de constitucionalidad sobre el derecho viviente del

Consejo de Estado 102

Límites al Control Constitucional del Derecho Viviente del

Consejo de Estado 113

CONCLUSIONES 121

Referencias 132

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Bajo la Constitución Política de 1991 se adoptó un sistema judicial compuesto por cuatro jurisdicciones, a saber: la Jurisdicción Ordinaria, la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción Especial.

Las tres primeras jurisdicciones fueron dotadas de una serie de órganos judiciales, los cuales actuarían como órganos supremos o de cierre en cada una de ellas y desarrollarían unas funciones propias al interior de su ámbito de competencia.

En el caso de la Jurisdicción Ordinaria, el artículo 234 de la Carta Política estableció que la Corte Suprema de Justicia sería su “máximo tribunal” y que actuaría como “tribunal de casación” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, Art. 235), mientras que a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se le dotó de un órgano judicial denominado Consejo de Estado, quien por mandato del numeral 1 del artículo 237 Constitucional ejercería “las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo”.

Por su parte, la Jurisdicción Constitucional fue encomendada a la Corte Constitucional y se le confió “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos” del artículo 241 Fundamental, lo que a su vez sería plasmado nuevamente por el Legislador en el artículo 43 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Así mismo, dentro de cada jurisdicción se estableció por mandato legal una división orgánica vertical compuesta por unos juzgados y tribunales, cuya denominación y ámbito de competencia variaría según las clases de asuntos que se sometieran a su conocimiento (Congreso de la República, 1996).

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Igualmente, en el ordenamiento jurídico colombiano se consagró una serie de mecanismos judiciales que le permiten a los máximos tribunales o tribunales supremos de cada jurisdicción, actuar como órganos de unificación o de cierre, revisando las decisiones de los órganos judiciales que les son jerárquicamente inferiores.

Dichos mecanismos son los recursos de casación, revisión y consulta, para el caso de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, mientras que en la Jurisdicción Constitucional se cuenta con el mecanismo de revisión eventual de las acciones de tutela, cuando del control concreto de constitucionalidad se trata, y con la acción pública de constitucionalidad, en el caso del control abstracto de constitucionalidad, cuyas decisiones “hacen tránsito a cosa juzgada constitucional” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, Art. 235).

Con la figura de la cosa juzgada constitucional, los máximos tribunales o tribunales supremos se someten a las decisiones que adopte la Corte Constitucional, en virtud de las sentencias de revisión eventual de las acciones de tutela, de unificación y de constitucionalidad.

Lo anterior, por cuanto que las decisiones del Guardián de la Integridad y Supremacía de la Constitución “obligan para todos los casos futuros y no sólo para el caso concreto” (Sentencia C-131 de 1993, Fundamento 2.3) y a “Todos los operadores jurídicos de la República” (Sentencia C-131 de 1993, Fundamento 2.3).

Sin embargo, las decisiones adoptadas por los máximos tribunales o tribunales supremos como órganos de cierre o de unificación, conforman una doctrina de obligatorio cumplimiento, tanto para ellos mismos como para los jueces y tribunales inferiores de sus respectivas jurisdicciones.

De igual manera, la Corte Constitucional con la implementación de la teoría de la obligatoriedad del precedente horizontal y vertical (Sentencia T-117 de 2007; Sentencia T-766

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

de 2008; Sentencia T-794 de 2011), ha hecho que todas las decisiones adoptadas en sede de instancia, por los máximos tribunales o tribunales supremos, sean de obligatorio acatamiento para los jueces y tribunales jerárquicamente inferiores.

Dentro de estos mecanismos de unificación o de revisión y de instancia de la Jurisdicción Ordinaria y de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado aplican un enunciado legal y señalan una posición respecto a la interpretación que se le ha de dar a éste en casos futuros.

Ahora bien, en virtud de la teoría del precedente, dicha interpretación se convierte en una regla obligatoria para los jueces y tribunales jerárquicamente inferiores de los respectivos órganos de cierre.

Hasta el año 2010, la fuerza vinculante de las interpretaciones normativas dadas por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Estado, había estado basada en las posiciones jurisprudenciales de estos y de la Corte Constitucional sobre la doctrina del precedente, pero con la expedición de la Ley 1395, esa fuerza vinculante se amplió a las autoridades administrativas.

Dicha norma prescribió lo siguiente:

Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos (Congreso de la República, 2010, Art. 114).

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Sin embargo, la Corte Constitucional en la Sentencia C-539 de 2011 declaró exequible la norma transcrita bajo el entendido “que los precedentes jurisprudenciales a que se refiere la norma deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional”.

Para proferir la anterior sentencia integradora, la Corte Constitucional argumentó: si bien es una alternativa válida dentro del margen de configuración del legislador, comenzar por imponerle a las autoridades administrativas que tengan en cuenta el precedente judicial en los ámbitos de la jurisdicción ordinaria y contencioso administrativa, también lo es que las materias a que alude la norma igualmente pueden ser objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, evento en el cual su interpretación debe ser vinculante para las autoridades administrativas (Sentencia C-539 de 2011, Fundamento 7.2.5 iv).

Con dicho pronunciamiento la Corte Constitucional refuerza la idea de la obligatoriedad del precedente, pero esta vez teniendo como destinatarios específicos a las autoridades administrativas, sin imponer jerarquías entre las decisiones de los máximos tribunales o tribunales superiores.

Para el caso exclusivo de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en el año 2011 se expidió la Ley 1437, por medio de la cual se implementó el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consagrando legalmente el deber de las autoridades administrativas de aplicar las sentencias de unificación jurisprudencial que profiera el Consejo de Estado.

A su vez, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagró en su artículo 10 lo siguiente:

Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

Para ello, se implementó en los artículos 102 y 269 de la mencionada Ley 1437 de 2011, el denominado mecanismo de la extensión de la jurisprudencia, a través del cual los administrados pueden solicitar a las autoridades administrativas que extiendan “los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho” (Congreso de la República, 2011, Art. 102), claro está que acreditando los mismos supuestos fácticos y jurídicos del pronunciamiento cuyos efectos se pretenden.

Las anteriores normas fueron objeto de control abstracto de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, quien a través de la sentencia C-634 de 2011 declaró condicionalmente exequible el artículo 10 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, anteriormente citado, en el entendido de que

las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad (Sentencia C-634 de 2011, Parte Resolutiva).

Así mismo, el Guardián de la Integridad y la Supremacía de la Carta Política, mediante la Sentencia C-816 de 2011, declaró la exequibilidad condicionada del citado artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, bajo el siguiente entendido:

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia (Sentencia C-816 de 2011, Parte Resolutiva).

Estos dos últimos fallos de la Corte Constitucional dejan en evidencia la implementación de una estructura jerárquica entre los precedentes del Máximo Juez Constitucional y del Consejo de Estado, donde las interpretaciones que el primero haga como Guardián de la Integridad y Supremacía de la Constitución, tendrán una preeminencia frente a las que realice el Tribunal Supremo de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Esta nueva estructura jerárquica, dentro de los parámetros actuales del ordenamiento jurídico colombiano, en lo que respecta a los mecanismos judiciales de unificación o de cierre dentro de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, permitiría aseverar que las interpretaciones normativas del Consejo de Estado pueden ser sometidas a un control por parte de la Corte Constitucional, en aras de que se sometan a la Constitución, además de ser consideradas como constitucionalmente aplicables en casos futuros, tanto judicial como administrativamente, pero sobre todo para que se haga efectiva la prevalencia interpretativa de la Corte Constitucional a la que hacen referencia las sentencias C-634 de 2011 y C-816 de 2011, anteriormente citadas.

Por ello, el problema de investigación que se plantea en la presente tesina es el siguiente: ¿Cuál es el mecanismo jurídico procedente para ejercer un control abstracto de constitucionalidad a las interpretaciones del Consejo de Estado?.

La anterior situación fáctica y jurídica, así como el problema de investigación que se ha planteado, permiten evidenciar que esta tesina constituye una producción académica pionera en

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

nuestro país, debido a que en ella se desarrolla una nueva manifestación de lo que desde hace aproximadamente tres lustros se ha conocido como el choque de trenes, pero esta vez manifestado en el ejercicio de un control abstracto de constitucional por parte de la Corte Constitucional, a través del conocimiento de las acciones públicas de inconstitucionalidad que se incoen contra las interpretaciones normativas que el Consejo de Estado realice como Tribunal Supremo de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Esta clase de control constitucional carece de estudios doctrinales nacionales, siendo necesario su estudio en un momento donde las sentencias C-634 de 2011 y C-816 de 2011 han abierto las puertas a la jerarquización de la jurisprudencia de las Altas Cortes en el sistema de fuentes colombiano, ubicando los pronunciamientos de la Corte Constitucional en la cima de dicha escala jerárquica, así como el sometimiento del Consejo de Estado a las posiciones interpretativas que en el campo de lo contencioso administrativo realice el Guardián de la Integridad y Supremacía de la Carta Política.

Sumado a lo anterior, como se ha podido evidenciar en esta introducción, el presente estudio arroja como resultado la procedencia de la acción pública de inconstitucionalidad contra las interpretaciones normativas que realice el Consejo de Estado, llegando a catalogarse a la Corte Constitucional como el verdadero Tribunal Supremo de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, siendo éste un plus académico de la investigación, en cuanto que esta temática jamás ha sido estudiada por la doctrina administrativista colombiana, ni aceptada por los órganos judiciales y los autores nacionales cuando comentan las concepciones de la justicia constitucional en los escritos de derecho comparado (Botero & Jaramillo, 2007).

Además, es necesario tener en cuenta que las investigaciones enfocadas al denominado choque de trenes (Orjuela, 2004; Garcia & Uprimny, 2004; Pérez F., 2005; Ludwing, 2008;

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Bernal N., 2008), se encaminan al análisis de la actuación de la Corte Constitucional en el desarrollo del control concreto de constitucionalidad y a la resistencia generada al interior del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, para aceptar la procedencia de las acciones de tutela contra las sentencias que estos profieren como jueces de instancia.

Lo anterior evidencia que el análisis del choque de trenes, por parte de la doctrina nacional, se enfoca al estudio de la definición de unas situaciones jurídicas concretas, donde se discute la posible vulneración de los derechos fundamentales de los accionantes en sede de tutela, más no la protección del ordenamiento jurídico en abstracto como ocurre con la acción pública de inconstitucionalidad, ni mucho menos las demandas de inconstitucionalidad incoadas contra las interpretaciones normativas, lo que en parte responde al contenido del artículo 241 Constitucional, según el cual esta clase de demandas, desde el punto de vista teórico, únicamente proceden frente a normas con fuerza material de ley.

De esta manera, el resultado obtenido con la presente tesina es una investigación actualizada que responde a los últimos acontecimientos normativos, jurisprudenciales y doctrinales del derecho público colombiano, cuyas características han dado origen al problema planteado.

Para ello, en la presente tesina se ha optado por utilizar un enfoque cualitativo de investigación, entendiendo por éste un método de investigación interpretativa que permite desarrollar hipótesis sin mediciones numéricas, examinando el mundo social por medio de un proceso inductivo y del análisis de datos cualitativos, centrándose en el entendimiento de las instituciones objeto de estudio.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Lo anterior, ante una realidad normativa y jurisprudencial que permite inferir la existencia de una estructura jerárquica de precedentes, donde las interpretaciones de la Corte Constitucional prevalecen frente a las del Consejo de Estado, la cual es necesario interpretar.

Por ello, la decisión de aplicar este enfoque de investigación parte de la pretensión de establecer la procedencia de la acción pública de inconstitucionalidad, como mecanismo jurídico idóneo para ejercer un control abstracto de constitucionalidad a las interpretaciones normativas que realiza el Consejo de Estado, en su calidad de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.

Para la elaboración de esta tesina, se ha partido de un proceso inductivo de comprensión de fenómenos jurídicos, con ocasión de unos datos obtenidos en un proceso de recolección y análisis de información de corte cualitativo, caracterizado por ser netamente documental, sin necesidad de acudir a métodos estadísticos, estandarizados ni completamente predeterminados para ello.

Dentro de la etapa de recolección de la información, se impuso como finalidad elaborar un catálogo de textos que sirvieran como marco de referencia de la tesina y así enriquecer el desarrollo de la investigación emprendida, actuando como instrumento de recolección de datos el mismo autor.

Para ello, se procedió a realizar una revisión inicial de la literatura relacionada con dos funciones judiciales a saber: el control constitucional en Colombia y la función interpretativa que ejerce el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo en nuestro país.

Esta fase de recolección de datos cumplió con la finalidad propuesta y arrojó como resultado una base de documentos, los cuales se encontraron condensados en artículos de revistas

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

científicas, libros y providencias, tanto nacionales como extranjeras, permitiendo conocer el trato dado en un momento determinado a las funciones anteriormente señaladas.

Posteriormente, la base documental a la que se ha hecho referencia fue sometida a un proceso de revisión analítica, pero no estadística, siguiendo el orden cronológico de su publicación, lo que permitió extraer los insumos que fueron expuestos en los tres capítulos que conforman el presente trabajo de investigación, los cuales desarrollan cada uno de los objetivos propuestos en el proyecto de tesina.

De esta manera, en el primer capítulo de la tesina se identifica la competencia de la Corte Constitucional para conocer de las acciones públicas de inconstitucionalidad, realizando para ello una descripción del control de constitucionalidad implementado en la Carta de 1991.

En este capítulo se identifican las clases de control constitucional que imperan en el ordenamiento jurídico Colombiano, haciendo énfasis en el control abstracto de constitucionalidad, por cuanto que éste es el que reviste mayor interés para el problema de investigación propuesto.

También allí se identifican las características de la acción pública de inconstitucionalidad como mecanismo de concreción del control abstracto de constitucionalidad, pero no sin dejar de explorar el control que se ejerce en los conflictos concretos, a través de sus dos mecanismos procesales: la acción de tutela y la excepción de inconstitucionalidad.

Así mismo, en el segundo capítulo se describe la función de interpretación normativa que posee el Consejo de Estado, haciendo énfasis en su papel de Tribunal Unificador de la jurisprudencia contenciosa administrativa, tomándose en cuenta que es ésta la principal característica de los órganos de cierre de la Rama Judicial en el Estado colombiano.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Por ello, el referido capítulo inicia con una descripción del tratamiento dado a la función interpretativa del Consejo de Estado en el nuevo Código Contencioso Administrativo y de Procedimiento Administrativo, para lo cual se realizó una subdivisión en tres secciones, con las cuales se describe cada uno de los mecanismos contemplados por éste Estatuto Procesal para generar las denominadas sentencias de unificación al interior de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

En ese orden de ideas, el capítulo en comento desarrolla lo relacionado con los recursos extraordinarios de la justicia contenciosa administrativa, exponiéndose en la primera sección el tratamiento que ha recibido el recurso de revisión; en el segundo se explora una de las novedades que trae la Ley 1437 de 2011, esto es, el recurso extraordinario de unificación jurisprudencial, y en el último segmento se expone lo atinente al mecanismo de la revisión eventual de las acciones populares y de grupo que son conocidas por los funcionarios de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Posteriormente, en lo que respecta al capítulo central de la tesina, se procede a desarrollar la hipótesis planteada en el proyecto de investigación, partiendo de los resultados arrojados por las descripciones realizadas en los dos anteriores capítulos, los cuales son analizados desde la óptica del control abstracto de constitucionalidad de las interpretaciones normativas del Consejo de Estado, como consecuencia del desarrollo natural de la normativa y la jurisprudencia nacional.

Para facilitar la contextualización del análisis realizado en este tercer capítulo, se ha efectuado una subdivisión del mismo en tres partes en las que se describe la posición de la Corte Constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano, la adopción en nuestro país de la llamada doctrina del derecho viviente y el desarrollo del control constitucional al derecho

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

viviente del Consejo de Estado, resaltando en este último una serie de limitantes o exigencias procesales especiales para su ejercicio.

Finalmente, en la última parte de la presente tesina se consignan las respectivas conclusiones de la misma, a través de las cuales se exponen los resultados obtenidos en la investigación y se resuelve el problema jurídico planteado en la parte introductoria.

De esta manera, se exponen los resultados arrojados por el proceso de inducción analítica de la información recolectada, dentro del enfoque cualitativo de investigación aplicado, dejando en cada uno de los capítulos y subcapítulos que componen la presente tesina, la exposición detallada de los análisis y descripciones de la realidad normativa, así como jurisprudencial encontrada, otorgando a su vez el respaldo documental y académico correspondiente.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA

En este primer capítulo, el lector encontrará una descripción del control constitucional colombiano adoptado en la Carta Política de 1991, así como las características de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional dentro de la Jurisdicción Constitucional.

Para comenzar, se debe recordar que con la expedición de la Constitución Política de 1991 se dio paso a una nueva concepción de Estado, la del Estado Social de Derecho, tal y como señala en su artículo 1, pero dicha denominación no es más que una de aquellas expresiones con las que se ha denominado a la evolución del Estado de Derecho, el Estado Constitucional.

Así lo considera Bernal (2005) y Florez (2010), cuando señalan que la actual Carta Política dio paso al neoconstitucionalismo, siendo esta una corriente que “alude a un modelo de organización política denominado Estado constitucional” (Bernal C., 2005, pág. 149), algo a lo que también hace referencia Castaño (2007), quien lo asimila a la versión colombiana del Estado Social de Derecho.

Este Estado Constitucional, tiene cuatro elementos esenciales en nuestra Constitución y que son, a saber: a) la fuerza normativa de la Constitución, b) el principio de supremacía constitucional, c) la Jurisdicción Constitucional y d) el Control Constitucional.

El primero de los elementos esenciales a los que se hace mención, esto es, la fuerza normativa de la Constitución, parte del hecho de que ésta sea considerada la máxima norma del ordenamiento jurídico del Estado, lo que implica un carácter vinculante propio, sin necesidad de que algún órgano estatal produzca un acto normativo para su realización.

Por ello, Durán (2010) al hablar de los tiempos del neoconstitucionalismo comienza por hacer mención de la Constitución como una “verdadera norma jurídica” (pág. 454), mientras que

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Monroy (2003) hace referencia a la misma desde el punto de vista de la eficacia, caracterizándola como de “directa” (pág. 149).

Pero no sólo desde la doctrina se habla de la fuerza normativa de la Constitución, puesto que en el ejercicio práctico del derecho se puede observar tal elemento del Estado Constitucional, más exactamente cuándo al escudriñarse dentro las fuentes del derecho se acude a la Carta Política, no sólo para resolver un caso concreto, sino también para crear una nueva norma dentro del ordenamiento jurídico.

De allí que se señale que la Carta Política “obliga a concebir la entera construcción del derecho a partir de la Constitución, pues sus preceptos obligan de manera irreversible y permean, con sus valores, principios y reglas, la totalidad de la legislación” (Hernández A., 2012, pág. 18), debido a que la Ley Fundamental es “la fuente formal primaria de nuestro sistema de derecho” (Sentencia C-816 de 2011, Fundamento 5.2.1).

Ahora bien, el Estado Constitucional buscando darle mayor efectividad a la fuerza normativa de la Constitución, implementa otro elemento esencial que se denomina principio de supremacía constitucional, el cual pretende dotar a la Constitución de primacía frente a las demás normas del ordenamiento jurídico.

De ahí que este principio revista una importancia considerable dentro del Estado Constitucional, porque refuerza la idea de la supremacía normativa de la Carta Política hasta el punto que Hernández hace referencia a este principio bajo el nombre de la “supralegalidad de la Constitución” (2007, pág. 213), “material” (2013, pág. 37).

Tal es la importancia del referido principio que la doctrina habla de éste como “La principal ley de construcción” (Bernal C., 2005, pág. 149) del Estado Constitucional, “un elemento imprescindible para la comprensión de lo que hoy es el Estado social de derecho” (Upegui, 2009,

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

pág. 47) y un “principio clave del constitucionalismo de nuestro tiempo” (Trujillo, 2001, pág. 207), mientras que la jurisprudencia constitucional colombiana lo cataloga como un “principio estructurador de un orden establecido” (Sentencia C-400 de 2013, Fundamento 5.1).

Sin embargo, dicho principio no es producto de una concepción doctrinaria o jurisprudencial, sino que por el contrario surge de la misma Constitución Política de 1991, debido a que ha sido consagrado expresamente en su artículo 4, cuando se proclama así misma como la “norma de normas” en la estructura normativa del Estado colombiano.

Ahora bien, a pesar del alcance que la expresión “norma de normas” trae consigo, la Constitución consagra un precepto contundente en cuanto a sus implicaciones, pues el mismo artículo 4 a renglón seguido señala que en “todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

Esta última frase conlleva a que en nuestro país se utilice una forma particular de control constitucional, esto es, el control difuso de constitucionalidad o de la excepción de inconstitucionalidad a la cual se hará referencia más adelante.

Con lo hasta aquí expuesto, se creería que a simple vista el principio de supremacía constitucional tiene una relevancia circunscrita al sistema de fuentes del ordenamiento jurídico colombiano, pero tal afirmación desconocería una concepción más amplia.

Dicha concepción, va más allá del aspecto normativo y reviste una mayor importancia, como lo es su noción de derecho y los sujetos que son titulares del mismo.

Desde el punto de vista de los derechos, la jurisprudencia constitucional colombiana y el doctrinante venezolano Brewer-Carias han señalado que el principio de supremacía constitucional es un “derecho fundamental” (Sentencia C-445 de 1996, Fundamento V; Sentencia C-965 de 2003, Fundamento 2.2.1; Brewer-Carias, 2007, pág. 66; Brewer-Carías, 2008, pág. 765).

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Esa concepción del principio de supremacía constitucional como un derecho fundamental más del ordenamiento jurídico, parte del hecho de que la misma Constitución surge de la voluntad popular, constituida bajo la forma de constituyente originario, por lo que sus integrantes se encuentran legitimados para proteger su propia creación.

Para poner en marcha la protección de la Ley Fundamental, el pueblo o los individuos que la componen, acuden a una serie de mecanismos jurídicos que en la Carta Política de 1991 ostentan el carácter de derechos políticos y fundamentales.

Respecto a este punto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

la integridad y primacía de la Constitución, consagrada por virtud del querer soberano del pueblo, es dentro del sistema colombiano un derecho fundamental de las personas que bajo distintas formas -acción de inexequibilidad, acción de nulidad, excepción de inconstitucionalidad, acción de tutela, etc.- se concede a ellas por la Constitución para vigilar su cumplimiento y obtener, cuando no sea así, que los poderes públicos ejerzan sus competencias dentro de los límites de la Constitución, se inspiren en sus valores y principios y respeten, en todas las circunstancias, los derechos y garantías de las personas (Sentencia C-445 de 1996, Fundamento V).

De esta manera, la Carta Política en el numeral 6 de su artículo 40, consagra como derecho político de todo ciudadano, el interponer acciones públicas en defensa de la Constitución.

De otro lado, continuando con la descripción de los elementos esenciales del Estado Constitucional en la Constitución Política de 1991, se debe hacer referencia a la estructura orgánica que ésta ha implementado para que los habitantes del territorio nacional puedan acudir en aras de la protección de su derecho fundamental a la supremacía constitucional, es decir, la Jurisdicción Constitucional.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

La Jurisdicción Constitucional es concebida como un “elemento esencial de todo Estado democrático de derecho” (Bernal C., 2005, pág. 32) y entendida como la “técnica de defensa jurisdiccional de la supremacía de la Constitución respecto de actos y comportamientos de los poderes públicos, comprendida la ley del Parlamento” (Groppi, 2009, pág. 242).

Por ello, la Jurisdicción Constitucional tiene la capacidad de juzgar todas aquellas expresiones de la voluntad de los órganos estatales, en aras de que sus decisiones se sometan a las directrices trazadas por la Constitución, so pena de ser invalidadas o expulsadas de la estructura normativa del Estado.

Lo anterior, por cuanto que, como señala García (2007), “Nada se saca con dictar una Constitución que no se aplica o cuya normativa no se visualice como obligatoria para todos los habitantes de un Estado y, especialmente, para aquellos que gobiernan” (pág. 52).

Así, considerando que la Constitución es concebida como la “norma de normas” de nuestro de ordenamiento, dentro de la cual se enmarca el parámetro de la actuación de poderes constituidos y de todos los actores estatales, la Jurisdicción Constitucional es la encargada de hacer efectivos tales postulados cuando las autoridades estatales los desconocen el desarrollo de su atribuciones.

Por esto, Quinzio (2000) ha señalado que la misión de la Jurisdicción Constitucional es “fallar en relación con la validez general de la norma con respecto a la Constitución” (Quinzio, 2000, pág. 65).

Sin embargo, es necesario señalar que la Jurisdicción Constitucional no es un ente en sí mismo, sino que por el contrario se trata de una estructura que de acuerdo al sistema constitucional que se tenga, europeo o concentrado y americano o difuso, puede estar conformada por un sólo organismo o varios.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

En el caso del sistema europeo o concentrado, la Jurisdicción Constitucional estará compuesta por una sola entidad, la cual generalmente se denomina Tribunal Constitucional, y en el sistema americano o difuso por una serie de órganos judiciales.

Pero existe un sistema constitucional intermedio, el cual reúne los componentes de los dos sistemas constitucionales señalados y que es conocido como el sistema de constitucionalidad “mixto” (Pérez J., 2004, pág. 49; Giacomette, 2007, pág. 78), donde son varios los órganos judiciales que la conforman, pero en cuya cúspide se encuentra un Tribunal Constitucional.

Este último sistema ha sido adoptado en el ordenamiento colombiano, pues la Jurisdicción Constitucional se encuentra encabeza de la Corte Constitucional, quien por mandato del artículo 241 Constitucional ha recibido el encargo de ejercer la guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución.

La fórmula comentada, ubica a la Corte Constitucional como su “interprete privilegiado” (Guastini, 1999, pág. 80), por cuanto que este es el órgano encargado de determinar qué acto del poder público es contrario o no a los postulados de la mencionada Ley Fundamental.

Pero esta cualidad de la Corte Constitucional no es una innovación de nuestra Constitución, debido a que desde la versión originaria de la Jurisdicción Constitucional concebida por Kelsen (2001), ya se hacía referencia a la función interpretativa de ésta, señalando para el efecto que su misión era “puramente jurídica de interpretación de la Constitución” (pág. 57).

De allí que la Corte Constitucional tenga un papel interpretativo por antonomasia, siendo éste inherente a sus funciones de guardián de la integridad y la supremacía de la Carta Política y de los fines tradicionales de la Jurisdicción Constitucional que preside.

Lo anterior, sin importar que la misma Constitución haya asignado a todos los jueces competencias para conocer de las acciones de tutela y al Consejo de Estado para fallar las acciones

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

de nulidad por inconstitucionalidad, puesto que la Constitución en el Capítulo 4 del Título VIII, sólo hizo referencia a la Corte Constitucional como “guardián” de sus postulados y órgano integrante de la Jurisdicción Constitucional.

Aunque, más allá del criterio normativo y orgánico señalado, la misma doctrina nacional no duda en catalogar a la Corte Constitucional como el “órgano de cierre, o supremo de dicha jurisdicción” (Moreno, 2009, pág. 59), es decir, “el principal y máximo órgano judicial que ejerce Jurisdicción Constitucional” (Rey, 2010, pág. 125) u “órgano límite” (Naranjo, 2003, pág. 404), lo que refuerza su papel interpretativo del texto constitucional.

De otro lado, el último de los elementos esenciales del Estado Constitucional a los que se ha hecho referencia es el relacionado con el Control Constitucional, encaminado a materializar la supremacía de la Norma Fundamental y, por ende, recae sobre las manifestaciones de los poderes constituidos en la Constitución.

Por ello, Chase y Vélez señalan que el “fundamento” (Chase, 2007, pág. 126; Vélez, 2011, pág. 29), del Control Constitucional es precisamente el principio de supremacía constitucional, al que ya se hizo alusión, lo que evidencia una relación inescindible entre estos dos elementos esenciales del Estado Constitucional y de la Carta Política de 1991.

Dicha relación también se puede observar en el trato que Trujillo (2001) otorga al principio de supremacía constitucional y al Control Constitucional, hasta el punto de caracterizar a estos dos elementos con las mismas palabras, esto es, como “elemento clave en la teoría constitucional contemporánea” (pág. 211).

Lo anterior, por cuanto que esa teoría constitucional contemporánea a la que alude el autor, tiene como uno de sus elementos de estudio los modelos institucionales en los que se ha organizado la sociedad moderna, siendo uno de ellos la forma del Estado Constitucional.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Ahora bien, para ejercer el referido Control en el Estado Constitucional, se dota a los Tribunales Constitucionales de una serie de funciones que les permiten confrontar los demás actos normativos frente a la Constitución, por ser ésta el marco de actuación del Poder Público y la norma prevalente del ordenamiento.

De allí que Marshall señale que el Control Constitucional le permite realizar a los Tribunales Constitucionales una “evaluación de las actuaciones estatales” (Marshall, 2010, pág. 47).

Por eso, en virtud del elemento esencial en estudio, el Tribunal Constitucional compara los actos expedidos por los órganos constituidos con la misma Constitución, para determinar su conformidad con ella y, en caso contrario, expulsarlos del ordenamiento jurídico.

Este modo de actuar del Tribunal Constitucional frente a las normas que contradicen los postulados constitucionales, es catalogado como una función “nomofiláctica, de depuración del Ordenamiento Jurídico para asegurar la coherencia de todo el ordenamiento con la Constitución” (Canosa, 1998, pág. 13).

Pero con el fin de producir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional y depurar el sistema normativo, es necesario poner en marcha el Control Constitucional acudiendo a una serie de mecanismos que varían según la pretensión que impulse el interesado ante la Jurisdicción Constitucional.

Por ello, Brewer-Carias (2007) considera que con el Control Constitucional se “concreta” (pág. 67), el derecho fundamental a la supremacía constitucional en el Estado Constitucional, por cuanto que es puesto en marcha por el mismo pueblo para proteger los derroteros que por su voluntad fueron plasmados en la Constitución.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

De esta manera, la doctrina ha agrupado los “mecanismos de control de la constitucionalidad” (Huerta, 2003, pág. 929; Pérez J., 2004, pág. 49), en tres grupos (Alviar, 2007, pág. 483; Vélez, 2011, pág. 33), a saber: el control abstracto, el control concreto y el control difuso, los cuales pasaran describirse en seguida.

El control abstracto de constitucionalidad

El control abstracto de constitucionalidad se caracteriza por recaer sobre una norma jurídica o el producto final de los debates de los órganos parlamentarios o administrativos colegiados, constituidos dentro de la organización estatal.

Una característica más de este mecanismo de control constitucional, es el relacionado con el tipo de conflicto sometido a la Jurisdicción Constitucional, descartando de entrada todo tipo de controversias particulares o concretas.

De ahí que Nisimblat (2012) conciba a este mecanismo como un “control objetivo de constitucionalidad” (pág. 333), puesto que no existe un componente subjetivo dentro de la pretensión que esgrime el sujeto que lo incoa.

Por ello, en el control abstracto de constitucionalidad se “examina en abstracto y de forma principal la compatibilidad de la disposición legislativa ordinaria con la norma constitucional, al margen de la aplicación de aquella en una situación determinada y concreta” (García, Rodríguez-Piñero, & Schmill, 1994, pág. 20).

En cuanto a las manifestaciones que puede tener este control abstracto u objetivo de constitucionalidad, la doctrina tanto nacional como extranjera (García, Rodríguez-Piñero, & Schmill, 1994; Cifuentes, 1997; Huerta, 2003; Celotto, 2004; Giacomette, 2007; Hernández J., 2007; Vélez, 2011; Henao J., 2011; Sánchez, 2012), han identificado una serie de modalidades, las cuales dentro de la Constitución Política de 1991 revisten ciertas particulares, partiendo de los

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

actos normativos sobre los que recae, y que son, a saber: a) el control abstracto por vía principal, b) el control abstracto posterior, automático o a posteriori y c) el control abstracto previo, preventivo o a priori, los cuales pasaran a ser examinados en seguida.

Control abstracto por vía principal. La modalidad por vía principal del control abstracto de constitucionalidad se presenta a través de una acción judicial destinada a atacar un acto normativo, donde el interés del accionante se encuentra circunscrito a la protección de la Constitución, la cual, en el sentir del actor, es desconocida por el acto enjuiciado.

De allí que la doctrina señale que esta modalidad del control abstracto se ejerce con un “mecanismo jurídico” (Rodríguez, 2011, pág. 73), con la cual “el impugnador no se haya en una relación jurídica donde se vea afectado por la norma inconstitucional” (Vélez, 2011, pág. 38)

En el caso de la Constitución Política de 1991, la acción judicial con la cual se pone en marcha el control abstracto u objetivo de constitucionalidad en la modalidad comentada, se circunscribe a las demandas de inconstitucionalidad a las que hace referencia el numeral 1 de su artículo 241.

A pesar de esa denominación, la doctrina nacional ha identificado a las demandas de inconstitucionalidad con diferentes apelativos entre los cuales se encuentran los de “acción de inconstitucionalidad popular” (Rey, 2004, pág. 117; Molina, 2007, pág. 223; Mendieta, 2010, pág. 64) y “acción pública de inconstitucionalidad” (Giacomette, 2008, pág. 226; Mendieta, 2010, pág. 76), siendo esta última expresión la más aceptada y conocida en nuestro medio, por lo que en adelante se utilizará la misma en lo pertinente.

Como se mencionó anteriormente, la aludida acción pública de inconstitucionalidad ostenta en nuestro ordenamiento jurídico la condición de “derecho constitucional fundamental” (Rey,

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

2004, pág. 117), pero ante la estructura principialística adoptada por la Constitución de 1991, también es posible verla con otro matiz.

Ese otro matiz que trae la acción pública de inconstitucionalidad se relaciona con el principio de participación, el cual hace referencia a la integración de la sociedad a los niveles decisorios del Estado, por lo que el simple ejercicio de esta acción permite a los ciudadanos ejercer un control sobre las actuaciones de las autoridades estatales y, por ende, hacer parte de las decisiones normativas que éstas lleguen a adoptar.

Por eso, Rodríguez (2000) hace referencia al uso de las demandas de inconstitucionalidad como una “manifestación de la participación ciudadana” (pág. 230), en el control de las tareas públicas, para que no se excedan los marcos fijados por la Carta Política.

Desde el punto de vista procesal, la acción pública de inconstitucionalidad permite a la Corte Constitucional juzgar la constitucionalidad de una serie de actos normativos, confrontándolos con los preceptos constitucionales.

Esta confrontación fue consagrada en la Ley 270 de 1996 o Ley Estatutaria de la Administración Justicia, como un deber que la Corte Constitucional tiene que cumplir en el ejercicio de su función de Guardián de la Integridad y Supremacía de la Constitución.

De hecho, la norma en comento se refiere a este aspecto bajo la denominación de “control integral”, señalando para el efecto que “la Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a su control con la totalidad de los preceptos de la Constitución” (Congreso de la República, 1996, Art. 46).

Esta forma de control ha llevado a que la doctrina nacional señale que el control constitucional llega “hasta donde va la Constitución” (Sáchica, 2008, pág. 564), porque ésta es el marco de referencia de las actuaciones de los actores estatales.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Por otro lado, de acuerdo con los artículos 150, numeral 10, 241, numerales 1 y 4, 341 y 375 Constitucionales, la acción pública de inconstitucionalidad puede incoarse contra los actos reformativos de la Constitución, las leyes ordinarias, las leyes marco, las leyes orgánicas y los decretos con fuerza de ley expedidos por el Gobierno Nacional.

Frentes a estos actos, el accionante sólo puede formular una pretensión, cual es el “interés público de defender la Constitución ante su eventual vulneración por un precepto legal considerado inconstitucional” (Nogueira, El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de competencias del tribunal constitucional de Chile y los efectos de sus sentencias, 2006, pág. 452), en consideración al carácter objetivo y abstracto de este tipo de control constitucional, como se mencionó.

De allí que SÁCHICA señale que esta clase de demandas no resuelven pretensiones encontradas entre dos partes que sostienen intereses particulares. Lo que definen es una cuestión de interés público, mejor, apolítico, como es la de definir si una norma vigente puede continuar siendo aplicada o no, en vista de su dudosa compatibilidad con la norma superior, esto se resuelve sobre la validez de la ley y su consecuente vigencia (2008, pág. 555 y 556).

De otro lado, en cuanto al procedimiento que se debe adelantar en caso de incoarse una acción pública de inconstitucionalidad, el Decreto 2067 de 1991 (Presidencia de la República, 1991) estableció un trámite especial para que se surtiera ante la Corte Constitucional y que implica para el demandante una serie de cargas procesales de obligatoria observancia.

Esta carga procesal no es otra que la de los denominados “requisitos mínimos” (Giacomette, 2008, pág. 231; Robledo & Roa, 2012, pág. 578) y “necesarios para proferir a un fallo de fondo” (Sentencia C-1052 de 2001, pág. 12), los que debe reunir el escrito petitorio del

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

accionante, so pena de que la Corte Constitucional se declare inhibida para emitir un pronunciamiento sobre la norma demandada.

Dichos requisitos se encuentra establecidos en el artículo 2 del mencionado Decreto 2067 de 1991 y han sido agrupados por la misma Corte Constitucional (Sentencia C-1052 de 2001; Sentencia C-803 de 2006; Sentencia C-818 de 2011; Sentencia C-352 de 2013), en tres grupos, a saber: a) el objeto, b) el concepto de violación y c) la competencia.

En cuanto al objeto, se ha de entender que la demanda de inconstitucionalidad debe contener las normas acusadas como inconstitucionales y las normas constitucionales que se considera han sido infringidas.

Por su parte, el concepto de violación hace referencia a las razones por las cuales los textos demandados son considerados como infractores de la Carta Política; además, se ha de identificar el trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado, si éste es uno de los cargos de inconstitucionalidad que se esgrimen.

En cuanto al último de los requisitos mínimos, esto es, la competencia, se satisface señalando en el escrito demandatorio la razón por la cual la Corte Constitucional es competente para conocer la demanda de inconstitucionalidad incoada.

De los anteriores requisitos, el de mayor importancia y el que más implicaciones trae es el relacionado con el concepto de violación, por lo que la Corte Constitucional ha desarrollado una serie de criterios encaminados a determinar si las razones esbozadas por el demandante para solicitar la inexecutable de la norma infraconstitucional demandada, conforman un verdadero concepto de violación.

Estos criterios son los de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, aunque la misma Corte Constitucional ha señalado que cuando se encuentre frente a una duda, respecto a

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

la existencia o no estos, tal grado de convicción se ha de resolver a favor del accionante, plasmándose tal solución en la admisión de la demanda (Sentencia C-1052 de 2001, Fundamento 3.4.2; Sentencia C-1294 de 2001, Fundamento 2; Sentencia C-965 de 2003, Fundamento 2.2.3; Sentencia C-987 de 2005, Fundamento VI; Auto 148 de 2006, Fundamento 3; Sentencia C-1084 de 2008, Fundamento 6; Sentencia C-539 de 2011, Fundamento 3.2; Sentencia C-818 de 2011, Fundamento 2.2.1.2; Sentencia C-352 de 2013, Fundamento 2.3; Sentencia C-581 de 2013, Fundamento 2).

Respecto del criterio de claridad, se debe decir que este se presenta cuando las razones esgrimidas por el demandante en el concepto de violación siguen un hilo conductor en la argumentación, permitiendo comprender el contenido de la demanda y las justificaciones plasmadas en ella, sin que se presenten confusiones o ambigüedades.

En cuanto a la certeza, éste criterio se entiende cumplido cuando la demanda recae sobre una norma vigente o una proposición jurídica real y existente, más no sobre una deducida por el demandante, mientras que el criterio de la especificidad consiste en señalar claramente las razones por las cuales la disposición acusada desconoce la Constitución Política, formulando cargos de inconstitucionalidad contra la norma demandada, por lo que no son de recibo argumentos vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales.

Por su parte, el criterio de la pertinencia consiste en que los reproches formulados en la demanda deben tener una naturaleza constitucional, siendo rechazadas aquellas razones que parten de meras apreciaciones legales, doctrinarias, políticas, subjetivas o de conveniencia.

Por último, el criterio de la suficiencia hace referencia a que los argumentos esbozados en el concepto de violación deben despertar una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

demandada y en el caso de dirigirse la demanda frente al desconocimiento de un trámite impuesto por la Constitución, se deben exponer los hechos que evidenciarían tal situación.

Control abstracto posterior, automático o a posteriori. La otra modalidad del control abstracto u objetivo de constitucionalidad es el denominado posterior o automático, ejercido con posterioridad a la adopción del acto normativo sometido al conocimiento de la Corte Constitucional.

En el caso de la Constitución Política de 1991, los artículos 241, numerales 2, 3 y 7, y 376, señalan que el control posterior recae sobre las leyes que convocan a referendo constitucional o una asamblea constituyente; leyes que convocan a referendos legislativos, consultas populares y plebiscitos de efectos nacionales; los decretos legislativos proferidos por el Presidente de la República bajo los estados de excepción, los tratados y las leyes que aprueban estos últimos.

Control abstracto previo, preventivo o a priori. La última modalidad del control abstracto de constitucionalidad es el previo y se efectúa sobre una serie de actos normativos, pero antes de que estos hayan sido sancionados por el Presidente de la República.

Según los artículos 152, 153 y 241, numeral 9, de la Carta Política de 1991, son pasibles de este tipo de control los proyectos de ley objetados como inconstitucionales por el Gobierno Nacional y los proyectos de leyes estatutarias.

De otro lado, dentro del ordenamiento jurídico colombiano existen otras manifestaciones del control abstracto de constitucionalidad que se ha venido describiendo, las cuales también constituyen una garantía para la defensa de la supremacía de la Constitución y a las cuales se hará referencia en seguida.

Otras manifestaciones del control abstracto de constitucionalidad. La Carta Política de 1991 no sólo radicó competencias de control abstracto de constitucionalidad en la Corte

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Constitucional, sino que, como se mencionó en un comienzo, también otorgó funciones de control a otros órganos judiciales, como los jueces que hacen parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En primer lugar, la Carta Fundamental en el numeral 2 de su artículo 237, le asignó al Consejo de Estado la competencia para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se impetren contra los decretos dictados por el Gobierno Nacional y cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

Esta competencia para conocer las acciones de nulidad por inconstitucionalidad fue ampliada por el Congreso de la República al expedir la Ley 1437 de 2011, contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señalando para el efecto en el artículo 135 que esta clase de acciones también podrían ser dirigidas contra los actos de carácter general que por expreso mandato constitucional expidieran entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional.

En cuanto a la competencia interna del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad, los artículos 37, numeral 9, y 49 de la Ley 270 de 1996, radicaron la misma en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Sin embargo, no se debe pasar por alto que esta función del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo es de tipo “residual” (Sentencia C-037 de 1996, pág. 41; Giacomette, 2007, pág. 60; Vélez, 2011, pág. 62), por cuanto que quien ostenta la calidad de Guardián de la Integridad y Supremacía de la Carta Política es la Corte Constitucional y no el Consejo de Estado.

En segundo lugar, el Congreso de la República, a través del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (2011), le otorgó competencias a los jueces

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

administrativos, los tribunales administrativos y al mismo Consejo de Estado, para conocer de las objeciones de inconstitucionalidad de las autoridades administrativas seccionales y del medio de control de nulidad.

En cuanto al medio de control de nulidad, el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 dispone que éste se interpone contra los actos administrativos de carácter general, cuando se hayan expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse, siendo una de ellas la Constitución Política.

Por su parte, según el artículo 151 del Estatuto Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las objeciones de inconstitucionalidad son formuladas por los gobernadores, alcaldes municipales y alcaldes distritales contra los proyectos de ordenanzas departamentales, acuerdos municipales, acuerdos distritales, decretos municipales y decretos distritales, lo que implica de por sí una acusación de inconstitucionalidad.

El control concreto de constitucionalidad

El control concreto de constitucionalidad se caracteriza por recaer sobre una situación particular y concreta, mediada por la existencia de una relación jurídica entre el reclamante y el demandado.

De ahí que Nisimblat (2012) conciba a este mecanismo de control constitucional como un “control subjetivo de constitucionalidad” (pág. 334), debido a que, contrario a lo que sucede con el control abstracto, conlleva un interés particular de quien lo promueve.

En este mecanismo de control, la situación particular y concreta a la que se hace referencia se encuentra determinada por el desconocimiento de un derecho subjetivo consagrado en la Constitución, como por ejemplo un derecho fundamental.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

En estos casos, como lo señala Landa (1999), la Corte Constitucional “como supremo intérprete de la Constitución, también tiene por finalidad la protección de los derechos fundamentales” (Landa, 1999, pág. 154).

Esa protección a la que alude el autor citado y con la cual se ejerce el control concreto de constitucionalidad, se pretende lograr a través de la acción de tutela, consagrada por la Constitución Política con el fin de que toda persona pueda

reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (Asamblea Nacional Constituyente, Art. 86).

Así mismo, la Carta Política de 1991, a través de su artículo 241, numeral 9, radicó en la Corte Constitucional la competencia para revisar las decisiones proferidas por los jueces de instancia en sede de tutela.

Sin embargo, la función a la que se hace referencia fue caracteriza por el artículo 86 de la Constitución como eventual y conocida por la doctrina bajo la denominación del “certiorari” (Rodríguez, Minorías, Acción Pública de Inconstitucionalidad y Democracia Deliberativa, 2005, pág. 324).

En virtud de esa figura o de la revisión eventual de los fallos de tutela de los jueces de instancia, la Corte Constitucional esta facultada, como Tribunal Supremo de la Jurisdicción Constitucional, para seleccionar los casos que considera relevantes y meritorios de ser objeto de su pronunciamiento.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Por último, la decisión que se profiere dentro del procedimiento que se surte ante la Corte Constitucional cuando se interpone la acción de tutela, se caracteriza por ser una clara expresión de lo que es el control concreto de constitucionalidad, por cuanto que en ella sus efectos se limitan al caso concreto, por mandato del inciso artículo 23 del Decreto 2591 de 1991 (Presidencia de la República, 1991).

Lo mismo ocurre con la sentencia de revisión de tutela que profiera la Corte Constitucional en caso de que seleccione el fallo de instancia para su revisión, como lo señala el artículo 36 del mencionado Decreto 2591 de 1991.

El control difuso de constitucionalidad

Al igual que sucede con los otros mecanismos de control constitucional a los que se ha hecho referencia, el control difuso también es conocido con varias denominaciones, como la de “control por vía de inaplicabilidad” (Giacomette, 2008, pág. 229), “control constitucional por vía exceptiva” (Nisimblat, 2012, pág. 259) y como “excepción de inconstitucionalidad” (Cifuentes, 1997; Eguiguren, 2002, pág. 172; Hernández J., El sistema de control de inconstitucionalidad, 2007, pág. 60; Giacomette, 2008, pág. 230; Florez, 2010, pág. 33; Rey, 2010, pág. 115), siendo ésta última la más conocida en nuestro medio.

El control difuso o la excepción de inconstitucionalidad es definida como “una modalidad de ‘desaplicación’ normativa, en defensa del estatuto superior” (Henaó J., Derecho procesal constitucional, 2006, pág. 102), donde “cualquier juez es legitimado a desarrollar el control de constitucionalidad” (Groppi, 2009, pág. 242).

Este control constitucional, como se mencionó anteriormente, tiene como fundamento el contenido normativo del artículo 4 de la Constitución Política de 1991, el cual señala que ésta es

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

“norma de normas” y que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplican sus disposiciones.

Como se puede observar, el aludido precepto constitucional está dirigido a toda clase de asuntos, sean estos judiciales o administrativos, en los cuales los operadores jurídicos deben dejar de aplicar aquellas normas infraconstitucionales en un caso concreto, cuando éstas lleguen a contradecir los preceptos de la Ley Fundamental.

De esta manera, los efectos que produce este mecanismo de Control Constitucional se circunscriben al caso concreto donde se trate de dar aplicación al mismo, es decir, que estos son “inter partes” (Sentencia C-037 de 1996, pág. 129; Morelli, 1997, pág. 9).

Como consecuencia del efecto inter partes al que se hace mención, la norma que es inaplicada en la controversia en virtud de la excepción de inconstitucionalidad, no desaparece del mundo jurídico, por lo que subsiste para una futura controversia, sin importar si es conocida por una autoridad diferente a la que decidió su inaplicación.

De allí que Hernández (2001) manifieste que “la autoridad que inaplica la norma en cuestión no se pronuncia sobre su validez, lo que no le corresponde y está reservado al órgano de control constitucional, pero reconoce su ostensible oposición al Ordenamiento Fundamental, mirada la circunstancia del caso concreto” (pág. 71).

Por otro lado, la forma en que se puede hacer uso de este mecanismo de Control Constitucional es a través de una solicitud de la parte interesada en la inaplicación de la norma o de oficio, por parte de la autoridad judicial o administrativa que tiene bajo su conocimiento el asunto.

Por ello, la doctrina nacional ha señalado que “Este es sin duda un sistema valioso de control que, adecuadamente usado, garantiza el imperio efectivo de los mandatos constitucionales

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

y asegura a las personas el práctico y real ejercicio de sus derechos y libertades mediante la aplicación directa de la Constitución” (Hernández J., El sistema de control de inconstitucionalidad, 2007, pág. 64 y 65).

Ahora bien, lo anterior no significa que la excepción de inconstitucionalidad pueda ser ejercida en todo momento, puesto que los límites de su aplicación se encuentran enmarcados por los pronunciamientos de exequibilidad que haya realizado la Corte Constitucional.

De esta manera, cuando un pronunciamiento en tal sentido ha ocurrido, la norma declarada exequible no puede ser objeto de la excepción de inconstitucionalidad, pues ésta lleva implícito un análisis constitucional favorable a su contenido, reforzado por las características que ostentan las decisiones de la Corte Constitucional, las cuales se expondrán en el siguiente aparte.

Lo mismo ocurre, cuando en la parte resolutive de una de las decisiones del Guardián de la Supremacía e Integridad de la Carta Política, se resuelve inaplicar algún norma o precepto de ésta, por considerarlo contrario a sus postulados.

Efectos de las sentencias de la Corte Constitucional

La Constitución Política de 1991 para dar mayor efectividad al Control Constitucional colombiano y, por ende, a la supremacía de la Carta Fundamental, dispuso que los fallos dictados por la Corte Constitucional harían tránsito a cosa juzgada constitucional.

Esta expresión contenida en el artículo 243 constitucional, implica que las decisiones del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Constitucional sean inmutables y de obligatoria observancia para las demás autoridades estatales, tanto judiciales como administrativas.

Sin embargo, la inmutabilidad de las sentencias de la Corte Constitucional no sólo se predica desde el punto de vista externo de esta Corporación, sino que ella misma también se somete

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

a los pronunciamientos vertidos en casos anteriores, en cuanto a la constitucionalidad de las normas se refiere.

Por ello, Giacomette (2008) señala que la cosa juzgada constitucional conlleva a que “sobre el punto ya definido no puede haber posteriores determinaciones aunque provinieran de la misma corporación, así como que la disposición declarada inexecutable no puede ser reproducida ni aplicada por ninguna autoridad de la República” (pág. 238).

Ahora bien, el referido artículo 243 Constitucional fue reglamentado por el Presidente de la República, a través del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, señalando para el efecto que las sentencias de la Corte Constitucional son de obligatorio cumplimiento tanto para las autoridades como para los particulares.

Pero este tema no sólo fue objeto de regulación por el Ejecutivo, sino también por el Congreso de la República, quien reglamentó los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional, por medio del artículo 47 de la Ley 270 de 1996, señalando que estas decisiones tendrían efectos hacia el futuro “a menos que la Corte resuelva lo contrario”.

De esta manera, si bien en principio una lectura aislada de los artículo 243 de la Constitución y del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, haría creer que sólo la parte resolutive o dispositiva de las sentencias de la Corte Constitucional tendrían fuerza vinculante frente a las autoridades públicas y los particulares, la Ley 270 de 1996 otorgó a la misma Corte la facultad de determinar los efectos de sus decisiones.

Dicha facultad ha sido utilizada por el Guardián de la Integridad y la Supremacía de Constitución, disponiendo a través de su jurisprudencia que no sólo la parte resolutive de sus providencias ostentan un carácter vinculante, sino también lo tendría la parte considerativa o motiva de éstas.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Uno de los pronunciamientos en los que la Corte Constitucional ha señalado tal interpretación, se encuentra en la Sentencia C-634 de 2011, donde señaló para el efecto lo siguiente:

Los fallos de la Corte Constitucional, tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, tanto en su parte resolutive (erga omnes en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e inter partes para los fallos de revisión de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la ratio decidendi, tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas (Fundamento 19.9).

Para realizar tal consideración, la Corte Constitucional ha partido de la composición del sistema de fuentes colombiano, caracterizado porque la Constitución es su “norma de normas”, y de la consagración del principio de supremacía constitucional, así como de las interpretaciones que de la misma ha realizado a través de su jurisprudencia constitucional.

De allí que las interpretaciones que realice la Corte Constitucional de la misma Carta Política, conlleven un “carácter obligatorio general” (Congreso de la República, 1996, Art. 48), es decir, erga omnes.

La anterior característica es calificada por Riccardo Guastini (2001) como una “identificación auténtica” (pág. 262) de la Constitución, lo que puede ser asimilado a la argumentación que emplea la misma Corte Constitucional para resaltar su papel interpretativo de la Carta Política.

De hecho, la Corte Constitucional se ha calificado como la “responsable de interpretar con autoridad y de definir los alcances de los preceptos contenidos en la Ley Fundamental” (Sentencia C-037 de 1996, pág. 147).

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

De esta manera, como señala Vivares (2009), la Corte Constitucional bajo sus facultades interpretativas puede señalar “una o varias interpretaciones vinculantes de una norma a la luz de la Constitución o, si es el caso, por vía de la exclusión de dicha norma del ordenamiento, cuando no es posible proponer para la misma una hermenéutica constitucional admisible” (pág. 372).

En los casos que trae a colación el referido autor, se observa que en el proceso de constatación que realiza Órgano de Cierre de la Jurisdicción Constitucional entre la norma demanda y las disposiciones constitucionales, el Juez Constitucional puede hacer un proceso interpretativo que evidencie la posible existencia de varias interpretaciones del precepto juzgado, haciendo explícita en su decisión aquella que considera ajustada a la Carta Política o expulsando la norma objeto de control, cuando ninguna de sus interpretaciones resulta conforme a los postulados constitucionales.

En el primero de los eventos señalados, el Guardián de la Integridad y la Supremacía de la Constitución utiliza las denominadas “sentencias interpretativas” (Cifuentes, 1997, pág. 495; Sanín, 2004, pág. 163; Aldunate, 2005, pág. 123; Sentencia C-038 de 2006, Fundamento 6; Solano, 2007, pág. 531), en virtud de las cuales declara como constitucional la norma objeto de pronunciamiento, pero bajo un entendido, siendo éste la interpretación que se encuentra acorde a los preceptos de la Carta Política.

Ahora bien, como se mencionó anteriormente, el procedimiento iniciado con ocasión del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad implica la constatación de la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de la norma demandada.

Tales expresiones son descritas por Huerta (2003), en el sentido que “constitucional significa que ha sido desarrollada conforme a los preceptos de la norma suprema, tanto formal

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

como materialmente, por lo que la inconstitucionalidad de una norma deriva de la ausencia de dicha conformidad en uno o en ambos sentidos” (pág. 933).

En la anterior cita, se deja en evidencia que el resultado del estudio realizado por la Corte Constitucional toma en cuenta no sólo el contenido de la norma controlada, sino también del procedimiento seguido para su expedición, en caso de que esa sea la razón por la cual se incoa el juicio de inconstitucionalidad.

Pero paradójicamente las decisiones de la Corte Constitucional no concluyen en su parte resolutive con una declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma objeto de control, sino con una declaración de exequibilidad o inexecuibilidad, expresiones que semánticamente tienen un sentido diferente.

Tales expresiones se relacionan con los efectos de la norma objeto de análisis, hablándose de “exequible (del latín *quod effici potest*) e inexecuible (*non quod effici potest*), esto es, que puede o no ejecutarse o llevarse a efecto” (Henaó J., 2004, pág. 132; Hernández J., 2013, pág. 73 y 74), la norma objeto de pronunciamiento constitucional.

En este caso, la constitucionalidad de una norma refleja no sólo que se encuentra acorde a los postulados de la Constitución Política, sino también que sus efectos son válidos ante los preceptos de ésta, haciendo posible su ejecución y deviniendo, por ende, en exequible.

Lo anterior quiere decir que:

la declaratoria de inexecuibilidad de la ley significa su inejecutabilidad, razón por la cual la ley declarada inexecuible es una ley inejecutable, que constitucionalmente no se puede cumplir. Y con la declaración de inexecuibilidad, que a su vez constituye la pretensión en la demanda respectiva, la ley desaparece del ordenamiento jurídico a partir del momento en que la propia Corte así lo declare (Sánchez, 2012, pág. 132).

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

De esta manera, el resultado del Control Constitucional es una declaración de la Corte Constitucional sobre el sometimiento o no de la actuación de las autoridades estatales a la Carta Política y, por consiguiente, su validez dentro del ordenamiento jurídico, haciéndose ejecutable.

Con lo hasta aquí expuesto, se describe el control de constitucionalidad en Colombia, observando que en la Constitución Política de 1991 se consagraron los elementos esenciales de un Estado Constitucional y dotándose ésta de una fuerza normativa propia al ser la norma fundamental del ordenamiento jurídico, a través del principio de supremacía constitucional y de la implementación de una Jurisdicción Constitucional, en cuya cima se encuentra la Corte Constitucional, quien ejerce un Control Constitucional sobre los actos de los órganos y autoridades que integran el poder público.

Como se observó, dicho control se ejerce a través de una serie de mecanismos como lo son: el control abstracto, el control concreto y control difuso de constitucionalidad, puestos en marcha a través de la acción pública de inconstitucionalidad, el control posterior o automático, el control previo, la acción de nulidad por inconstitucionalidad, el medio de control de nulidad, las objeciones de inconstitucionalidad de las autoridades administrativas seccionales, la acción de tutela y la excepción de inconstitucionalidad.

De estos mecanismos, la Corte Constitucional ejerce el control abstracto de constitucionalidad, en virtud de su competencia para conocer de la acción pública de inconstitucionalidad, el control posterior o automático de constitucionalidad y el control previo de constitucionalidad, mientras que con ocasión de la revisión eventual de los fallos de instancia proferidos por los jueces de tutela, realiza un control concreto de constitucionalidad.

Por último, el Guardián de la Integridad y la Supremacía de la Constitución, por intermedio del Control Constitucional emite una serie de sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

constitucional, lo que implica que sus decisiones sean de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades estatales y los particulares, no sólo en lo relacionado con la parte resolutive de las mismas, sino también con el contenido de su parte considerativa o motiva, es decir, la denominada *ratio decidendi*.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

EL CONSEJO DE ESTADO COMO TRIBUNAL SUPREMO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Como se observó en el acápite anterior, el control de constitucionalidad implementado bajo los postulados de la Constitución Política de 1991, estuvo acompañado de la creación de una Jurisdicción Constitucional en cabeza de la Corte Constitucional, junto a la denominada cosa juzgada constitucional que determina los efectos de sus sentencias.

Ahora, en el presente capítulo se dispone a describir la función de interpretación normativa que posee el Consejo de Estado, como Tribunal Supremo de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, así como el papel unificador de la jurisprudencia contenciosa administrativa desde la óptica de Carta Política de 1991 y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contenido en la Ley 1437 de 2011.

Para ello, es necesario iniciar con el estudio de la Ley Fundamental, más exactamente con su Título VIII, el cual contiene las disposiciones relacionadas con las Ramas del Poder Público, estando la Judicial conformada por cuatro jurisdicciones, a saber: la Jurisdicción Ordinaria, la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la Jurisdicción Constitucional y las Jurisdicciones Especiales.

El Capítulo Tercero del referido Título VIII se encargó de regular lo concerniente a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, siguiendo con la tradición de conformar al interior de la administración de justicia una jurisdicción especial, para “garantizar la legalidad de la función Administrativa” (Hines, 2009, pág. 197).

Esta jurisdicción fue estructurada por el Congreso de la República, a través de la Ley 270 de 1996, también denominada Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, y más

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

recientemente con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Dicha normativa señaló que la Jurisdicción Contencioso Administrativa tendría una estructura orgánica integrada por los juzgados administrativos, los tribunales administrativos y el Consejo de Estado.

Respecto del Consejo de Estado, el artículo 237 de la Constitución Política le asignó dos atribuciones fundamentales: de un lado, ser el “cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración” y de otro, ejercer las “funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo”.

La primera de las funciones responde a la competencia originaria con la cual se había concebido al Consejo de Estado en el Siglo XIX, a semejanza de su par francés, mientras que la segunda se relaciona con el carácter judicial que adquirió en el inicio del Siglo XX.

Esta última atribución se reprodujo en el artículo 107 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, adoptando los mismos términos utilizados por el Constituyente de 1991 en el canon constitucional mencionado, pero el artículo 34 de la Ley Estatutaria de la Administración Justicia evidenció las implicaciones que tal terminología conllevaba dentro de esa jurisdicción especial, puesto que señaló que el Consejo de Estado era “el máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

Tal concepción legal responde también a la estructura interna que se adoptó para la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual subordinó a los juzgados administrativos y a los tribunales administrativos al Consejo de Estado, no sólo desde el punto de vista orgánico o jerárquico, sino también funcional, como se observa en la terminología utilizada por la Constitución Política.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Ahora bien, las consecuencias que el término “supremo” trae para el ordenamiento jurídico colombiano y para la misma estructura de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no sólo son evidenciadas en su desarrollo legal, sino por algunos sectores de la doctrina nacional que resaltan esa influencia en los ámbitos jerárquico y funcional de los que se viene hablando.

Uno de los exponentes de ese criterio es Arboleda (2012), quien manifiesta que la concepción de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo “indica que se trata de un órgano que carece de superior tanto jerárquico como funcional, que integra la rama judicial como cabeza de la jurisdicción de lo contencioso, siendo un órgano de cierre de la misma” (pág. 182).

De hecho, la última expresión que utiliza el autor citado en el aparte transcrito, en el sentido de catalogar al Consejo de Estado como un “órgano de cierre”, implica que éste sea la última instancia o la voz definitiva dentro de los asuntos que se sometan al conocimiento de los jueces y tribunales que conforman la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Ello quiere decir que después de un pronunciamiento o decisión del Consejo de Estado, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, no existiría ninguna otra instancia que pudiera enervar o siquiera entrar a conocer un asunto ya estudiado por esta Corporación, por cuanto que ya se habrían cerrado las puertas de la justicia administrativa.

De allí que el mismo Consejo de Estado pregone su superioridad jerárquica y funcional, como se puede observar en la Sentencia del 4 de marzo de 2003, proferida por su Sala Plena e identificada con el radicado 11001-03-24-000-1999-05683-02(IJ-030), en la cual señaló:

En esa condición de tribunal supremo, no tiene superior que pueda interferir en el ejercicio de sus funciones en la administración de justicia, por la elemental razón de que dejaría de ser supremo, si sus fallos pudieran ser determinados por otra autoridad judicial o política.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Solamente en el evento de que se reforme la Constitución en dicha materia, ello sería posible (Sentencia del 4 de marzo de 2003, Fundamento Jurídico VI 4.).

Pero estas no son las únicas implicaciones que trae el hecho de que el Consejo de Estado sea Tribunal Supremo y máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, puesto que en otro pronunciamiento del 14 de julio de 2009, hecho dentro del radicado 20001-23-31-000-2007-00244-01(IJ)AG y por la misma Sala Plena, se consideró:

En este sentido, el contenido de la función constitucional asignada al Consejo de Estado, consistente en fungir como 'Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo', puede encontrarse en los siguientes aspectos:

a).- Ejercer como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo supone que el Consejo de Estado es la Corporación que, en este campo de la Rama Jurisdiccional, tiene la vocación constitucional de unificar la jurisprudencia nacional en la materia; es el órgano constitucionalmente responsable de garantizar que tanto los Jueces y Tribunales que integran la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como los órganos y entidades que ejercen funciones administrativas, al igual que los usuarios de dicha Jurisdicción, cuenten con una jurisprudencia uniforme -que no inmutable- y constante, respetuosa de los principios de igualdad, seguridad jurídica, confianza legítima, buena fe y publicidad de la actividad judicial, que sirva de manera efectiva y eficaz tanto como fuente auxiliar de la Administración de Justicia, cuanto como parámetro de actuación de una actividad administrativa que encuentre en los pronunciamientos judiciales, a la vez que límites no rebasables al momento de adoptar decisiones, también criterios orientadores del sentido en el cual las mismas pueden -y/o deben- producirse para resultar conformes con el ordenamiento jurídico.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

La función que al Consejo de Estado le concierne desplegar en condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo constituye, por tanto, un mecanismo de control en contra de la arbitrariedad de la Administración Pública, pero también -y no menos importante- en contra de la arbitrariedad judicial.

b).- Además, la función de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo asignada por la Carta Política al Consejo de Estado lo constituye en Tribunal de cierre en dicho ámbito de la Jurisdicción, con lo cual los argumentos en los cuales se sustentan sus pronunciamientos están llamados a ser, por voluntad explícita del propio Constituyente, aquellos que orienten, de manera última y definitiva -al no existir instancia superior alguna constitucionalmente habilitada para el efecto-, la actividad de impartir justicia encomendada a todos los jueces y tribunales que integran la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Sentencia del 14 de julio de 2009, Fundamento Jurídico 2.4).

Del aparte transcrito, se observa que una consecuencia de suma importancia que trae actuar como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo es el relacionado con la unificación de la jurisprudencia, teniendo ésta como objetivo la fijación de un parámetro orientador para las actuaciones de los jueces y tribunales administrativos, así como de las autoridades administrativas, aspectos que serán abordados en los siguientes apartados.

La función unificadora del Consejo de Estado

Con el fin de concretar la función de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo que le ha sido asignada al Consejo de Estado, la Ley 1437 de 2011 en su artículo 111 situó en la Sala Plena del Consejo de Estado, entre otras competencias, la de decidir los recursos extraordinarios de revisión que se incoen contra las sentencias dictadas por las Secciones o Subsecciones de ese Órgano Judicial, así como aquellos asuntos que le remitan éstas por la

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

importancia jurídica, la trascendencia económica y social que representan o para unificar la jurisprudencia.

Esta función de la Sala Plena del máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, permite identificar uno de los mecanismos y algunas razones con los cuales se llevan ante el Consejo Estado, los asuntos que se someten al conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Esos asuntos no son otros que aquellos en los que se entraban discusiones con entidades públicas o particulares que ejercen funciones públicas, como lo expresa el artículo 104 del mencionado Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Los otros mecanismos a los que se hace referencia son, a saber: el recurso extraordinario de unificación de la jurisprudencia y la revisión eventual de las decisiones adoptadas en los procesos iniciados con ocasión de las acciones populares y de grupo, cuya procedencia se encuentra mediada por una serie de circunstancias a las que se hará referencia más adelante.

A través de los mencionados recursos extraordinarios de revisión y de unificación de la jurisprudencia, así como con la revisión eventual en las acciones populares y de grupo, el Consejo de Estado ejerce una función inherente a su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, esto es, unificar la jurisprudencia contenciosa administrativa.

En virtud de dicha función, el Consejo de Estado unifica los criterios interpretativos de las normas del derecho administrativo, a través de las cuales se resuelven lo las controversias sometidas al conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Esta función ha sido catalogada por la doctrina como “la función primordial de las altas cortes de justicia” (Sanín, 2004, pág. 121), y por el mismo Consejo de Estado como “inherente”

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

o “connatural a la condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo” (Concepto del 10 de diciembre de 2013, Fundamentos Jurídicos B y C).

Esa trascendencia de la función unificadora o interpretativa descrita, se predica por la solución definitiva dada a las controversias que se someten al conocimiento de los tribunales supremos, como es el caso del Consejo de Estado, quienes tienen que señalar una serie de posturas interpretativas frente a la normativa utilizada para dirimirlas.

Ahora bien, esas posturas interpretativas tienen una característica adicional al simple hecho de dar un sentido uniforme al entendimiento de un texto normativo, puesto que cuando el Consejo de Estado fija el alcance de los enunciados legales aplicados en la solución del caso, tal sentido jurídico se convierte en la interpretación autorizada del respectivo acto normativo.

De esta manera, la interpretación autorizada que realiza el Consejo de Estado del texto normativo, en atención a su superioridad jerárquica y funcional, se convierte en un parámetro o criterio interpretativo, susceptible de ser aplicado por los jueces administrativos, los tribunales administrativos y las autoridades administrativas, cuando tengan que decidir alguna controversia similar a la decidida por él o en alguno que tenga que ser resuelto bajo el acto normativo interpretado.

Este criterio ha sido puesto en evidencia por la Corte Constitucional, quien ha señalado, respecto al Consejo de Estado, lo siguiente:

Como máximo ente de dicha jurisdicción, esa Corporación de justicia es la encargada de unificar la posición de la jurisprudencia en las materias que se ponen a su consideración. La interpretación conferida por dicho tribunal a las normas legales, tal como ocurre con la Corte Suprema de Justicia en la jurisdicción ordinaria, constituye el sentido semántico y jurídico en el que la normatividad atinente debe ser entendida y, consecuentemente, aplicada (Sentencia

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

C-955 de 2001, Fundamento Jurídico 8; Sentencia C-569 de 2004, Fundamento Jurídico 21; Sentencia T-389 de 2006, Fundamento Jurídico 22).

Por ello, las decisiones que adopta el Consejo de Estado al resolver los recursos extraordinarios anteriormente señalados y al resolver de fondo las acciones populares y de grupo que lleguen a su conocimiento, con ocasión de la revisión eventual de las mismas, no sólo unifican los criterios interpretativos de los textos normativos del Derecho Administrativo y solucionan las respectivas controversias, sino también subordinan a las autoridades tanto judiciales como administrativas a la interpretación allí contenida.

Así lo ha entendido el mismo Consejo de Estado, argumentando para el efecto que: la jurisprudencia del Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo no sólo es para los jueces administrativos, sino para las autoridades del Estado, una pauta auxiliar fundamental de interpretación de las normas legales cuando se trata de decidir un asunto sobre el cual el Consejo de Estado ha sentado su criterio en un asunto similar. Su alusión en un caso particular depende, no de la fecha de la sentencia, sino de la normatividad que interpretó y que regula el caso que se debe resolver (Sentencia del 12 de febrero de 2010, Parte Considerativa Parágrafo 4).

Ello quiere decir, que en virtud de la función de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y de su condición de máximo Tribunal de esa jurisdicción, el Consejo de Estado no sólo resuelve casos concretos, sino también crea precedentes con fuerza vinculante para los jueces y tribunales de su jurisdicción, así como para las autoridades administrativas, quienes deben observar esas posiciones interpretativas.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Este es un aspecto reconocido por la doctrina y jurisprudencia nacional, cuando una y otra analizan la estructura orgánica de la Administración de Justicia, junto con la normativa que la regula.

En la doctrina, los estudios extranjeros parten de consideraciones generales y comunes a toda organización judicial, sin que el caso colombiano puede ser catalogado como una excepción, dada la similitud de su organización judicial conformada por un tribunal supremo en la cúspide de cada jurisdicción, mientras que la doctrina nacional aborda las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para señalar sus particularidades.

En el caso de la jurisprudencia, es posible encontrar pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en los cuales se realiza el estudio de la experiencia judicial colombiana, bajo las particularidades de su ordenamiento jurídico.

Uno de los exponentes de la doctrina extranjera que se han pronunciado sobre la fuerza vinculante de las decisiones de los tribunales superiores de la administración justicia es Grote (2008), quien considera lo siguiente:

Las decisiones de los tribunales de revisión despliegan, sin embargo, un efecto práctico vinculante por encima de su fuerza jurídica. Este efecto es una consecuencia directa de la función particular de los tribunales de revisión dentro del sistema jurídico que no se agota en la determinación de casos concretos, sino también incluye la elaboración de criterios generales que pueden servir de orientación para los tribunales inferiores en la decisión de casos futuros (pág. 669).

En nuestro medio, Bravo (2011) analiza la regulación contenida en la Ley 1437 de 2011 y encuentra estas particularidades:

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Parece que, según lo expuesto, existen dos clases de precedentes judiciales, a saber: el que se identifica con las sentencias de unificación y el que provienen de una sentencia judicial. El primero tiene un origen formal y da origen al procedimiento de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado y al recurso extraordinario de la unificación de jurisprudencia; el segundo tiene una fuerza en el principio de justicia y, posiblemente, por estar relacionado con el derecho fundamental a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución, puede dar origen a la acción de tutela. El precedente judicial calificado como “sentencia de unificación” está prolijamente regulado en el nuevo Código Contencioso Administrativo, en cuanto a su origen y efectos (Bravo, 2011, pág. 90).

Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado:

5.4.2.4. Nótese que la fuerza vinculante de las decisiones de las denominadas altas cortes surge de su definición constitucional como órganos jurisdiccionales de cierre, condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones. El mandato de unificación jurisprudencial, únicamente dirigido a las cortes jurisdiccionales de cierre, se erige en una orden específica del Constituyente para brindar cierta uniformidad a la interpretación y aplicación judicial del derecho en desarrollo del deber de igualdad de trato debido a las personas, mediante la fuerza vinculante de sus decisiones judiciales superiores.

5.4.2.5. Así, de la condición de “máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria”, de “tribunal supremo de lo contencioso administrativo”, de “guarda de la integridad y supremacía de la Constitución” que les fija la Constitución a la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respectivamente, surge el encargo de unificar la jurisprudencia en las respectivas jurisdicciones, tarea implícita en la atribuciones asignadas a la primera como tribunal de casación, en la de cierre jurisdiccional de lo contencioso

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

administrativo del segundo, y en la función de guardián de la Constitución y de revisor de las decisiones judiciales de tutela de los derechos fundamentales que tiene la Corte Constitucional. Y de tal deber de unificación jurisprudencial emerge la prerrogativa de conferirle a su jurisprudencia un carácter vinculante. En otras palabras, el valor o fuerza vinculante, es atributo de la jurisprudencia de los órganos de cierre, quienes tienen el mandato constitucional de unificación jurisprudencial en su jurisdicción (Sentencia C-816 de 2011, Fundamentos Jurídicos 5.4.2.4 y 5.4.2.5).

De igual manera, el Consejo de Estado por intermedio de su Sala de Consulta y Servicio Civil ha discurrido de la siguiente manera:

a. De otro lado, el carácter vinculante del precedente jurisprudencial y su función orientadora de las decisiones futuras en orden a satisfacer las necesidades sociales de seguridad jurídica (predictibilidad de la decisión) e igualdad, no impide que las autoridades administrativas de manera seria y razonada busquen a través de los procesos judiciales el cambio del precedente o la unificación jurisprudencial cuando ella no exista; también podrán intentar que, en el caso de esta jurisdicción, el asunto sea conocido por la sala plena de lo contencioso administrativo para que esta se pronuncie por importancia jurídica o transcendencia económica o social, situación que en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo admitirá solicitud de parte. Claro está que una vez unificado el precedente y salvo cambios normativos o en la jurisprudencia, la administración deberá proceder de conformidad con el precedente aplicable al caso, en tanto que éste constituye el sentido e interpretación que los diferentes operadores jurídicos deben darle a la ley. De lo contrario, el precedente no tendrá ningún valor como mecanismo de

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

realización del principio de igualdad y como referente de solución de decisiones futuras que no deben ser judicializadas innecesariamente.

b. Así mismo, es importante resaltar que el precedente establecido por los órganos de cierre de cada una de las jurisdicciones (ordinaria o contenciosa) es relevante al interior de cada una de ellas y respecto de los asuntos que son objeto de su conocimiento; dicho de otro modo, el precedente fijado por la jurisdicción ordinaria o por la contencioso administrativa, no se vuelve vinculante para la otra, pues cada una, dentro de su propia autonomía, puede establecer las reglas de interpretación de los asuntos sometidos a su conocimiento. Esto es especialmente importante en el tema consultado, pues respecto de los factores salariales que deben tomarse en cuenta para liquidar la pensión, la jurisprudencia del Consejo de Estado es diferente a la fijada por la Corte Suprema de Justicia en los asuntos de su competencia, de forma que lo dicho en cada jurisdicción no es trasladable necesariamente a la otra.

Lo anterior sin perjuicio, claro está, de que dentro de su propia autonomía, las jurisdicciones ordinaria y contenciosa puedan tener en cuenta lo dicho por la otra al resolver casos iguales o semejantes y que para tal fin los interesados puedan invocar los precedentes que mejor respondan a sus intereses dentro del proceso.

c. También es importante resaltar que los cambios de precedente no afectan las decisiones judiciales adoptadas con anterioridad, pues las mismas hacen tránsito a cosa juzgada.

Hechas estas aclaraciones, la Sala revisará lo que respecto del asunto consultado han señalado tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado en los asuntos sometidos a su conocimiento; ello constituirá, según el caso, precedente vinculante para el Instituto de Seguros Sociales (dependiendo en cada caso situación particular cuál sería la jurisdicción competente frente a un eventual conflicto).

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Cabe advertir en todo caso, que a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el próximo 2 de julio de 2012 (ley 1437 de 2011), todos los asuntos relacionados con la seguridad social de los empleados públicos cuyo régimen esté administrado por una entidad de derecho público, será competencia exclusiva de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículo 104-4), lo cual unificará nuevamente el conocimiento de estos asuntos y permitirá salvar la existencia de jurisprudencia diferenciada sobre el particular. En consecuencia, en tales casos el precedente vinculante será el que haya fijado el Consejo de Estado (Concepto del 16 de febrero de 2012, Considerando A).

Las anteriores citas doctrinales y jurisprudenciales resaltan dos características fundamentales de las decisiones del Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, a saber: la fuerza vinculante de sus decisiones en virtud del carácter de precedente y el concepto de sentencia de unificación.

En cuanto a la fuerza vinculante de las decisiones del Consejo de Estado se reafirma lo expresado anteriormente, es decir, que éstas, además de resolver casos concretos, también crean precedentes con fuerza vinculante para las autoridades judiciales y administrativas.

Con ocasión del carácter de precedente, los jueces y tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, así como las autoridades administrativas, en aras del derecho fundamental de la igualdad y de la seguridad jurídica del ordenamiento jurídico, deben aplicar las reglas interpretativas allí consignadas para resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, aspecto que es reconocido por el mismo Consejo de Estado en el concepto transcrito.

Ahora bien, un concepto relacionado con la fuerza vinculante del precedente es el de la sentencia de unificación, cuya correspondencia, como se observó, también es reconocida por el

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Consejo de Estado y evidenciada por el Guardián de la Integridad y la Supremacía de la Carta Política, pero que por su importancia debe ser descrito en un aparte independiente de este capítulo de la tesina.

Las sentencias de unificación jurisprudencial. Como se venía señalando, el concepto de las sentencias de unificación jurisprudencial se encuentra relacionado con la fuerza vinculante del precedente, aspecto que es tratado no sólo por el Consejo de Estado, sino también por la Corte Constitucional.

En este punto, Vargas (2012) es contundente en afirmar que “las sentencias de unificación jurisprudencial tienen por finalidad garantizar la aplicación de la Constitución, la Ley y el reglamento, de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos” (pág. 130).

Esos aspectos a los que hace referencia el autor citado, evidencian que las sentencias de unificación jurisprudencial son una manifestación del ejercicio de la función de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo que ostenta el Consejo de Estado, por cuanto que unifican los criterios interpretativos de los textos normativos que regulan las controversias sometidas al conocimiento de la justicia administrativa.

De igual manera, las citas doctrinales y jurisprudenciales traídas a colación en el anterior aparte, permiten señalar que el concepto de sentencia de unificación jurisprudencial no es de creación de las autoridades judiciales ni de la doctrina, por el contrario, es autoría del propio Legislador quien lo ha consagrado en el artículo 270 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

El referido artículo define las mencionadas sentencias de unificación jurisprudencial en el sentido de señalar que estas son las decisiones que profiere o haya proferido el Consejo de

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Estado, bajo una serie de circunstancias agrupadas por la Corte Constitucional (Sentencia C-816 de 2011), bajo las denominaciones de criterio material, criterio finalista y criterio funcional.

En cuanto al criterio material, el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011 señala que son sentencias de unificación jurisprudencial, aquellas decisiones que ha proferido o profiera el Consejo de Estado, por la importancia jurídica y la trascendencia económica o social que ostenta el asunto sometido a su consideración.

En relación con el criterio finalista, la norma descrita señala que también son sentencias de unificación jurisprudencial, aquellas providencias que ha proferido o profiera el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo por la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia en un asunto determinado.

Estos dos criterios, el material y el finalista, tienen una regulación propia en el artículo 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual señala que el Consejo de Estado puede asumir el conocimiento de aquellos asuntos que se encuentren pendientes de fallo.

Tal circunstancia puede presentarse en cuatro casos, a saber: a) de oficio, por decisión del mismo Consejo de Estado; b) a solicitud de parte, para lo cual se deben exponer las respectivas “razones” (Sentencia del 24 de octubre de 2013, Fundamento Jurídico 1); c) a petición del Ministerio Público, y d) por la remisión del asunto, por parte de las secciones o las subsecciones del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos.

En estos casos, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán las sentencias de unificación jurisprudencial, según las reglas de competencias asignadas.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Sin embargo, a pesar que la normativa que regula estos criterios, en principio se podría pensar que cualquier asunto es susceptible de unificación, siempre y cuando mediara una solicitud de parte, pero el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha sido claro en señalar que “no es admisible que se solicite la expedición de una sentencia de unificación de jurisprudencia respecto de procesos que se siguen en los juzgados administrativos, así como tampoco de los que se tramitan en primera instancia ante los tribunales” (Sentencia del 14 de agosto de 2013, Parte Considerativa Párrafo 15).

Respecto del último de los criterios, esto es, el denominado criterio funcional, el artículo 270 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala que son sentencias de unificación jurisprudencial, aquellas sentencias proferidas o que profiera el Consejo de Estado, cuando decidió o vaya a decidir los recursos extraordinarios y los asuntos conocidos en virtud del mecanismo eventual de revisión.

Este criterio no tiene una regulación especial contenida en un artículo en particular de la Ley 1437 de 2011, como sí ocurre con los anteriores criterios expuestos, sino que, por el contrario, debe ser concretado con las reglas establecidas para la procedencia y solución de los mecanismos procesales que en ese precepto normativo se señalan, para cuya descripción se dedican los siguientes acápite.

Pero antes, es necesario señalar que con las aludidas sentencias de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado ejerce la función unificadora e interpretativa que le compete como máximo Tribunal o Tribunal Supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa.

Por ello, con ocasión del carácter unificador que traen las funciones del Consejo de Estado, el carácter vinculante de los precedentes sentados por él y la relación de éstos con las

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

sentencias de unificación jurisprudencial, algunos consejeros de estado han llegado exaltar el papel de la “jurisprudencia como fuente de derecho” (Hernández A., 2012, pág. 22; Sentencia del 4 de abril de 2013, Parte Considerativa Párrafo Tres), en el entramado normativo colombiano, aspecto que será evidenciado en el siguiente capítulo.

Incluso, las circunstancias prácticas en las cuales se ha desenvuelto el ordenamiento jurídico colombiano, han llevado a que algunos sectores de la doctrina, reacios en compartir los anteriores planteamientos, terminen por aceptar lo innegable, la existencia del precedente al interior de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Uno de ellos es Romero (2008), quien a pesar de militar en el tradicionalismo de fuentes, señala lo siguiente:

Ahora bien, como ocurre con gran frecuencia, que la interpretación de los tribunales y jueces puede ser contradictoria, es indispensable, con el propósito de dar seguridad jurídica, que exista un recurso que sea resuelto por el Consejo de Estado, para que oriente, ponga freno a interpretaciones disímiles y dé uniformidad al entendimiento de la ley. De esta manera puede lograrse coherencia en la interpretación, pues, si bien es cierto, en virtud de su autonomía el juez o tribunal puede apartarse de la jurisprudencia del Consejo, al ser revisada la decisión deberá resolverla de acuerdo al criterio interpretativo de la máxima autoridad de la jurisdicción (pág. 100).

Este fenómeno también ha sido expuesto por los asesores colombianos del proyecto de fortalecimiento del Estado de Derecho “FortalEsDer” de la agencia alemana Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH, quienes indican:

El Consejo de Estado ha contribuido a desarrollar jurisprudencia, en la medida en que profiere sus sentencias, con lo cual implementa criterios y define controversias. Con el amplio

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

espectro de las acciones tanto ordinarias como constitucionales que le han sido asignadas, la Corporación ha extendido su jurisprudencia para que se adopten medidas encaminadas a la progresiva efectivización de los derechos y garantías individuales, económicas, sociales y culturales, de modo que se asegure la satisfacción del mínimo de las condiciones en un Estado Social de Derecho.

Debido a las competencias tradicionales y las asignadas con la Constitución de 1991, tanto los conceptos como la jurisprudencia del Consejo de Estado determinan la forma como debe interpretarse las normas involucradas en la solución de las controversias, convirtiéndose en el referente más cercano y confiable con el que se puede contar para llenar los vacíos existentes en la aplicación e interpretación de las leyes (Younes & Mejía, 2006, pág. 169).

Pero todos los argumentos que hasta aquí se han expresado y que han sido traídos a colación en las citas realizadas, pueden ser observadas en el análisis que sobre las sentencias de unificación jurisprudencial y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia ha realizado la Corte Constitucional:

5.2.2. Resulta razonable que el Legislador, al regular los Procedimientos Administrativos, haya querido limitar el mecanismo de extensión administrativa de sentencias, a un tipo especial de ellas, las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado, de las que por su naturaleza se deriva un alto grado de seguridad y certeza. En efecto, es este órgano el definido por la Constitución como máximo tribunal de lo contencioso-administrativo y órgano de cierre del mismo (CP, 237), y como tal, ostenta el mandato de unificación jurisprudencial en su jurisdicción, condición que le imprime fuerza vinculante a determinadas decisiones que profiere. Restantes decisiones del tribunal supremo de lo contencioso administrativo, diferente de las de unificación, no cuentan con el poder

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

vinculante de las anteriores, y para el Legislador son las sentencias unificadoras las que válidamente se hallan llamadas a dotar a esta jurisdicción y a la administración en general de reglas de interpretación ‘claras, uniformes e identificables’, en virtud del mandato constitucional aludido.

[...]

5.2.5. Ahora bien, en cuanto a la presunta omisión en el mecanismo de extensión de otras sentencias del Consejo de Estado distintas de las de unificación jurisprudencial, téngase en cuenta que, como bien se ha dicho, estas sentencias de unificación cumplen la función especial y específica de ordenar y clarificar el precedente aplicable. En este sentido, es plenamente razonable que sean estas sentencias y no otras del Consejo de Estado, las llamadas a ser aplicadas en el mecanismo de extensión de jurisprudencia. Las demás sentencias del Consejo de Estado siguen teniendo su valor como precedente del órgano de cierre de lo contencioso-administrativo, pero son un tipo especial de providencias -las sentencias de unificación jurisprudencial- a las que el Legislador, en ejercicio de su poder de configuración normativa, asignó la potestad de ser aplicadas en el mecanismo de extensión de jurisprudencia, que tienen la virtud de evitar la realización de un proceso y de facilitar el acceso directo al Consejo de Estado (Sentencia C-588 de 2012, Fundamentos Jurídicos 5.2.2 y 5.2.5).

Sin embargo, es necesario aclarar un punto central en la concepción de Tribunal Supremo que ostenta el Consejo de Estado, con el fin de comprender en toda su dimensión la función unificadora e interpretativa que desarrolla éste, y es su diferencia con otra función característica de los tradicionales órganos de cierre de la Administración de Justicia, esta es, la de tribunal de casación.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

En nuestro ordenamiento jurídico, la función de “tribunal de casación” ha sido radicada en la Corte Suprema de Justicia, como máximo tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, por disposición expresa del numeral primero del artículo 235 de la Carta Política.

El ordenamiento constitucional consagra una clara diferenciación entre las competencias asignadas al Consejo de Estado y a la Corte Suprema de Justicia, puesto que al primero se le encarga de ejercer la función de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, mientras que a la Corte Suprema de Justicia se le ordena actuar como tribunal de casación.

En un principio y a simple vista pareciera que las diferencias se encuentran enmarcadas un mero problema terminológico, pero la jurisprudencia constitucional no lo ha considerado así.

Para la Corte Constitucional, las funciones de estos dos tribunales supremos son diversas y en su sentir no pueden ser asimiladas, debido a que la casación conlleva “un análisis técnico-jurídico sobre la validez de una sentencia judicial” (Sentencia C-713 de 2008, Fundamento Jurídico 6), aspecto que sólo es del resorte de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto que esa es una atribución que le ha sido encomendada de manera exclusiva.

Por el contrario, cuando el Consejo de Estado ejerce su función de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, actúa como “órgano de última instancia” (Sentencia C-713 de 2008, Fundamento Jurídico 6), decidiendo los casos concretos que se le someten a su conocimiento, sin que le sea permitido entrar a determinar la validez de las providencias judiciales de los jueces y tribunales inferiores.

De allí que el Consejo de Estado pueda ejercer una función unificadora e interpretativa de la normativa administrativa, más no ejercer un “control de legalidad” (Sentencia C-713 de 2008, Fundamento Jurídico 7) sobre las sentencias de instancia que se someten a su conocimiento.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

De esta manera, cuando el Consejo de Estado asume el conocimiento de un determinado asunto y decide proferir una sentencia de unificación jurisprudencial para resolverlo, no puede llegar a ejercer un control de legalidad de la sentencia del juez administrativo o del tribunal administrativo que conoció la controversia con anterioridad

Lo anterior, por cuanto que su función de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo sólo le permite unificar los criterios interpretativos de la normativa que regula la respectiva controversia y, de contera, resolver la misma bajo tal interpretación.

Ahora bien, lo hasta aquí expuesto nos lleva a describir los mecanismos procesales con los cuales el Consejo de Estado unifica esos criterios interpretativos y que, como se pudo observar, son expresados en lo que se ha denominado criterio funcional de definición de las sentencias de unificación jurisprudencial, siendo estos los recursos extraordinarios y la revisión eventual de las sentencias proferidas en virtud de las acciones populares y de grupo.

Los recursos extraordinarios en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

El Título VI del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo reguló lo relacionado con los recursos extraordinarios susceptibles de ser interpuestos al interior de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, denominándolos recurso extraordinario de revisión y recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.

De la regulación contenida en el mencionado título, se evidencia que estos recursos adquieren su carácter extraordinario debido a que dentro de las respectivas controversias, los recursos ordinarios deben haber sido presentados por los sujetos procesales y decididos por el juez administrativo o el tribunal administrativo en su instancia correspondiente.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

De esta manera, los recursos extraordinarios de revisión y de unificación de jurisprudencia se incoan cuando las respectivas controversias ya han sido decididas o culminadas en el respectivo trámite procesal al interior de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Con base en lo anterior, se procederá a describir el recurso extraordinario de revisión y el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia en los siguientes apartes.

Recurso extraordinario de revisión. Este recurso extraordinario es considerado por la doctrina como una instancia en la que “son elaborados criterios generales para la decisión de futuros casos concretos, que también podrían estar previstos en la ley” (Grote, 2008, pág. 658).

De tal concepción, puede evidenciarse de entrada el carácter unificador o interpretativo de este mecanismo procesal y una de las manifestaciones del ejercicio de la función de Tribunal Supremo que ostenta el Consejo de Estado al interior de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Las reglas procesales del recurso extraordinario de revisión se encuentran consagrados en el Capítulo I del Título VI del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, siendo conformado por los artículos 248 a 255.

Dicha normativa señala que el recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas que hayan proferido las Secciones y Subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los jueces administrativos.

De esta manera, el recurso extraordinario en comento permite reabrir los asuntos finalizados, para que sea revisada la decisión adoptada en la respectiva controversia, conociendo de éste la Sala Plena del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, cuando se incoa

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

contra las sentencias proferidas por las Secciones y Subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

En este evento, el estudio del recurso impetrado se produce por la totalidad de los integrantes de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sin que se excluya de la misma a la Sección que profirió la decisión objeto de revisión.

En cuanto al recurso extraordinario de revisión presentado contra las sentencias proferidas por los tribunales administrativos, su conocimiento es asignado a las Secciones y Subsecciones del Consejo de Estado, mientras que los recursos de revisión dirigidos contra los fallos ejecutoriados proferidos por los jueces administrativos, son de competencia de los tribunales administrativos.

Para la procedencia del recurso extraordinario de revisión, el artículo 250 de la Ley 1437 de 2011 estableció unas “especiales circunstancias consagradas taxativamente” (Sentencia del 29 de mayo de 2014, Fundamento Jurídico Alcance y Objetivo del Recurso), relacionadas con: a) documentos decisivos recobrados después de dictada la sentencia, b) haber sido dictada la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados, c) haber sido dictada la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición, d) haber sido dictada una sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia recurrida extraordinariamente, e) existir una nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación, f) aparecer una persona con mejor derecho para reclamar, después de dictada la sentencia a favor de otra, g) Cuando en la sentencia se decretó una prestación periódica a favor de una persona y ésta no tenía al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o teniéndola la perdió con posterioridad a la sentencia o por sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida, y por

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

último h) cuando la sentencia es contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso, salvo que en el segundo proceso se haya propuesto la excepción de cosa juzgada y fuera rechazada en su momento.

Ahora bien, el artículo 251 de la Ley 1437 de 2011 señaló el término de un año para interponer el mencionado recurso extraordinario de revisión, el cual es contabilizado a partir de la ejecutoria de la sentencia contra la cual se interpone.

Sin embargo, cuando se trata de un caso en el que el recurso se funda en la existencia de condenas penales contra peritos, cuyos dictámenes sirvieran de base a la sentencia atacada o que declaren que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la misma, el término de un año es contabilizado desde la ejecutoria de la respectiva sentencia penal.

Así mismo, el Congreso de la República en las Leyes 144 de 1994 y 797 de 2003, estableció lo que puede ser denominado un régimen especial para el recurso extraordinario de revisión, cuando se trata del estudio del medio de control de pérdida de investidura y de las sentencias relacionadas con el reconocimiento de sumas periódicas de dinero o de pensiones a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública.

En el primero de los casos, si bien el artículo 143 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagró a la denominada pérdida de investidura, como uno de los medios de control sometidos al conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, su trámite no se somete al procedimiento consagrado en ese Estatuto Procesal, sino en el procedimiento especial que para el efecto señaló la Ley 144 de 1994.

Entre las reglas y mecanismos procesales que consagra la mencionada Ley 144 de 1994, se encuentra el “RECURSO EXTRAORDINARIO ESPECIAL DE REVISIÓN” (Congreso de la

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

República, 1994, Art. 17), el cual se incoa contra las sentencias que han levantado la investidura de algún miembro del Congreso de la República.

Este régimen especial establece unos parámetros diferentes a las reglas anteriormente descritas, adicionando como causales de procedencia la falta del debido proceso y la violación del derecho de defensa, así como un término de interposición diferente, circunscrito al periodo de cinco años.

En el segundo caso, la Ley 797 de 2003 hace referencia a los eventos en los que el recurso extraordinario de revisión se dirige contra las sentencias que han decretado o decreten el reconocimiento de sumas periódicas de dinero o de pensiones de cualquier naturaleza a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública, así como contra los reconocimientos que se realicen en virtud de transacciones o conciliaciones, sean estas judiciales o extrajudiciales (Art. 20).

Este régimen especial establece un tratamiento propio y diferenciado al que contienen el régimen general anteriormente señalado, en aspectos que van desde la legitimación por activa y las causales de procedencia, hasta el término fijado para su interposición.

En cuanto a los legitimados para su interposición, la Ley 797 de 2003 señala que el recurso extraordinario de revisión procede a solicitud de los siguientes entes y funcionarios, a saber: a) Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social; b) Ministerio de Hacienda y Crédito Público; c) Contralor General de la República y d) Procurador General de la Nación.

Como causales especiales de revisión para este tipo de recurso, el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 señaló las siguientes: a) cuando el reconocimiento se haya obtenido con violación al debido proceso y b) cuando la cuantía del derecho reconocido excediera lo establecido en la ley, pacto o convención colectiva aplicable.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Por último, en lo relacionado con el término para interponer este recurso extraordinario, la Ley 797 de 2003 fijó un término de cinco años, contados desde la ejecutoria de la providencia judicial o del perfeccionamiento del respectivo acuerdo, según sea el caso.

Cualquiera sea la causal alegada o el asunto puesto en conocimiento de la autoridad judicial competente, el fallo que desate el recurso extraordinario de revisión contendrá en su parte resolutive, en caso de salir avante en favor de las pretensiones del recurrente, “reabrir el proceso y dictar la sentencia que en derecho habrá de sustituir a la sentencia revocada” (Sentencia del 29 de mayo de 2014, Fundamento Jurídico Alcance y Objetivo del Recurso), o en su defecto la confirmación de la sentencia de instancia objeto de estudio.

Tal decisión, cualquiera sea su sentido, se caracteriza por ser una sentencia de unificación jurisprudencial, contentiva de un criterio interpretativo general, aplicable a casos futuros semejantes y de obligatorio acatamiento para los jueces y tribunales administrativos integrantes de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia se encuentra consagrado en el Capítulo II del Título VI de la Ley 1437 de 2011, el cual se encuentra conformado por los artículos 256 a 268 que señalan como finalidad el “asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme”.

Ese objetivo fijado por el Congreso de la República, permite evidenciar que cuando el Consejo de Estado desate este recurso extraordinario, estará no sólo ejerciendo su función de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, sino además la atribución derivada de la misma, esto es, la unificadora o interpretativa.

De esta manera, aquellas sentencias que pongan fin a las controversias conocidas y decididas en el marco del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, sentarán una

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

posición interpretativa del texto normativo aplicable al caso concreto, para que el sentido adoptado sea aplicado a los demás casos que se encuadren en ella, como un “precedente vertical” (Chahín, 2011, pág. 384).

Por ello, la interpretación unificada implica para los funcionarios integrantes de la Jurisdicción Contencioso Administrativo un deber consistente en acatar y aplicar el sentido unívoco dado por el Consejo de Estado al texto normativo, en cuyos supuestos de hecho y consecuencias jurídicas recayó el asunto sometido a su conocimiento, claro está, si el caso es similar al resuelto por el Tribunal Supremo.

Por ello, cuando Delgado (2011) describe en el derecho comparado un recurso extraordinario con esta misma denominación y finalidad, señala lo siguiente:

Es un acercamiento al modelo del precedente. [...] va a unificar criterios a futuro. [...] En el supuesto de que la Corte Suprema considere que debe acoger el recurso deberá dictar, sin necesidad de otra vista, sentencia de remplazo en el que fije la unificación de la jurisprudencia (pág. 491).

La finalidad de este recurso extraordinario y los efectos de la decisión que se adopte, resaltan con mayor fuerza en la regulación contenida en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por cuanto que allí se señala que a través de este mecanismo procesal se atacan las sentencias proferidas en única o segunda instancia por los tribunales administrativos, cuando éstas contradicen o se oponen a las sentencias de unificación del Consejo de Estado.

Por ello, Lozano (2013) manifiesta que el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

apunta a reiterar y reforzar la idea de que en materia contencioso administrativa el Consejo de Estado es la última instancia de esta jurisdicción, por lo que el contenido de la interpretación presente en sus sentencias deber [sic] orientar y unificar las decisiones de los tribunales y juzgados administrativos (pág. 529).

De hecho, la Ley 1437 de 2011 sólo señala como excepciones a la procedencia de este recurso extraordinario, la contradicción de las decisiones que adopten los tribunales administrativos en única o segunda instancia cuando resuelven acciones de tutela, populares, de grupo y de cumplimiento.

Dichas excepciones tiene una explicación lógica y normativa, dado que la unificación de los criterios interpretativos de los derechos fundamentales es de competencia exclusiva de la Corte Constitucional; la correspondiente a las acciones populares y de grupo se encuentra supeditada al uso de un mecanismo especial, como lo es la revisión eventual que se describe en el siguiente aparte, y las acciones cumplimiento ostentan un procedimiento especial contenido en la Ley 393 de 1997, el cual sólo contempla como procedente el mecanismo procesal de la “impugnación del fallo” (Congreso de la República, 1997, Art. 26).

En cuanto a la decisión a adoptar por parte del Consejo de Estado, cuando se observe que la sentencia recurrida efectivamente desconoció una sentencia de unificación, la solución del asunto sometido a su conocimiento debe consistir en declarar la anulación de la providencia recurrida y adoptar una nueva decisión dentro de los parámetros normativos unificados por él, actuando como juez de instancia.

Por ello, Delgado y Díaz (2011) son claros en señalar que este tipo de recursos extraordinarios trae una serie de ventajas para los usuarios de la Administración de Justicia como lo son:

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

a) asegura la igualdad en la aplicación de la ley; b) incrementa la seguridad jurídica; c) disminuye la litigiosidad; d) facilita la tarea interpretativa de los tribunales; e) precisa los costos que tienen ciertas decisiones jurídicas; f) incrementa la confianza en el sistema judicial; g) fortalece la legitimidad del Poder Judicial; y h) disminuye la intervención de elementos extrajurídicos en las decisiones judiciales (pág. 278).

Ahora bien, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala que los legitimados para ejercer el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia son los siguientes, a saber: a) las partes; b) los terceros procesales, y c) quienes hayan apelado la respectiva sentencia en primera instancia o se hubieren adherido al recurso interpuesto por otro, cuando la sentencia de segunda instancia confirmó la de primera.

Para ello, el escrito con el cual se haga uso de este recurso extraordinario, debe indicar de forma precisa la sentencia de unificación que se cree fue desconocida en el fallo recurrido, así como las razones que lo sustentan, asunto respecto del cual en la presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se señaló que “La disparidad de interpretación que se advierta entre la sentencia y la de unificación que se repute contrariada, debe estar referida esencialmente a la ‘ratio decidendi’ de una y de otra y no a cualquier otro tipo de consideración o motivación presente en ellas” (Chahín, 2011, pág. 379).

En cuanto a la pretensión que debe formular el recurrente, como se ha expuesto, consiste en solicitar la anulación de la sentencia recurrida y, como consecuencia de ello, la adopción de una nueva decisión, bajo los criterios interpretativos sentados por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación desconocida.

Revisión eventual en las acciones populares y de grupo

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Este “mecanismo” de unificación fue establecido con el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, a través del cual se adicionó con el artículo 36A a la Ley 270 de 1996, para que el Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, a través de sus Secciones, seleccione las sentencias o providencias que finalicen o pongan fin a los asuntos relacionados con las acciones populares y de grupo que sean conocidas por los tribunales administrativos, para su eventual revisión.

De lo anterior, se puede observar que existen dos cuestiones centrales que se deben abordar para describir con buen atino este mecanismo procesal de unificación de jurisprudencia, a saber: la forma en que se selecciona la sentencia o providencia objeto de una eventual revisión y el carácter definitivo que debe tener la misma, aspectos que serán objeto de examen en apartes separados para su mayor comprensión.

Selección de la Sentencia o Providencia. Esta forma en que se emplea el mecanismo de la revisión eventual, permite observar que al interior de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo menos en lo que a éste mecanismo procesal se refiere, se haya adoptado una de las características propias de los procesos de tutela de competencia de la Corte Constitucional, esto es, el denominado “certiorari” (Rodríguez, 2005, pág. 324).

En virtud de tal figura, se faculta a un tribunal superior u órgano de cierre para que seleccione, con base en sus propios criterios, los asuntos previamente decididos por jueces de instancia, a efectos de que sean conocidos y resueltos por ellos.

De otro lado, es necesario señalar que desde el punto de vista normativo, el mecanismo de revisión eventual opera a través de una solicitud elevada por una de las partes vinculadas a la respectiva actuación o por el Ministerio Público, sin que se exigiera de manera expresa la consignación de alguna motivación en el escrito petitorio.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha venido exigiendo que en el escrito con el cual se solicite la revisión de una determinada sentencia o providencia, se señalen “las razones por medio de las cuales considera que la providencia definitiva objeto de la petición puede ser seleccionada” (Sentencia del 14 de julio de 2009, Fundamento Jurídico 2.5).

De hecho, el aparte transcrito y que contiene la mencionada exigencia, hace parte de una providencia catalogada como de Importancia Jurídica, lo que a la voz del artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, implica que sea catalogada como una sentencia de unificación jurisprudencial.

Claro está que el mismo Consejo de Estado ha relativizado los efectos de este pronunciamiento, puesto que señala, con respecto a la exigencia que se comenta, que la misma no conlleva por sí una delimitación en el estudio de la sentencia seleccionada, pues se está frente a un mecanismo y no a un recurso, con las implicaciones que estos términos conllevan en el campo procesal.

En este punto, es por todos conocido que la interposición de un recurso y su resolución en una controversia concreta, se encuentra mediada por la observancia de los principios de congruencia y del non reformatio in pejus, entre otros, los cuales no tienen cabida cuando se decide un asunto seleccionado para ser revisado.

Así lo ha señalado el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, quien ha expresado las siguientes razones para sustentar su posición:

De un lado, porque no existe recurso de apelación que limite la litis, de modo que el juez no queda vinculado a determinado argumento, criterio o posición, pues no existe éste. De hecho, esta jurisdicción tiene prohibido que se oculte tras una solicitud de revisión un recurso de apelación, porque tergiversa el mecanismo creado por la ley 1285 de 2009.

De otro lado, porque la solicitud de revisión no se concede para estudiar la sentencia, en

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

abstracto, sino para unificar la jurisprudencia, a partir de la necesidad de esclarecer puntos que orientarán a los demás jueces de la república. Esto hace que no exista tema apelado - técnicamente hablando-, sino tan sólo un interés en que se revise una decisión.

Finalmente, si la libertad para revisar no fuera absoluta el mecanismo devendría inane, porque su resultado puede mostrar que la razón la tenga una u otra parte del proceso, y el Consejo de Estado no podría aplicar su conclusión sino pudiera decidir sin restricción. En estos términos, quien propuso la revisión, ni la parte que obtuvo sentencia favorable en segunda instancia, ni el ministerio público, pueden alegar el derecho a la no reformatio in pejus, cuando se desata este mecanismo judicial (Sentencia del 8 de octubre de 2013, Fundamento Jurídico 1).

De otro lado, la normativa que regula este mecanismo procesal de la revisión eventual, habilita tanto a las partes como al Ministerio Público para que insistan en la selección de una sentencia o providencia determinada, pero en aquellos casos en los que el Consejo de Estado decida en un primer momento abstenerse de revisarla.

Ello implica que la exigencia de motivación que pregona el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, también se predique para el escrito de insistencia, debido a una secuencia lógica en la carga procesal que se impone jurisprudencialmente a los solicitantes.

Además, esta exigencia adquiere una mayor relevancia si se tiene en cuenta que las razones esgrimidas para escoger la sentencia o providencia, en la primera oportunidad, no llegaron a llenar las expectativas del Consejo de Estado, siendo necesario un refuerzo argumentativo en el nuevo ruego.

Sin embargo, es necesario precisar que se debe basar esa insistencia en una mejora de la carga argumentativa, más no en un cambio de los argumentos, puesto que en una providencia

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

reciente (Sentencia del 21 de mayo de 2014), el Tribunal Supremo de lo Contencioso

Administrativo consideró respecto al referido escrito lo siguiente:

supone la reiteración de la solicitud inicial para convencer al juez sobre la necesidad de unificar la jurisprudencia sobre un determinado tema o materia, lo que excluye la posibilidad de que en la insistencia se pueda pedir la selección de la sentencia o del auto con fundamento en puntos nuevos no expuestos en la petición inicial (Fundamento Jurídico 2.,1).

Ahora bien, lo que sí ha dejado en claro el Consejo de Estado en los estudios realizados a las solicitudes de revisión que han llegado a su conocimiento, es que las motivaciones relacionadas con una nueva valoración probatoria, para determinar la existencia de una vulneración a los derechos colectivos objeto de litigio, no son de recibo para ese Tribunal Supremo, por cuanto que la “sede de revisión no constituye una tercera instancia en el trámite de la acción popular” (Auto del 21 de octubre de 2010, Fundamento Jurídico 3).

Carácter definitivo de la Sentencia o Providencia. En cuanto a este aspecto, el Consejo de Estado en una providencia calificada como de importancia Jurídica, lo que conlleva a que sea calificada como una sentencia de unificación jurisprudencial con todas sus implicaciones, señaló como regla de procedencia del mecanismo que se comenta, el estudio de los temas tratados en la sentencia o providencia objeto de revisión.

De esta manera, el mecanismo de revisión eventual se centra en una decisión que recaiga sobre el litigio sometido al conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo que es el contenido de la providencia en el que está contenida la misma, el que impone el límite de estudio al Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, cuando la ha seleccionado y procede a resolver el asunto concreto.

Por ello, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

[...] la revisión de la sentencia supone la posibilidad, en manos de la Sala Plena, de examinar la providencia que revisa para estudiar e identificar los aspectos o temas que deben ser objeto de unificación jurisprudencial, más los que le son consustanciales o inmanentes -porque se derivan del tema a tratar-, para aplicar ese análisis, finalmente, al caso concreto [...]

(Sentencia del 8 de octubre de 2013, Fundamento Jurídico 1).

De esta manera, no será objeto de análisis del máximo Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, todos aquellos aspectos que hayan tenido ocurrencia en el desarrollo del procedimiento adelantado para adoptar la decisión objeto de revisión, sino la decisión en sí misma.

Claro está que esta limitante debe ser entendida dentro del marco analítico expuesto, esto es, que si ese aspecto procesal fue objeto de pronunciamiento en la sentencia o en la providencia revisada, dicha cuestión procesal puede ser estudiada por el Consejo de Estado.

Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, quien ha señalado que no será objeto de revisión aquel evento “suscitado durante el trámite del proceso pero que no hubiere sido objeto de pronunciamiento expreso en la providencia respectiva [...], aún cuando el operador judicial hubiere debido haberlo hecho” (Sentencia del 14 de julio de 2009, Fundamento Jurídico 2.2).

Frente a este punto, el Tribunal Supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación anteriormente mencionada, señaló que el mecanismo de revisión no tiene como propósito ejercer un control de legalidad sobre los fallos correspondientes, de tal manera que la configuración de un yerro o irregularidad en el trámite del proceso respectivo o incluso en la misma providencia no será suficiente para que

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

opere como fundamento de la solicitud de revisión (Sentencia del 14 de julio de 2009, Fundamento Jurídico 2.2).

De esta manera, se puede observar que el Consejo de Estado en el estudio del mecanismo de revisión eventual ha comprendido el papel que como Tribunal Supremo le corresponde y sin desviarse a los senderos de los tribunales de casación, los cuales, como se observó con anterioridad, se encuentran vedados constitucionalmente para él.

De hecho, la única limitante que consagran las normas referenciadas del Estatuto Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para el empleo de este mecanismo, consiste en que las providencias que hayan sido proferidas por los tribunales administrativos, no sean susceptibles de apelación ante el Consejo de Estado.

Ahora bien, la Ley 1437 de 2011 reguló el mecanismo de la revisión eventual en sus artículos 272 a 274, señalando como su único objetivo la unificación de la jurisprudencia o “la aplicación de la ley en condiciones iguales frente a la misma situación fáctica y jurídica”.

En relación con ese objetivo, el Consejo de Estado a través de la sentencia de unificación jurisprudencial atrás citada señaló, a título enunciativo, una serie de eventos que pondrían de presente la necesidad de unificar la jurisprudencia, siempre y cuando existiera una incidencia directa e inmediata con la decisión que pone fin a la controversia.

Sin embargo, el máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo dejó en claro que en caso de que se presentara alguno de los eventos a los que se hace referencia, ello no implicaría por sí mismo, la selección de la providencia para ser revisada.

Los eventos aludidos y que evidencian la necesidad de unificar la jurisprudencia al interior de la Jurisdicción Contencioso Administrativa son los siguientes, a saber:

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Cuando uno o varios de los temas contenidos en la providencia respectiva hubiere merecido tratamiento diverso por la jurisprudencia del Consejo de Estado, de manera que resulte indispensable fijar una posición unificadora;

Cuando uno o varios de los temas de la providencia, por su complejidad, por su indeterminación, por la ausencia de claridad de las disposiciones normativas en las que se funda o por un vacío en la legislación, sean susceptibles de confusión o involucren disposiciones respecto de las cuales quepan diferentes formas de aplicación o interpretación;

Cuando sobre uno o varios de los temas de la providencia no hubiere una posición consolidada por parte de la jurisprudencia de esta Corporación.

Cuando uno o varios de los temas de la providencia no hubieren sido objeto de desarrollos jurisprudenciales, por parte del Consejo de Estado (Sentencia del 14 de julio de 2009, Fundamento Jurídico 2.4).

Estos eventos permiten evidenciar, al igual que sucede con los recursos extraordinarios de revisión y de unificación jurisprudencial, el carácter obligatorio de las interpretaciones normativas que haga el Consejo de Estado y la obligatoriedad de las mismas para los funcionarios de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuando conozcan de asuntos similares a los desatados por su Órgano de Cierre en el ejercicio del conocimiento del mecanismo de revisión eventual.

Por ello, Marín (2013) considera que el mecanismo de revisión eventual de las acciones populares y de grupo “constituye una de las herramientas que el nuevo Código consagra con el propósito de permitir al tribunal de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo estructurar correctamente precedentes judiciales en esta materia” (pág. 559).

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

De hecho, el mismo artículo 273 de la Ley 1437 de 2011 refuerza esta idea al señalar que para la procedencia del mecanismo eventual de revisión, la sentencia cuya revisión se pretende debe presentar “contradicciones o divergencias interpretativas, sobre el alcance de la ley aplicada entre tribunales”, se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado o a la jurisprudencia reiterada de esa Corporación.

Ahora bien, una vez se ha seleccionado la sentencia o providencia y estudiado el asunto por parte del Consejo de Estado, la decisión del fondo del asunto no puede ser otra que la de confirmar la providencia seleccionada, si el tema unificado jurisprudencialmente no fue desconocido por el juez de instancia al fallar, o en caso contrario, revocarla y dictar una nueva decisión, según la jurisprudencia unificada desconocida.

De otro lado, vale la pena señalar que el parágrafo 1 del artículo 36A de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, estableció la posibilidad de que el Legislador amplíe este mecanismo a otras acciones que conozca la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pero hasta el momento este precepto no ha sido objeto de desarrollo por parte del Congreso de la República, permaneciendo limitado a los asuntos relativos a las acciones populares y de grupo.

Con lo hasta aquí expuesto, se describe la función de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo que desempeña el Consejo de Estado, por mandato de la Constitución Política de 1991, así como las implicaciones que se desprenden de ésta desde el punto de vista jerárquico y funcional.

En relación con el aspecto jerárquico, se evidencia que el Consejo de Estado es el máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mientras que en el ámbito

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

funcional se observa la subordinación de los juzgados administrativos y los tribunales administrativos a sus decisiones.

En cuanto estas decisiones, los pronunciamientos o fallos que profiera el Consejo de Estado, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, son la última manifestación de autoridad dentro de la justicia administrativa.

Así mismo, el desarrollo de la función de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo lleva implícito el ejercicio de una atribución unificadora o interpretativa, la cual tiene como fin establecer parámetros orientadores para las actuaciones de los jueces y tribunales administrativos, además de las autoridades administrativas, cuando conocen controversias similares a las resueltas por el Consejo de Estado.

Esa función unificadora se manifiesta cuando el Consejo de Estado resuelve los recursos extraordinarios de revisión y de unificación de la jurisprudencia, así como los asuntos que selecciona para su conocimiento, a través del mecanismo de la revisión eventual de las acciones populares y de grupo que se tramitan ante su Jurisdicción.

En estos eventos, la solución de las controversias consignadas en las respectivas providencias o sentencias, genera una serie de posturas interpretativas respecto de los textos normativos aplicados para llegar a la misma, siendo esa la interpretación autorizada para casos futuros.

De allí que con esas decisiones se creen precedentes, caracterizados por tener una fuerza vinculante para las autoridades judiciales de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y para las autoridades administrativas, siendo estos denominados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo como sentencias de unificación jurisprudencial.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Este tipo de sentencias son producidas bajo una serie de circunstancias materiales, finalistas y funcionales, por cuanto que se generan ante situaciones catalogadas como de importancia jurídica, trascendencia económica o social y demostrativas de una necesidad unificadora, o simplemente por el hecho de desatar los recursos extraordinarios que contempla la Ley 1437 de 2011 y resolver los asuntos conocidos en virtud del mecanismo eventual de revisión.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS INTERPRETACIONES NORMATIVAS DEL CONSEJO DE ESTADO

Como se pudo apreciar en el primer capítulo de esta tesina, el control constitucional implementado a partir de la Constitución Política de 1991 es concretado por el ejercicio de una serie de mecanismos, como lo es la acción pública de inconstitucionalidad.

Dicha acción, permite ejercer el denominado control abstracto de constitucionalidad sobre los actos expedidos por el Congreso de la República y el Presidente de la República como Legislador Extraordinario, siendo la Corte Constitucional competente para su estudio, en virtud de su condición de Guardián de la Integridad y la Supremacía de la Ley Fundamental.

Por su parte, en el segundo acápite de este trabajo de grado se describió al Consejo de Estado como Tribunal Supremo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, siendo ésta una función a través de la cual se ejerce una labor unificadora del ordenamiento jurídico, aplicado en la resolución de las controversias que se someten a su conocimiento.

Por medio de ese trabajo de unificación, el Consejo de Estado fija la interpretación de los textos normativos, ostentando estos un carácter vinculante y de obligatorio cumplimiento para los jueces, tribunales y autoridades administrativas.

Ahora, en el presente capítulo se procederá a desarrollar la hipótesis planteada en la introducción de esta tesina, analizando el control abstracto de constitucionalidad de las interpretaciones normativas del Consejo de Estado, con el fin de determinar su conformidad con la Constitución y su exclusión del ordenamiento jurídico.

Como punto de partida, es necesario señalar que algunos sectores de la doctrina, tanto nacional como extranjera, han criticado la ausencia de “mecanismos” que permitan asegurar “la

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

supremacía de la interpretación del Tribunal Constitucional sobre la realizada por los tribunales ordinarios” (Canosa, 1998, pág. 15), es decir, del sometimiento de los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones a la “jurisprudencia constitucional” (Bernal C., 2005, pág. 206), así como relativos a “la definición del alcance de disposiciones legales a la luz de los preceptos constitucionales” (Araujo R., 2011, pág. 409), el “control de la jurisprudencia de los Tribunales ordinarios” (Nogueira, La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante, 2006, pág. 116) o simplemente de la contradicción entre la jurisprudencia de las cortes (Mejía, Monney, & Castaño, 2012, pág. 71).

En la normativa vigente, esa deficiencia procesal se traduciría en la imposibilidad de “armonizar interpretaciones diversas entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, a través de las sentencias de unificación, de tal manera que se controle el cumplimiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional” (Araujo R., 2011, pág. 411).

Incluso, la misma jurisprudencia contenciosa administrativa (Sentencia del 4 de marzo de 2003) ha considerado que la Constitución Política de 1991 “no ha previsto acciones de órgano estatal alguno contra la jurisprudencia de los tribunales” (Fundamento Jurídico VI. 5. 10).

Sin embargo, dicho mecanismo siempre ha estado presente en nuestro ordenamiento jurídico, tanto para ejercer un control concreto de constitucionalidad como un control abstracto de constitucionalidad.

En el caso del control concreto de constitucionalidad, la acción de tutela se ha utilizado con el fin de resolver pretensiones particulares, concretos o subjetivos, a través de la teoría de la vía de hecho por el desconocimiento del precedente, mientras que en el caso del control abstracto de constitucionalidad, la acción pública de inconstitucionalidad ha sido fijada como el

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

mecanismo pertinente para incoar pretensiones destinadas a mantener incólume la supremacía de la Constitución.

Por eso, con el objetivo de ejercer un control abstracto de constitucionalidad sobre las interpretaciones normativas del Consejo de Estado y ajeno a toda pretensión subjetiva, el mecanismo procedente para ello es la acción pública de inconstitucionalidad, más si se toma en cuenta que el órgano competente para desatarla es la Corte Constitucional.

De esta manera, es posible controlar las interpretaciones que el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo haga de la normativa utilizada para dar solución a un caso concreto, cuando las mismas sean acusadas de contradecir la Constitución Política, así como las interpretaciones que de ésta haya hecho la Corte Constitucional.

Esta es una posibilidad que surge de las disposiciones constitucionales que plasmó el Constituyente de 1991 en la Carta Política de aquel año y que constituyen los elementos esenciales del Estado Constitucional, conocido como el Estado Social de Derecho.

Es aquí donde los argumentos del Consejo de Estado, según los cuales “sus decisiones no son susceptibles de cuestionamiento posterior por órgano alguno” (Sentencia del 4 de marzo de 2003, Fundamento Jurídico IV 4.), o que estas son “últimas, intangibles e inmodificables” (Sentencia del 3 de febrero de 2009, Fundamento Jurídico 2), comienza a matizarse.

Ello, por cuanto que si bien la decisión del caso concreto se ha de mantener incólume en aras de la seguridad jurídica del ordenamiento y de la autonomía e independencia del Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, sus interpretaciones deben ser en todo momento compatibles con los postulados constitucionales.

Sin embargo, para la comprensión de la hipótesis planteada, se debe asumir en toda su magnitud la condición de Guardián de la Integridad y la Supremacía de la Norma Fundamental

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

que ostenta la Corte Constitucional, es decir, como el tribunal supremo o el órgano de cierre, no sólo de la Jurisdicción Constitucional, sino de todo el ordenamiento jurídico, dedicando para el efecto las siguientes palabras.

La posición de la Corte Constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano

Las disposiciones de la Constitución Política de 1991 permiten observar que en nuestro país se ha consagrado una jurisdicción mucho más especial que la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por cuanto que se le ha asignado la competencia para ejercer el control constitucional sobre las normas infraconstitucionales con fuerza material de ley, en aras de la garantía del principio de supremacía constitucional.

Esta jurisdicción a la que se hace referencia, no es otra que la Jurisdicción Constitucional, dotada de un órgano judicial de cierre o supremo dentro de su estructura orgánica.

A ese órgano de cierre se le encomendó la función más importante del Estado Social de Derecho, a saber: ser el Guardián de la Integridad y la Supremacía de la Carta Política.

El Guardián de la Constitución fue bautizado como Corte Constitucional y su función se encuentra encaminada a hacer efectivo el postulado, según el cual, la Constitución es una “norma de normas”, en virtud del cual en todo caso de incompatibilidad entre ésta y algún acto normativo de inferior jerarquía, se debe dar prelación a las disposiciones constitucionales.

Ahora bien, la resolución de las controversias constitucionales que le sean sometidas al conocimiento de la Corte Constitucional, será plasmada en una sentencia contentiva de interpretaciones de las disposiciones constitucionales.

Esas interpretaciones, no son más que precedentes constitucionales que ostentan un carácter obligatorio para todas las autoridades estatales, independientemente de que sean judiciales o administrativas.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Dicho sometimiento a las interpretaciones normativas o a los precedentes constitucionales, también recae sobre los órganos de cierre de las otras jurisdicciones, como lo es, en el caso de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, el Consejo de Estado.

De hecho, el mismo Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (Sentencia del 6 de Marzo de 2013) ha reconocido que el “determinador en la orientación e interpretación de la Carta”, es la Corte Constitucional y que, como consecuencia de ello, “los asociados y las autoridades deben respetar y obedecer sus decisiones” (Fundamento Jurídico 4.3).

De esta manera, cuando el Consejo de Estado decide un asunto y, por ende, fija una interpretación sobre la normativa aplicada al mismo, deberá prestar atención no sólo a los postulados constitucionales, sino también al precedente constitucional.

Pero las implicaciones del precedente constitucional son llevadas más allá por la doctrina, hasta el punto de decirse que la “interpretación de la Constitución y del resto del ordenamiento conforme a la Constitución que lleve a cabo el Tribunal Constitucional debe prevalecer sobre cualquier otra que realice la jurisdicción ordinaria” (Canosa, 1998, pág. 37).

De allí que la Corte Constitucional en las sentencias C-634 de 2011 y C-816 de 2011, no hiciera otra cosa que señalar lo evidente, esto es, que sus interpretaciones de las normas constitucionales o los precedentes constitucionales prevalecen sobre los fijados por el Consejo de Estado, aún si se encuentran contenidos en las sentencias de unificación jurisprudencial.

Con lo anterior, se puede señalar que en nuestro ordenamiento jurídico existe una jerarquización de los precedentes, encabezando la estructura jerárquica los relacionados con las disposiciones constitucionales y subordinados a ellos los que provienen de los textos normativos infraconstitucionales.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Esta idea se encuentra soportada en el papel que juega la Corte Constitucional dentro de nuestro ordenamiento jurídico, es decir, en el hecho de ser el garante de la efectividad de los postulados constitucionales, siendo sus interpretaciones postulados constitucionales concretizados.

Incluso, las interpretaciones realizadas por la Corte Constitucional de las normas constitucionales, no sólo dan alcance a los mismos, sino que señalan la forma en que han de ser aplicados en la resolución de controversias concretas, sin importar si se tratan de contenido abstracto o concreto.

En otras palabras, las interpretaciones constitucionales realizadas por la Corte Constitucional como Guardián de la Integridad y la Supremacía de la Carta Política, pasan a ser parte de la misma Constitución, conformando un sólo postulado de una naturaleza superior a los textos normativos infraconstitucionales.

Por ello, la doctrina señala que “es al juez constitucional al que se le encarga, a diferencia de los jueces ordinarios, dos funciones fundamentales, como son: a) La aplicación directa de la Constitución (en función guardiana) y b) La interpretación de la Constitución” (Nisimblat, 2012, pág. 359), manifestando Uprimny (2007) sobre esta última que en una

“democracia constitucional, la interpretación que de la Constitución hace el tribunal constitucional deba ser la interpretación autorizada y vinculante de la Carta, no tanto porque sea siempre la mejor, sino exclusivamente porque es la única forma de asegurar una cierta consistencia en la interpretación de la norma básica” (pág. 66).

Por ello, las decisiones de la Corte Constitucional además de señalar que una norma es contraria a la Constitución y excluirla del ordenamiento jurídico, también indican el sentido en que debe entenderse una norma infraconstitucional, bien sea en su parte considerativa o en su

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

parte resolutive, indicando la manera en que es encontrada acorde al ordenamiento constitucional.

Con base en premisas como la anterior, autores como Nogueira (2006) no dudan en afirmar sin eufemismos que el “Tribunal Constitucional es el órgano de cierre del ordenamiento jurídico interno, ya que es el intérprete supremo y último de la Constitución” (pág. 454).

En el caso de la doctrina nacional, Henao (2006) ha aceptado la superioridad de quien en nuestro medio es el Guardián de la Integridad y la Supremacía de la Constitución, bajo los siguientes argumentos:

la Corte Constitucional como el Tribunal límite en cuanto a la acción constitucional de tutela, y como ella es la intérprete de nuestra Constitución y al interpretar la norma superior consecuentemente es la Corte de Cortes, en el sistema judicial Colombiano. Si sostenemos que Colombia es un Estado Social de Derecho (Artículo 1 Constitución Política) tendremos que aceptar también la afirmación anterior, referida a la supremacía de la Corte Constitucional. Lo que en otras palabras significa que en el poder judicial colombiano, existen cuatro cortes límite, tres de ellas interpretan la ley y la cuarta, interpreta la Constitución. Aquella que interpreta la norma Superior, obviamente es la Corte Superior y las tres Cortes que interpretan la ley, no pueden argumentar la competencia exclusiva y excluyente que les da la Carta, para negar la superioridad de la Corte Constitucional (pág. 133).

Este mismo autor en una publicación posterior (2007), discurrió sobre este aspecto de la siguiente forma:

No han podido comprender algunas Altas Cortes de nuestro país y un sector minoritario de la Academia, que con la Constitución Política de Colombia que empezó a regir el día 4 de julio de 1991, el régimen jurídico político de nuestra patria cambió, y que ninguna Alta Corte

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

puede seguir argumentando, para no cumplir con las sentencias del juez constitucional, que sus providencias son inmodificables, por ser ellos una Corte límite; y como consecuencia de estar en el techo de la Jurisdicción Ordinaria sus decisiones son inmutables e invariables.

Argumentan para esto, razones tales como la seguridad jurídica, la cosa juzgada, y que sus competencias directamente emanan de la Constitución Política.

Se le olvida a la Corte de Casación que todas las competencias de las Altas Cortes provienen de la Constitución Política, que Colombia cuenta con tres Altas Cortes (Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura) que interpretan la ley, y una Corte que interpreta la Constitución (Corte Constitucional), la Corte que interpreta la ley superior por lógica, es la Corte Superior o Corte de Cortes, en este caso, la Corte Constitucional (pág. 194 y 195).

Por su parte, Bernal (2005) considera que:

en todo sistema en donde existe una Jurisdicción Constitucional, la Corte Suprema de Justicia deja de ser el órgano cúspide de la jurisdicción y la Corte Constitucional pasa a ocupar ese lugar. La superioridad jerárquica de la Constitución sobre la ley entraña también la superioridad del intérprete de la Constitución sobre el intérprete de la ley. Como consecuencia, la Corte Suprema sigue siendo la cúspide de su jurisdicción en aspectos de mera legalidad, así como el Consejo de Estado continua siéndolo también en los aspectos de mera legalidad que conciernen a sus competencias. Sin embargo, siempre que se trate de adecuar la interpretación de la ley a la Constitución o a la jurisprudencia constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado dejan de ser los órganos cúspides, los órganos de cierre. En estos asuntos, la Corte Constitucional se convierten en el órgano de cierre, en la Corte con mayor supremacía, en la Corte suprema (pág. 218).

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

De esta manera, la Corte Constitucional interpreta la Carta Política por autorización de ésta y en razón de la naturaleza de la función que le ha asignado el Constituyente, como se pudo observar en el primer capítulo de esta tesina, adquiriendo una supremacía material y jerárquica entre las autoridades judiciales, más allá de sus denominaciones o atribuciones.

Todo esto implica que la Corte Constitucional sea catalogada como un órgano de cierre, no sólo de la Jurisdicción Constitucional, sino de todo el ordenamiento jurídico, en virtud de lo cual sus decisiones e interpretaciones deben ser acatadas por todas las autoridades, puesto que son proferidas por el intérprete autorizado de la Constitución e integran el mismo texto constitucional.

En este sentido, Bernal (2005) explica:

los precedentes constitucionales, es decir, las normas adscritas que la Corte Constitucional concreta, se unen a la disposición constitucional en una simbiosis y, por tanto, ésta les transmite su fuerza vinculante. Dicho de otro modo, una vez que se ha proferido y mientras no sea modificado por la Corte Constitucional, el precedente constitucional es la Constitución misma (pág. 170).

Ahora bien, a la misma conclusión se puede llegar argumentando desde una orilla diferente, desde la del Consejo de Estado y de su condición de Tribunal Supremo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, junto con su atribución de unificar los criterios interpretativos de la normativa administrativa.

En este caso, de manera similar a lo que ocurre con la jurisprudencia constitucional, las decisiones y los criterios interpretativos fijados por el Consejo de Estado son de obligatoria observancia para las autoridades judiciales que hacen parte de la Jurisdicción Contencioso

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Administrativa, así como para las autoridades administrativas, por mandato del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011.

Bajo este sentido, la función de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo debe entenderse en el ámbito orgánico de sus atribuciones, teniendo como marco de referencia la estructura de la aludida jurisdicción, actuando como órgano de cierre de los cuerpos unipersonales y colegiados que hacen parte de ella.

Pero tal posición, no implica que sus interpretaciones normativas deban estar por encima de las normas adscritas de los otros máximos tribunales de justicia y mucho menos de la Corte Constitucional, por cuanto no son más que concretizaciones de normas infraconstitucionales.

Por ello, si las normas deben estar acorde a los postulados constitucionales, con mayor razón lo deben estar las interpretaciones que se realicen de las mismas, sobre todo si toma en cuenta que los precedentes y la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado es fuente de derecho para los jueces, tribunales y autoridades administrativas.

En este punto, la doctrina extranjera (Guastini, 1999; Grote, 2008; Bordalí, 2008) no ha dudado en reconocer que la Constitución, como norma fundamental de un Estado, debe ser aplicada de manera directa por parte de los jueces comunes, cuando deben resolver las controversias sometidas a su conocimiento, como ocurre en el caso colombiano con el Consejo de Estado.

Pero los jueces ordinarios no sólo deben aplicar el texto de la norma constitucional de manera directa en las controversias que se someten a su conocimiento, sino también deben observar las interpretaciones que de la Ley Fundamental hace la Corte Constitucional, cuando interpretan las leyes ordinarias.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

De hecho, Guastini (1999) al hablar de la interpretación constitucional y las interpretaciones legales que realizan los jueces ordinarios, hace referencia a que estas últimas deben ser realizadas de un “modo que su contenido normativo se haga coherente con la Constitución (previamente interpretada)” (pág. 79).

Esta última afirmación, relacionada con la coherencia de las interpretaciones legales con las constituciones, permite aseverar que no es sólo el texto constitucional el límite de dichas interpretaciones, puesto que también lo son las interpretaciones realizadas por quien ha sido autorizado para interpretar aquella.

De esta manera, las interpretaciones que realiza la Corte Constitucional son una extensión de la misma Constitución al ser su voz autorizada, siendo ésta un parámetro más que debe tener en cuenta el Consejo de Estado para el ejercicio de su función interpretativa.

Este argumento ya ha sido considerado en el extranjero desde un punto de vista general, señalándose para el efecto lo que sigue:

Aunque, como es obvio, todos los Tribunales Constitucionales son, allí en donde existen, Tribunales Supremos *in suo ordine*, en cuanto que su interpretación de la Constitución es vinculante para todos los órganos judiciales y esta interpretación condiciona la de las normas de rango infraconstitucional en todos los países europeos dotados de Jurisdicción Constitucional (Rubio, 1992, pág. 32).

Sin embargo, en estos momentos la idea del sometimiento a las interpretaciones constitucionales no es ajena al pensamiento jurídico colombiano, dado que desde la entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional, el concepto de precedente ha sido incluido paulatinamente en sus sentencias y adoptado por las demás jurisdicciones.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Incluso, esta realidad fue tomada en cuenta en la exposición de motivos del Proyecto de Ley número 198 Senado, por medio del cual se sometió al estudio del Congreso de la República, lo que sería el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Ese proyecto y la respectiva exposición de motivos fueron elaborados de manera institucional por el Consejo de Estado, lo que evidencia la aceptación de los integrantes del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo de la fuerza de los precedentes en esa jurisdicción.

Pero no sólo la fuerza del precedente del Consejo de Estado fue plasmada en el referido proyecto, puesto que en la exposición de motivos se expresó que bajo los parámetros de la Constitución de 1991, “El texto de la Carta y sus interpretaciones jurisprudenciales se convierten entonces, en fuente esencial para la aplicación de las normas por los administradores y operadores judiciales” (Congreso de la República de Colombia, 2009, pág. 54).

Con ello se evidencia que el tema de la integración de las interpretaciones que realiza la Corte Constitucional al Texto Superior, no es un fenómeno extraño y ajeno al derecho administrativo colombiano, ni tampoco para los miembros del Consejo de Estado, hasta el punto que llegan a comprender su sometimiento a esas interpretaciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

También es interesante el hecho de que la doctrina extranjera ha reconocido la importancia que tiene la Corte Constitucional en nuestro medio, cuando analizan los choques que se han presentado entre ésta y los demás órganos de cierre de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa.

Uno de esos autores extranjeros es Herdeguen (2008), quien ha señalado que “Si consideramos que la Corte Constitucional es la voz auténtica, o por lo menos la máxima

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

autoridad en cuanto a la interpretación constitucional, parece lógico fundamentar tal poder de una Corte Constitucional” (pág. 564).

Todo lo anterior es resumido por Nogueira (La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante, 2006) con las siguientes palabras:

La superioridad de la Constitución lleva a la superioridad del intérprete de la Constitución que es el Tribunal Constitucional, el que se constituye en el órgano de cierre del ordenamiento jurídico por sobre la ley y el intérprete de la misma que son los tribunales ordinarios (pág. 115).

De otro lado, el artículo 4 de Constitución Política de 1991 es claro en señalar la consecuencia que trae el desconocimiento de sus postulados, entendiendo también el desconocimiento de las interpretaciones que de ella haga la Corte Constitucional.

Esa consecuencia a la que se hace referencia, no es otra que la de dar prelación y aplicar las disposiciones constitucionales, para lo cual se deben controlar constitucionalmente los actos que la infringen, sean estos textos normativos propiamente dichos o sus interpretaciones.

Por ello, las interpretaciones hechas por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo devendrían en inconstitucionales, cuando no guarden la relación de subordinación que pregonan el artículo 4 Constitucional, más si toma en cuenta que este precepto constitucional habla de “norma jurídica”.

Dicho término incluye no sólo el texto normativo en sí mismo considerado, sino las interpretaciones normativas que realicen los órganos de cierre de las demás jurisdicciones, entre ellas las fijadas por el Consejo de Estado en ejercicio de su función unificadora.

De esta manera, el Consejo de Estado también desconoce la Carta Política, cuando al fijar una interpretación normativa se aparta de las interpretaciones constitucionales realizadas por

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

la Corte Constitucional, siendo su interpretación pasible de un control constitucional de tipo abstracto, con el fin de que se produzca tal declaración y, de contera, la expulsión de la misma del ordenamiento jurídico.

En este aspecto, Botero & Jaramillo (2007) son claros en señalar que “si todas la ramas del poder deben estar sujetas a la Constitución, no hay ninguna razón válida para que las decisiones de las altas cortes no sean revisadas desde la perspectiva constitucional” (pág. 53).

De allí que, en caso de que se evidencie una incompatibilidad entre la interpretación dada a un texto normativo y la Constitución, la primacía de ésta última no puede ser pasada por alto, para lo cual un ciudadano puede hacer uso de su derecho político a promover acciones públicas, en aras de la protección de su derecho fundamental a la supremacía constitucional.

Lo anterior, por cuanto que una de las características que ha resaltado la doctrina nacional del control constitucional colombiano es que este es “total, absoluto. Nada ni nadie está exceptuado de su jurisdicción” (Sáchica, 2008, pág. 558), siendo las interpretaciones normativas pasibles de tal control.

Para ello, tratándose de una interpretación normativa, la acción pública de inconstitucionalidad sería el mecanismo procedente para que el asunto llegue al conocimiento del juez natural de la Ley Fundamental, con el fin de abrir un juicio abstracto de constitucionalidad contra la misma y, por ende, ajeno a todo interés particular del accionante.

Sin embargo, un control constitucional así merece que en aras de la seguridad jurídica y de la verdadera supremacía e integridad de la Constitución, se precisen una serie de reglas que permitan el cauce adecuado de dicho mecanismo, buscando que sean efectivamente las interpretaciones normativas importantes las que sean revisadas constitucionalmente por la Corte Constitucional.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Para ello, es de suma importancia la función de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo que ostenta el Consejo de Estado, pero sobre todo la función unificadora del ordenamiento administrativo que se deriva de la misma, pues serán susceptibles de control las interpretaciones normativas generadas con ocasión de tal atribución.

Es así como en Colombia se ha abierto paso a la doctrina del derecho viviente en los controles abstractos de constitucionalidad, en aras de identificar el verdadero alcance interpretativo de una norma infraconstitucional, aspecto al que se dedicará el siguiente aparte.

La doctrina del derecho viviente

El derecho viviente es una doctrina que se dio a conocer en sus inicios en el campo de la sociología, por intermedio de las obras de Eugen Ehrlich (Cebeira, 2008; David, 1980; Trías, 2000; Araujo J., 2004), quien consideraba que el derecho se encontraba presente en las prácticas sociales.

De esta manera, el derecho era concebido como algo más allá del contenido estático de los textos normativos, por lo que los jueces tenían a su cargo la realización de procesos de creación normativa.

Esta doctrina fue adoptada por la jurisprudencia italiana durante las décadas de los años 50 y 60 del Siglo XX, buscando una solución al conflicto generado entre la Corte Constitucional y la Corte de Casación, por el uso de las denominadas sentencias interpretativas en el ejercicio del control constitucional, por parte del primero de los mencionados tribunales.

Bajo esta doctrina, se descubrió que era posible encontrar una verdadera interpretación de los textos normativos, a través de la forma en que estos han venido siendo entendidos y aplicados en un momento determinado, por quien tiene la función de darle alcance a esa clase de actos.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Para ello, Zagrebelsky (Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Italia, 2008) explica que bajo la fórmula de la doctrina del derecho viviente “se entiende la norma de ley no en las abstractas posibilidades interpretativas que descienden de los textos, sino la norma de ley tal como ‘vive’ en la interpretación consolidada de los jueces” (pág. 424), es decir, “el <<derecho viviente>>, o sea, el derecho que efectivamente rige, no es el que está escrito en los textos, sino el que resulta del impacto entre la norma en abstracto y sus condiciones reales de funcionamiento” (El derecho dúctil, 2008, pág. 122).

En el caso colombiano, la doctrina del derecho viviente ha sido adoptada por Corte Constitucional para “hallar la interpretación judicial efectiva que de la norma ha hecho el juez o la administración” (López, 2006, pág. 131), en aras de un efectivo control abstracto de constitucionalidad.

Así, la doctrina del derecho viviente es definida como “el Derecho que los jueces en sus decisiones han aportado a la interpretación, desarrollo y actualización de la ley en abstracto” (Marquéz, 2006, pág. 102).

De esta manera, la aludida doctrina del derecho viviente lo que hace es reafirmar que las interpretaciones judiciales señalan el verdadero sentido de los textos normativos creados por el Legislador, hasta el punto de tener una fuerza vinculante para las autoridades judiciales y administrativas, es decir, constituir un precedente.

Sin embargo, es posible que en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad se presenten situaciones sobre los alcances interpretativos de un texto normativo acusado de ser inconstitucional, como por ejemplo que éste tenga varias interpretaciones, que existan dudas sobre su verdadera comprensión o simplemente que un accionante dirija una demanda de

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

inconstitucionalidad contra una sola de las varias interpretaciones que pueda llegar a tener un texto normativo.

Para solucionar esos eventos, la Corte Constitucional ha usado la doctrina del derecho viviente, determinando la existencia de una interpretación consolidada o judicialmente efectiva a la que aluden los autores anteriormente citados y, a partir de ella, entablar el juicio de inconstitucionalidad.

Con ese objetivo, el Órgano de Cierre del ordenamiento jurídico ha discurrido de la siguiente manera:

Reconocerle valor jurídico al derecho viviente dentro del juicio de inconstitucionalidad de las leyes, esto es, a la labor interpretativa que de las normas realizan la jurisprudencia y la doctrina, y que determina su margen de aplicación en el contexto social, constituye una garantía de imparcialidad, efectividad y seguridad del juicio, ya que le permite a éste establecer con claridad cuál es el verdadero alcance de la norma examinada, tomando conciencia clara de la regla de derecho que va a ser confrontada con la Constitución Política. Ello, bajo la consideración de que el control de constitucionalidad está llamado a cumplirse sobre el texto de la norma demandada que se encuentra produciendo efectos jurídicos y que es oponible a los destinatarios de la ley, y en ningún caso sobre aquellos contenidos que carecen de eficacia y que son del todo intrascendentes en el mundo del derecho (Sentencia C-901 de 2003, Fundamento Jurídico 3.3.).

Cualquiera sea la situación en la que se encuentre la Corte Constitucional, una vez verifique la existencia de una interpretación constante o judicialmente efectiva del texto normativo cuestionado, es decir, de su derecho viviente, surge una “sujeción del juez constitucional” (Sentencia T-248 de 2008, Fundamento Jurídico 7 Párrafo 2), frente a éste.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Pero esa sujeción a la que se hace referencia, no conlleva a que el derecho viviente que ha sido identificado deba permanecer incólume en el mundo jurídico, sino que será la interpretación que yace en él, y no otra, la que sea sometida al control abstracto de constitucionalidad.

Ahora bien, dentro del actual marco normativo y judicial, esas interpretaciones consolidadas o judicialmente efectivas, en lo que se refiere a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, son los criterios normativos adoptados por el Consejo de Estado en sus precedentes y en sus sentencias de unificación jurisprudencial.

Este argumento encuentra sustento en lo que la Corte Constitucional ha denominado como “requisitos sine qua non” (Sentencia C-557 de 2001, Fundamento Jurídico 5.2.3; Sentencia C-901 de 2003, Fundamento Jurídico 3.4.), o “criterios básicos” (Sentencia C-569 de 2004, Fundamento Jurídico 21), a través de los cuales es posible establecer la existencia de una orientación jurisprudencial dominante y, de contera, un derecho viviente.

Esos requisitos o criterios son, a saber: a) una interpretación consistente, es decir, que sea acogida desde un punto de vista general, lo que implica que no existan contradicciones o divergencias interpretativas significativas; b) una interpretación consolidada o afianzada, donde “un solo fallo, salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción” (Sentencia C-557 de 2001, Fundamento Jurídico 5.2.3), y c) una interpretación relevante o significativa, capaz de identificar el alcance y los efectos del texto normativo.

En el caso de las sentencias de unificación jurisprudencial y de los precedentes contenciosos administrativos, estos fijan una interpretación normativa que es consistente, por cuanto que a través de ellas el Consejo de Estado ejerce la función unificadora de los textos

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

normativos administrativos, en su calidad de Tribunal Supremo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

De esta manera, se evita la existencia de criterios interpretativos contradictorios dentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, brindando a su vez uniformidad en la aplicación de los actos normativos con las cuales se resuelven las controversias sometidas a su conocimiento.

Así mismo, las sentencias de unificación jurisprudencial y las que contienen precedentes contenciosos administrativos establecen interpretaciones normativas consolidadas, debido a que ostentan un carácter obligatorio y vinculante para los jueces, tribunales y autoridades administrativas, identificándose como fuentes de derecho al interior de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Por ello, en caso de presentarse una controversia con similares supuestos de hecho y de derecho a los resueltos en las sentencias de unificación jurisprudencial o en las que contengan precedentes, los jueces y las autoridades administrativas deberán adoptar la respectiva solución bajo la interpretación allí contenida.

En este caso, se evidencia claramente que las aludidas sentencias de unificación jurisprudencial se ubican en lo que la Corte Constitucional cataloga como “circunstancias especiales”, para que una sola decisión sea considerada como un derecho viviente.

De hecho, los efectos de esta clase de sentencias permean toda la Jurisdicción Contencioso Administrativa, hasta impregnar las decisiones de las autoridades administrativas, por mandato del mismo Legislador, tal y como se aprecia de los artículos 10, 269 y 270 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Además, las interpretaciones realizadas en las sentencias de unificación jurisprudencial y la que conforman un precedente ostenta una relevancia significativa, en el sentido de que su

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

finalidad no es otra que la de garantizar la aplicación de las normas de una manera uniforme, a través de la unificación de criterios interpretativos en eventos que tengan unos supuestos fácticos y jurídicos similares a los decididos en ellas.

Incluso, la evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional permite observar que en un comienzo se optó por considerar que “la jurisprudencia que los órganos de cierre de cada jurisdicción profieren, constituye un referente indispensable para apreciar el significado viviente de las normas jurídicas” (Sentencia T-248 de 2008, Fundamento Jurídico 7 Párrafo 3), para terminar por reconocer que la “interpretación reiterada de los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones constituye derecho viviente” (Sentencia C-442 de 2011, Fundamento Jurídico 8) (Sentencia C-491 de 2012, Fundamento Jurídico 16).

De allí que se pueda señalar que las sentencias de unificación jurisprudencial y los precedentes contencioso administrativos son más que simples referentes de acreditación del derecho viviente, por cuanto que conforman el verdadero y único derecho viviente del Consejo de Estado, en virtud de su función de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.

En este punto, es necesario señalar que se asimilan las sentencias de unificación jurisprudencial con las decisiones del Consejo de Estado que conformen un precedente, con fines de constituir un derecho viviente al interior de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por la obligatoriedad que estas representan para la actividad judicial de las autoridades judiciales que pertenecen a ella.

Lo anterior, por cuanto que a pesar de la inclusión en el ordenamiento jurídico de la categoría de sentencia de unificación jurisprudencial, como bien lo dice el Guardián de la Integridad y la Supremacía de la Constitución, “Las demás sentencias del Consejo de Estado

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

siguen teniendo su valor como precedente del órgano de cierre de lo contencioso-administrativo” (Sentencia C-588 de 2012, Fundamento Jurídico 5.2.5.).

Ahora bien, una vez comprendida la doctrina del derecho viviente y las providencias proferidas por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo que lo conforman, es la oportunidad para analizar el control abstracto de constitucionalidad que se ejerce sobre éste.

Control abstracto de constitucionalidad sobre el derecho viviente del Consejo de Estado

Como se mencionó, el control abstracto de constitucionalidad puede recaer sobre las interpretaciones que se deprequen de los textos normativos, pero no sobre cualquier sentido hermenéutico, sino de aquel que constituya el derecho viviente del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.

Este control sólo será ejercido como consecuencia de la interposición de una demanda de inconstitucionalidad, dirigida contra la interpretación que el accionante considere que es contraria a los preceptos constitucionales, la cual no puede ser otra que la proveniente del derecho viviente del acto normativo demandado.

De esta manera, el control abstracto de constitucionalidad sobre el derecho viviente del Consejo de Estado no operara de manera oficiosa, es decir, no podrá ser juzgado en virtud de la modalidad posterior o automática de este mecanismo de control constitucional, ni tampoco del previo o preventivo a los que se hizo referencia en el primer capítulo de este trabajo de grado.

De allí que sea el control abstracto por vía principal el que permita determinar la existencia de un desconocimiento de la Constitución Política, por parte del derecho viviente del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo y, de ser así, aplicar la sanción que la misma Ley de Leyes ha señalado para ello.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Sin embargo, el derecho viviente atacado a través de la acción pública de inconstitucionalidad, también será excluido del ordenamiento jurídico cuando desconozca las interpretaciones que el Guardián de la Integridad y la Supremacía de la Carta Fundamental haya trazado, es decir, en aquellos eventos en los que se ha desatendido el precedente constitucional.

Esta última circunstancia parte del hecho ya mencionado, según el cual las interpretaciones realizadas por la Corte Constitucional de la Carta Política, no sólo concretizan sus postulados, sino que se ubican en la misma jerarquía normativa.

En este punto, se podría pensar que el Consejo de Estado estaría facultado para apartarse de las interpretaciones constitucionales o del precedente constitucional, basado en la autonomía e independencia que el artículo 228 de la Constitución ha otorgado a los jueces de la República, plasmando para ello una motivación o fundamentación teórica.

Sin embargo, en el caso del control abstracto de constitucionalidad al derecho viviente del Consejo de Estado, el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo no tendría tal posibilidad, por cuanto que el origen de la fuerza vinculante de las interpretaciones constitucionales o del precedente constitucional se encuentra en la misma Constitución.

Además, no se trata de cualquier criterio hermenéutico, sino de la forma correcta en la que el intérprete autorizado de la Carta Política la ha entendido, para que sea aplicada de esa manera en las controversias concretas que se sometan al conocimiento del aparato de la Administración de Justicia y de las autoridades administrativas.

De esta manera, un apartamiento de las normas que se encuentran consagradas en la Constitución, bien sea de manera expresa o deducidas a través de procesos interpretativos de su Guardián, no pueden ser desconocidas de manera alguna por quienes están en la obligación de observarla, cualquiera sea su naturaleza o jerarquía.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

De hecho, la misma Ley de Leyes en su artículo 6 hace responsables a los servidores públicos, sin distinción alguna, por su infracción o la inobservancia de sus postulados y en el artículo 4 consagra unas claras consecuencias jurídicas para los actos que la contravienen.

Pero lo anterior no significa que la separación de las interpretaciones constitucionales o del precedente constitucional este proscrito dentro del ordenamiento jurídico, puesto que es obvio y lógico que el único órgano judicial facultado para ello, es el mismo Guardián de la Integridad y la Supremacía de la Carta Fundamental,

Para ello, se podrían esgrimir diversas razones que no son objeto de estudio en esta oportunidad, pero sólo por enunciar algunas se encuentran aquellas circunstancias que implican una actualización de la interpretación constitucional, en un momento dado, a un determinado aspecto cultural, económico, político o normativo.

Pero retomando la idea original de la prohibición del apartamiento de las interpretaciones constitucionales o del precedente constitucional, cuando el derecho viviente del Consejo de Estado llegué a desconocer o contradecir el mismo texto normativo de la Ley Fundamental, éste devendrá en inconstitucional y, por ende, en inexecutable.

Esa consecuencia será el resultado de la realización del correspondiente juicio de constitucionalidad, bajo el cual se confronte el derecho viviente acusado de inconstitucional con la Ley Fundamental o con el respectivo precedente constitucional.

Pero a esta altura del presente análisis, es necesario preguntarse por las consecuencias que acarrearía la declaratoria de inexecutable del derecho viviente del Consejo de Estado sobre la norma de la cual provenía éste.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Para resolver tal cuestionamiento, es necesario tomar en cuenta dos variables, a saber: a) el tipo de norma de la cual se derivó el derecho viviente y b) la competencia de la Corte Constitucional para excluir ésta del ordenamiento jurídico.

Con base en la primera variable, el derecho viviente puede provenir de un acto administrativo general o de una norma con fuerza material de ley, es decir, de textos normativos expedidos por el Congreso de la República o por el Presidente de la República como Legislador Extraordinario.

Lo anterior, por cuanto que las normas que regulan las controversias que son sometidas al conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, proceden del Legislador Ordinario o Extraordinario y de las autoridades administrativas a las que el ordenamiento jurídico les ha conferido competencias reglamentarias o regulatorias.

Así mismo, pasando a la segunda de las variantes mencionadas y conforme a lo descrito en el primer capítulo de esta tesina, la Corte Constitucional sólo podría declarar inexequibles aquellas normas que con fuerza material de ley le son sometidas a su conocimiento, por mandato de la misma Carta Política.

De no ser así, el declarar inexequible un acto administrativo general o una norma cuyo juzgamiento no sea de la competencia del Guardián de la Integridad y la Supremacía de la Constitución, generaría una invasión de las atribuciones que la misma Ley Fundamental le ha asignado al Consejo de Estado, para controlar ese tipo de manifestaciones de la voluntad de las autoridades administrativas.

Este argumento, no puede ser tomado como una contradicción del control abstracto de constitucionalidad al derecho viviente del Consejo de Estado, puesto que éste siempre culminará con una declaración de inexecutable de la interpretación normativa del Tribunal Supremo de

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

lo Contencioso Administrativo cuando se verifique su contradicción con la Constitución o los precedentes constitucionales, independientemente del texto normativo del cual provenga.

Lo anterior, no sólo por la condición de Órgano de Cierre del ordenamiento jurídico que ostenta la Corte Constitucional, sino de su función unificadora de los entendimientos hermenéuticos de los postulados constitucionales, derivada de su competencia para mantener tanto la integridad de la Carta Magna como su supremacía, así como la prevalencia del precedente constitucional.

Ahora bien, una duda genera el saber que la Corte Constitucional tiene competencia para declarar inexecutable no sólo el derecho viviente del Consejo de Estado, sino también el texto normativo del cual proviene, en aquellos casos en que éste posea fuerza material de ley, y es en lo relacionado con la identificación de las circunstancias en las cuales es posible adoptar un fallo de esa naturaleza.

Para resolver esta duda y llevar a cabo la identificación propuesta, es necesario tomar en cuenta que un texto normativo puede tener varias interpretaciones, algunas de ellas constitucionalmente válidas y otras no.

Por ello, la Corte Constitucional debe dilucidar cuáles son las otras posibles interpretaciones que se desprenden del acto normativo del cual proviene el derecho viviente del Consejo de Estado, para determinar la permanencia de estos en el ordenamiento jurídico.

Con base en lo anterior, la norma con fuerza material de ley, cuyo derecho viviente es inexecutable, lo será también cuando no tenga otras posibles interpretaciones acordes con los postulados constitucionales, porque de tenerlas deberá subsistir en el entramado normativo colombiano.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

De presentarse la primera circunstancia, esto es, que no existan otras interpretaciones constitucionalmente validas, el Guardián de la Constitución Política deberá declarar expresamente la inexecutableidad del texto normativo.

En cambio, en el segundo de los eventos señalados, la Corte Constitucional simplemente deberá limitarse a declarar inexecutable el derecho viviente del Consejo de Estado, sin fijar esas posibles interpretaciones constitucionalmente admisibles del texto normativo.

De esta manera, se deja al Consejo de Estado un margen interpretativo lo suficientemente amplio para que como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio de su autonomía e independencia, unifique y fije la interpretación normativa o el derecho viviente que considere adecuado.

Claro que ese nuevo derecho viviente con posterioridad, puede ser controlado constitucionalmente de manera abstracta, a través de una demanda de inconstitucionalidad, según el sentimiento constitucional del demandante y bajo las reglas de la cosa juzgada constitucional.

En caso contrario, si la Corte Constitucional decide señalar o siquiera insinuar cuales son las interpretaciones constitucionalmente admisibles que se desprenden del acto normativo, claramente irrumpiría en ámbitos de competencia exclusiva del Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.

De hecho, lo que produciría un actuar como el que se señala, sería establecer un límite a la función de unificación de la normativa administrativa del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, impidiéndole a éste adoptar un derecho viviente respecto del texto normativo controvertido.

En este punto, se debe precisar que lo que busca el control abstracto de constitucionalidad al derecho viviente del Consejo de Estado es que éste respete los postulados constitucionales y el

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

precedente constitucional, pero no impedir que el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo deje de producirlo.

De otro lado, también es posible que la Corte Constitucional encuentre que el texto normativo, cuyo derecho viviente es declarado inexecutable, tenga sólo una interpretación conforme a la Constitución, siendo necesario que la ponga en conocimiento de los ciudadanos y de las autoridades estatales de manera expresa en la sentencia que vaya a dictar.

Dicha interpretación, será la única aplicable a las controversias concretas que sean sometidas al conocimiento de las autoridades judiciales y administrativas, a través de decisiones validas desde el punto de vista constitucional y permitiendo además que los ciudadanos conozcan de antemano las consecuencias jurídicas de sus actos.

Para ello, la Corte Constitucional deberá modular los efectos de su fallo y proferir una de las denominadas sentencias interpretativas o condicionadas, señalando que el texto normativo con fuerza material de ley, cuyo derecho viviente es inconstitucional, es executable bajo un determinado sentido que considera acorde a la Constitución.

Con tal interpretación, se fijaría un condicionamiento al entendido hermenéutico del acto normativo infraconstitucional objeto de interpretación, siendo ese criterio interpretativo una concreción de los postulados constitucionales y, a su vez, un precedente constitucional.

Así las cosas, la sentencia que profiera el Guardián de la Constitución estará impregnada de los efectos de la cosa juzgada constitucional, lo que haría que tanto la parte resolutive como la ratio decidendi de la misma, ostente una fuerza vinculante frente a cualquier autoridad, incluyendo al mismo Consejo de Estado.

Aunado a lo anterior, una vez declarado inexecutable el derecho viviente del Consejo de Estado, tal interpretación no podrá volver a ser aplicada en los casos concretos que se ventilen

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en el ámbito administrativo, siendo aplicable la posición hermenéutica contenida en el precedente fijado por la Corte Constitucional.

Aunque, como se señaló con anterioridad, al no tener competencia la Corte Constitucional para declarar inexecutable un texto normativo que no ostente fuerza material de ley, tampoco podrá declarar constitucionalmente executable ese tipo de normas.

Sin embargo, esto no puede ser un impedimento para que en la parte considerativa de la sentencia que declare inexecutable el derecho viviente del Consejo de Estado, se consagre como *ratio decidendi* una regla interpretativa constitucionalmente válida, si el texto normativo del cual provenía el sentido hermenéutico dominante del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, no permitía más de una interpretación constitucionalmente admisible.

Pero es necesario profundizar en un tema que tiene una relación inescindible con lo hasta aquí expuesto, y es el relacionado con la vigencia temporal de la posición hermenéutica fijada por la Corte Constitucional, puesto que esto entraña serias consecuencias para el ordenamiento jurídico.

Para empezar, no puede considerarse que la interpretación fijada por el Órgano de Cierre del ordenamiento jurídico debe permanecer incólume con el paso del tiempo, puesto que esta posición ocasionaría su petrificación, haciendo imposible su adecuación a las exigencias culturales y sociales en un momento determinado.

Por ello, el criterio hermenéutico fijado por la Corte Constitucional sólo sería aplicable mientras el texto normativo del cual proviene este vigente, puesto que si éste deja de existir en el ordenamiento jurídico, por cualquier razón, su condicionamiento interpretativo correría la misma suerte.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

De esta manera, la Corte Constitucional al controlar de manera abstracta el derecho viviente del Consejo de Estado, habrá mantenido la supremacía de la Constitución que pregona su artículo 4, protegido el derecho fundamental a la supremacía constitucional del accionante y, a su vez, hecho efectiva la prevalencia de sus interpretaciones constitucionales.

Con este último efecto, también se habrá mantenido un referente interpretativo de la Constitución y del respectivo texto normativo para que sea aplicado por las autoridades estatales, lo que ayudaría a la unidad tanto del Derecho Constitucional como del Derecho Administrativo, colaborando además con la seguridad jurídica del ordenamiento.

En otras palabras, la Corte Constitucional ejercería una función unificadora en el Derecho Administrativo y en el Derecho Constitucional, reafirmado su calidad de Órgano de Cierre, no sólo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y de la Jurisdicción Constitucional, sino del ordenamiento jurídico.

De hecho, se evitaría la existencia de criterios interpretativos contradictorios sobre determinados asuntos regulados por el Derecho Administrativo y de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pero de inevitable trascendencia constitucional, haciendo previsible las decisiones judiciales a los usuarios de la Administración de Justicia y a los administrados en general.

Todo lo anterior, permite observar la forma, las variantes y las consecuencias que implicaría un control constitucional al derecho viviente del Consejo de Estado, de manera abstracta, por vía principal o por medio del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad.

Pero es oportuno hacer una precisión sobre la solución dada al caso concreto o los casos concretos que son resueltos en la sentencia de unificación jurisprudencial demanda o en las providencias de las cuales proviene el derecho viviente del Consejo de Estado, dado que es

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

posible que el control constitucional que se acaba de analizar, termine por ser considerado como una oportunidad para que se cambien las decisiones adoptadas en una controversia particular y bajo una interpretación posteriormente declarada inexecutable.

En este sentido, siempre debe tenerse en cuenta que el control constitucional al derecho viviente del Consejo de Estado es de carácter abstracto y la sentencia que culmine el correspondiente juicio de constitucionalidad surtirá efectos hacia el futuro.

Por ello, la solución dada al caso concreto o los casos concretos en las providencias que generaron o adoptaron el derecho viviente inconstitucional, no podrá verse afectada con su declaratoria de inexecutable.

De allí que la parte resolutive de la sentencia de constitucionalidad que profiera la Corte Constitucional, deberá limitarse a declarar la executable o inexecutable del derecho viviente sometido a su control, así como de la norma con fuerza material de ley sobre la cual recaiga el mismo, salvo que ésta o el texto normativo del cual proviene, tenga una interpretación constitucionalmente válida, caso en el cual será declarada condicionalmente executable bajo dicho sentido normativo o expresándolo en la parte considerativa de la misma.

Sin embargo, el Guardián de la Carta Política nunca podrá entrar a decidir el caso concreto que fue decidido con base en el derecho viviente inconstitucional y declarado inexecutable, por tratarse de situaciones jurídicas concretas y consolidadas.

Una decisión contraria, es decir, la adopción de una nueva solución del caso o de los casos concretos que fueran decididos bajo esa regla interpretativa, implicaría una distorsión del control abstracto de constitucionalidad, una afectación a la seguridad jurídica del ordenamiento jurídico, un aumento en la litigiosidad contra el Estado y una intromisión en la función de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo que desempeña el Consejo de Estado.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

La distorsión a la que se hace alusión, se daría por el hecho de contradecir la naturaleza del control abstracto de constitucionalidad, cual es el análisis de la validez de una norma, pero ajeno a todo tipo de conflicto particular o concreto, sin que medie una pretensión subjetiva.

Por su parte, la afectación a la seguridad jurídica se generaría por la indefinición de las situaciones jurídicas particulares a las que se ha hecho referencia, tomando en cuenta que la acción pública de inconstitucionalidad no se encuentra sometida a término de caducidad alguno.

La única circunstancia en la que se aplica un término de caducidad al ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, es cuando se incoa contra las normas sometidas al control de la Corte Constitucional por vicios de trámite, como lo señala el numeral 3 del artículo 242 de la Ley fundamental, pero que en el caso del control constitucional al derecho viviente del Consejo de Estado no tendría aplicación.

Mientras tanto, el simple hecho de que una persona tenga a su disposición un mecanismo más a su servicio para amparar sus intereses particulares en una determinada controversia, y del cual podría hacer uso en cualquier tiempo, conllevaría que se incoaran ante la Corte Constitucional demandas de inconstitucionalidad contra cualquier tipo de decisión del Consejo de Estado, aun conociendo el demandante de antemano que no se estuviera en presencia de un derecho viviente.

Por último, como se mencionó en el acápite anterior, la función de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo que ejerce el Consejo de Estado implica que éste sea el órgano judicial de última instancia en los asuntos que se someten al conocimiento de dicha Jurisdicción, por lo que después de su pronunciamiento en el caso concreto, se cierran las puertas de la justicia administrativa.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Con ello, se hace inviable adoptar una nueva decisión dentro los casos resueltos bajo un derecho viviente declarado inexecutable, a través de un control abstracto de constitucionalidad iniciado bajo la acción pública de inconstitucionalidad.

Ahora bien, a pesar de todos los anteriores argumentos, el control abstracto de constitucionalidad por vía principal al derecho viviente del Consejo de Estado, puede ser ejercido de manera arbitraria y llegar a constituir una manifestación de lo que Alexy (2003) denomina “sobreconstitucionalización” (pág. 51) del derecho.

Por ello, el control que se acaba de analizar debe ser sometido a una serie de límites o restricciones, con el fin de evitar que éste parta del querer particular u oficioso de la Corte Constitucional y así sujetarlo al sentimiento constitucional de los ciudadanos, sin que termine siendo utilizado en pro de los intereses litigiosos del accionante, para lo cual se dedicarán los siguientes párrafos.

Límites al Control Constitucional del Derecho Viviente del Consejo de Estado. Como señaló en el primer capítulo de esta tesina, la Constitución Política de 1991 dio paso a un Estado Constitucional, bajo la denominación de Estado Social de Derecho, y junto con sus elementos esenciales ha llevado a que en nuestro ordenamiento jurídico se presente el fenómeno de la constitucionalización del derecho.

El Derecho Administrativo no ha pasado desapercibido frente a dicho fenómeno, por cuanto que es posible observar la invasión de los postulados constitucionales a su normativa, así como su influencia en la adopción de decisiones por parte de las autoridades judiciales y administrativas encargadas de aplicarlas.

Bajo esos parámetros, el control constitucional al derecho viviente del Consejo de Estado es una clara manifestación de la constitucionalización del Derecho Administrativo, puesto que

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

contrasta las interpretaciones normativas de quien es el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo con la Carta Política de manera directa, arrojando los resultados ya comentados.

En este punto, Alexy (2003) manifiesta que “cada aplicación irregular del derecho es también inconstitucional” (pág. 48), señalando a ésta como una consecuencia de la constitucionalización del derecho, el cual puede llegar a generar una “sobreconstitucionalización” (pág. 51) del ordenamiento jurídico.

Dicha situación se presenta cuando un proceso de constitucionalización del derecho llega a un punto en el que la Constitución se convierte en el mismo ordenamiento jurídico, además de servir como fundamento exclusivo de las decisiones judiciales y administrativas.

Para evitar esa situación, el referido autor (Alexy, 2003) señala que lo ideal es llegar a un punto medio o a una “constitucionalización adecuada” (pág. 53), a través de lo que denomina la “dogmática de los márgenes de acción” (pág. 53), y que en nuestro medio se ha dado a conocer como los “ámbitos de actuación jurídica” (Arango, 2004, pág. 230).

Esta dogmática de los márgenes de acción o de los ámbitos de actuación jurídica, se enfoca a la existencia de mandatos, prohibiciones o ámbitos discrecionales en la Constitución, para el ejercicio de las competencias por parte de las autoridades estatales, partiendo de un análisis de medios, fines y ponderaciones, siendo asimilados por Arango (2004) en nuestro país a la implementación de principios de interpretación constitucional.

Pero en el presente caso, ese margen de acción o ámbito de actuación estará mediado por las formalidades que se han consagrado legal y jurisprudencialmente para la interposición de las demandas de inconstitucionalidad, aunque con algunos matices propios del control constitucional al derecho viviente del Consejo de Estado, por ser éste su punto de partida.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Para ello, se debe empezar por señalar que la demanda de inconstitucionalidad impetrada contra el derecho viviente del Consejo de Estado, será una manifestación del sentimiento constitucional del ciudadano demandante, es decir, una expresión de su interés por la protección de su derecho fundamental a la supremacía de la Constitución.

De esta manera, lo que el ciudadano señale en el escrito demandatorio será el marco fáctico, jurídico y probatorio al cual se circunscribirá el actuar de la Corte Constitucional dentro el proceso de constatación del derecho viviente con la Carta Política.

Ese marco al que se hace referencia, no podrá ser ampliado o disminuido por el Guardián de la Integridad y la Supremacía de la Constitución, sea cual fuere la deficiencia o la dificultad de comprensión de lo consignado en la demanda de inconstitucionalidad, es decir, que no le será posible a la Corte Constitucional realizar una subsanación oficiosa del escrito demandatorio.

De esta forma, lo que primará en el proceso adelantado para realizar el control constitucional al derecho viviente del Consejo de Estado será el entendimiento que exprese el demandante, respecto de la Ley Fundamental y de la interpretación normativa que considera atenta contra los postulados de ésta.

Con ello, no sólo se verá reforzado el carácter participativo y político de la acción pública de inconstitucionalidad, sino que se fomentará la comprensión y la apropiación ciudadana del pacto constituyente, así como el interés de la sociedad por asegurar el ordenamiento jurídico a sus postulados.

Ahora bien, para facilitar la actuación de la Corte Constitucional en el estudio del derecho viviente demandado y de los preceptos constitucionales, debe tomarse en cuenta que los únicos aspectos de la demanda susceptibles de ser agravados, son los denominados requisitos formales, más no los relacionados con la legitimación por activa.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Esta restricción se encuentra soportada en el hecho de que la misma Carta Política en su artículo 40, numeral 6, señaló como derecho político de todo “ciudadano”, el de interponer “acciones públicas en defensa de la Constitución”, siendo imposible restringir doctrinal e incluso jurisprudencialmente ese concepto, salvo las limitaciones que la misma Constitución y la ley hayan dispuesto.

Por ello, el contenido apto para ser limitado es el referente a los requisitos mínimos que debe reunir la demanda de inconstitucionalidad y a los cuales se hizo referencia en el primer acápite de este trabajo de grado, siendo estos el objeto, el concepto de violación y la competencia.

En cuanto al objeto, es claro que en la demanda que se incoe habrá de indicarse el derecho viviente del Consejo de Estado que es acusado de inconstitucionalidad, bien sea señalando la sentencia de unificación jurisprudencial que lo contiene o las sentencias que conforman el precedente contencioso administrativo y que es constitutivo de una interpretación normativa dominante, así como las normas constitucionales que se considera como infringidas.

En este punto, tampoco le es dable a la Corte Constitucional realizar una comparación oficiosa del derecho viviente del Consejo de Estado con la totalidad de las normas constitucionales, ni mucho menos con los precedentes constitucionales, puesto que ésta es una carga procesal mínima para el demandante.

Además, en caso de realizarse el control oficioso de la interpretación dominante con la totalidad del ordenamiento constitucional, se estaría dando paso a un control abstracto de constitucionalidad, pero en su modalidad automática u oficiosa a la que se hizo referencia en el primer capítulo de la tesina.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Aunado a ello, con ese control oficioso a la función unificadora del Consejo de Estado, se desconocería su autonomía e independencia, así como su calidad de Máximo Tribunal y Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo a la que se dedicó el segundo capítulo de la tesina.

Por su parte, el concepto de violación será el requisito más importante para establecer un límite al control constitucional del derecho viviente del Consejo de Estado, por cuanto que en él el demandante expresará las razones por las cuales considera que el sentido normativo que allí se expresa es violatorio de la Constitución.

Para este concepto de violación, como se señaló anteriormente, la Corte Constitucional ha desarrollado una serie de criterios o reglas que permiten determinar la presencia de unos argumentos generadores de un verdadero debate constitucional.

Estos criterios o reglas no son otros que los de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, siendo los de certeza y suficiencia los que se ubicarán en el eje central de los márgenes de acción o ámbitos de actuación del control constitucional al derecho viviente del Consejo de Estado.

En cuanto al criterio de certeza, debe decirse que el demandante en el concepto de violación deberá atacar en la demanda de inconstitucionalidad un verdadero derecho viviente, más no una mera deducción de lo que en su sentir constituye una interpretación dominante al interior del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.

Para ello, se deberá hacer alusión a la sentencia de unificación jurisprudencial que lo contiene o al conjunto de decisiones que lo conforman, sin que le sea dable a la Corte Constitucional realizar un rastreo o un análisis dinámico de la jurisprudencia del Consejo de

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Estado, en caso de que el demandante se haya limitado a expresar la norma o precepto normativo interpretado.

Por último, el criterio de la suficiencia hará referencia a que los argumentos esbozados en el concepto de violación permitan evidenciar que el derecho viviente del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo acusado de inconstitucionalidad, ostenta una relevancia constitucional que amerite ser sometida al conocimiento de la Corte Constitucional.

Esta exigencia es necesaria, porque no puede perderse de vista que el parámetro de comparación del derecho viviente de lo contencioso administrativo es la Constitución y las interpretaciones que de ella haga la Corte Constitucional, es decir, de toda la normatividad constitucional.

Por ello, debe existir un verdadero y patente desconocimiento de los postulados constitucionales o del precedente constitucional, para que se ponga en marcha el juicio de constitucionalidad contra el derecho viviente del Consejo de Estado, so pena de degenerar este control en una mera constatación de la razonabilidad o la viabilidad hermenéutica de un texto normativo.

De esta manera, la existencia de una duda sobre la relevancia constitucional del asunto sometido al conocimiento de la Corte Constitucional, no puede servir de excusa para llegar a realizar un ejercicio hermenéutico de la demanda o, peor aún, un control oficioso a las interpretaciones normativas dominantes del Consejo de Estado, con las consecuencias que ya se han expresado.

Además, en caso de no evidenciarse una relevancia constitucional en la demanda de inconstitucionalidad que se incoe contra el derecho viviente del Tribunal Supremo de lo

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Contencioso Administrativo, implicaría que la Corte Constitucional realizará una subsanación de la misma, suplantando el sentimiento y la comprensión constitucional del actor.

Así, para dar por cumplido con este criterio, bastará con encontrar que el derecho viviente atacado vulnera o amenaza vulnerar la Carta Política y las interpretaciones realizadas por su Guardián, so pena de inadmitir la demanda o de proferir un fallo inhibitorio en caso de llegar a entrabarse la litis constitucional.

En cuanto al último de los requisitos mínimos a los que se hizo referencia, esto es, la competencia, éste se entenderá satisfecho cuando en el escrito contentivo de la demanda se indiqué la razón por la cual la Corte Constitucional es competente para conocer de la acción pública de inconstitucionalidad incoada.

En este punto, la razón a la que se alude, no podrá ser otra que la posición institucional en la que se ubica la Corte Constitucional, su función como Guardián de la Interpretación y de la Supremacía de la Ley de Leyes, así como la atribución que le fue asignada para retirar del ordenamiento jurídico las normas con fuerza material de ley que desconozcan los postulados constitucionales.

Todo lo anterior, impondría a la Corte Constitucional un margen de actuación que impediría su actuar oficioso, evitaría el abuso de la acción pública de inconstitucionalidad por parte de quienes deseen sacar provecho de la misma en un caso particular y, de contera, una sobreconstitucionalización del ordenamiento jurídico colombiano.

Con lo hasta aquí expuesto, se ha desarrollado la hipótesis planteada en la introducción de esta tesina, analizando la acción pública de inconstitucionalidad como el mecanismo procedente para ejercer un control abstracto de constitucionalidad a las interpretaciones normativas

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

dominantes del Consejo de Estado, es decir, de su derecho viviente, como consecuencia del desarrollo actual de la normativa y la jurisprudencia nacional.

CONCLUSIONES

El Control Constitucional colombiano adoptado en la Carta Política de 1991 constituye uno de los elementos esenciales del Estado Constitucional, implementando bajo la denominación de Estado Social de Derecho, para hacer efectiva la fuerza normativa de la Constitución y el principio de supremacía constitucional.

A través de dicho Control Constitucional, los órganos que integran la Jurisdicción Constitucional confrontan los actos de las autoridades estatales con la Constitución, puesto que la Carta Política constituye los contornos de las actuaciones del Poder Público.

Para poner en marcha el Control Constitucional, el ordenamiento ha establecido una serie de mecanismos, a saber: el control abstracto, el control concreto y el control difuso, resaltando el primero por ser de tipo objetivo y recaer sobre controversias de tipo abstracto, sin que medien pretensión subjetiva alguna.

El mecanismo de control abstracto de constitucionalidad es ejercido, entre otras modalidades, por la denominada vía principal, caracterizada por hacer uso de un mecanismo jurídico o de una acción judicial incoada con la exclusiva pretensión de proteger la Constitución Política.

Dicho mecanismo jurídico o acción judicial se encuentra consagrada en el numeral 1 del artículo 241 de la Ley Fundamental, bajo el nombre de demanda de inconstitucionalidad, siendo conocida como la acción pública de inconstitucionalidad.

A la Corte Constitucional se le ha asignado la atribución de conocer de las acciones públicas de inconstitucionalidad, en su calidad de Máximo Juez de la Jurisdicción Constitucional, lo que conlleva la competencia de juzgar constitucionalmente una serie de actos

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

normativos, como lo son: los actos reformativos de la Constitución, las leyes ordinarias, las leyes marco, las leyes orgánicas y los decretos con fuerza de ley expedidos por el Gobierno Nacional.

Para el ejercicio de esta competencia, el Legislador Extraordinario ha establecido un trámite especial, iniciando con la presentación de la demanda de inconstitucionalidad, cuyo escrito debe llenar unos requisitos mínimos: a) el objeto o las normas acusadas como inconstitucionales y las normas constitucionales que se consideran infringidas; b) el concepto de violación o las razones por las cuales los textos demandados son considerados como infractores de la Carta Política, y c) la competencia o la razón por la cual la Corte Constitucional es competente para conocer la demanda.

De estos requisitos el que mayor interés despierta es el concepto de violación, puesto que para su correcta configuración se debe cumplir con una serie de criterios, como los de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia; estos permiten identificar un hilo conductor en la argumentación, una verdadera norma demandada, los cargos de inconstitucionalidad, la naturaleza constitucional del asunto, y una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma acusada, respectivamente.

De encontrarse reunidos estos requisitos mínimos, la demanda de inconstitucionalidad será admitida y se trabará la litis constitucional, culminando con una sentencia que hará tránsito a cosa juzgada constitucional, según los términos del artículo 243 Constitucional.

Ello implica que la decisión proferida por la Corte Constitucional en la culminación del trámite de la acción pública de inconstitucionalidad, será inmutable y de obligatoria observancia para éste Órgano de Cierre, las autoridades judiciales, las autoridades administrativas y los particulares.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Pero la fuerza vinculante a la que se hace referencia, no se circunscribe sólo a la parte resolutive de la providencia, sino que también incluye la parte considerativa de la misma o lo que se ha denominado *ratio decidendi*, dando lugar al surgimiento del precedente constitucional y, de contera, a una serie de interpretaciones de la Carta Política.

Así mismo, la decisión con la que culmina el trámite especial del Control Constitucional llevará una declaración sobre el sometimiento o no de la actuación de las autoridades estatales a la Carta Política y, por consiguiente, de su validez dentro del ordenamiento jurídico, deviniendo en ejecutable.

Ahora bien, la Ley Fundamental de 1991 dentro de la estructura del Poder Público, en lo que respecta a su función judicial, implementó un sistema plural de jurisdicciones, entre las cuales se encuentra la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Esta jurisdicción tiene en su cúspide al Consejo de Estado, quien tiene asignada la función de actuar como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, en razón de su condición de máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Estas calidades conllevan a que el Consejo de Estado sea un órgano judicial sin superior jerárquico y funcional, es decir, en el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa o en la última instancia dentro de los asuntos que se someten al conocimiento de los jueces y de los tribunales administrativos.

Bajo la condición de Tribunal Supremo, el Consejo de Estado tiene competencia para unificar la jurisprudencia o fijar parámetros interpretativos que orientan las actuaciones de los jueces y de los tribunales administrativos, así como de las autoridades administrativas.

Esta función unificadora se desarrolla cuando el Consejo de Estado se apresta a decidir los recursos extraordinarios consagrados en la Ley 1437 de 2011, la revisión eventual de las

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

decisiones adoptadas en los procesos iniciados con ocasión de las acciones populares y de grupo, y en general en todo asunto sometido a su conocimiento por importancia jurídica, trascendencia económica y social o con el fin unificar la jurisprudencia contenciosa administrativa.

Con estas decisiones, el Consejo de Estado unifica los criterios interpretativos de las normas del Derecho Administrativo, generando los sentidos normativos autorizados por éste, subordinando a los órganos judiciales administrativos y a las autoridades administrativas a su aplicación, para todos aquellos eventos en los que tengan el deber de resolver una controversia similar a la decidida por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo o que tenga que ser resuelto bajo los postulados del texto interpretado.

En este sentido, no sólo se resuelven casos concretos, también se crean precedentes con fuerza vinculante para los jueces, tribunales y autoridades administrativas, concepto éste que es propio de las sentencias de unificación jurisprudencial.

Este tipo de sentencias son de creación legal y tienen su origen en las decisiones proferidas por el Consejo de Estado bajo los criterios señalados en el artículo 270 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, lo que evidencia que en la actualidad la jurisprudencia es fuente de derecho en el ordenamiento jurídico colombiano.

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que el concepto de precedente se haya restringido al concepto de sentencia de unificación jurisprudencial, puesto que tal condición aún la siguen teniendo las demás sentencias que profiera del Consejo de Estado.

Ahora bien, no debe confundirse la función de Tribunal Supremo que ostenta el Consejo de Estado con la de tribunal de casación, puesto que ésta es del resorte exclusivo de la Corte Suprema de Justicia, lo que conlleva a que al Consejo de Estado le esté vedado todo tipo de

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

análisis relativo a la validez o a legalidad de una sentencia judicial, es decir, su actuación judicial se limita a ser el juez de última instancia de lo Contencioso Administrativo.

Pero no se puede perder de vista que las disposiciones de la Constitución Política de 1991 han consagrado una jurisdicción mucho más especial que la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como lo es la Jurisdicción Constitucional, competente para ejercer el Control Constitucional sobre las normas infraconstitucionales que tengan fuerza material de ley, en aras de la intangibilidad del principio de supremacía constitucional.

Dicha jurisdicción tiene un órgano límite al que le fue asignada la función más importante del Estado Social de Derecho, la de Guardián de la integridad y la supremacía de la Carta Política, en virtud de la cual sus decisiones contienen interpretaciones de las disposiciones constitucionales o precedentes constitucionales, obligatorios para todas las autoridades estatales, sean estas judiciales o administrativas u órganos de cierre de alguna de las otras jurisdicciones, por cuanto que constituyen postulados constitucionales concretizados y son parte de la misma Constitución.

Por ello, cuando el Consejo de Estado decide un asunto y, por ende, fija una interpretación sobre la normativa aplicada, debe observar no sólo los postulados constitucionales, sino también el precedente constitucional, porque éste prevalece sobre cualquier otro precedente judicial, sin importar si se trata de una sentencia de unificación jurisprudencial.

De esta manera, se hace evidente que en nuestro ordenamiento jurídico existe una estructura jerárquica de precedentes, en cuya cúspide se encuentran los precedentes constitucionales y, subordinados a ellos, los precedentes originados en textos normativos infraconstitucionales.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Con ello, la Corte Constitucional no sólo se cimienta como el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Constitucional, sino como el Órgano de Cierre de todo el ordenamiento jurídico, es decir, como la Corte de Cortes o Tribunal Supremo de los Tribunales Supremos.

Lo anterior, permite señalar que cuando el Consejo de Estado deba decidir un asunto sometido a su conocimiento, bien sea a través de una sentencia de unificación jurisprudencial o de una providencia ordinaria, deberá aplicar de manera directa la Constitución y las interpretaciones que de ella haya realizado la Corte Constitucional.

Por ello, las interpretaciones normativas que fije el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo tendrán como límite los postulados constitucionales y los precedentes constitucionales, hecho reconocido expresamente en la exposición de motivos del proyecto de ley que sería sancionado como la Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En este sentido, el Consejo de Estado desconoce la Carta Política cuando al fijar una interpretación normativa se aparta de ella y de las interpretaciones constitucionales realizadas por la Corte Constitucional, siendo su interpretación objeto de Control Constitucional, pero bajo su modalidad abstracta, con el fin de que se produzca su expulsión del ordenamiento jurídico.

Para poner en marcha dicho control, un ciudadano puede buscar la protección del principio y derecho fundamental a la supremacía constitucional, incoando la acción pública de inconstitucionalidad con el fin de que el asunto llegue al conocimiento del juez natural de los asuntos constitucionales, la Corte Constitucional.

Pero en aras de la seguridad jurídica y de la garantía de la supremacía e integridad de la Constitución, se hace necesario someter al control abstracto de constitucionalidad las

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

interpretaciones normativas relevantes o importantes que adoptado el Consejo de Estado, para lo cual es necesario aplicar la doctrina del derecho viviente.

Con esta doctrina, se identifican las interpretaciones judiciales efectivas o consolidadas para que se sometan al control abstracto de constitucionalidad, siendo en la actualidad los sentidos hermenéuticos contenidos en los precedentes y en las sentencias de unificación jurisprudencial las que conforman el derecho viviente del Consejo de Estado.

De esta manera, el derecho viviente del Consejo de Estado es pasible de un control abstracto de constitucionalidad, vía acción pública de inconstitucionalidad, descartando de entrada un control oficioso por parte de la Corte Constitucional.

Por medio de dicho control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional verificará la conformidad del derecho viviente del Consejo de Estado con la Carta Política y el precedente constitucional, sin que le sea permitido al Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo apartarse de éste último escudándose en su autonomía e independencia, porque allí se encuentra la forma correcta en la que el intérprete autorizado de la Constitución ha comprendido sus postulados.

Por ello, cuando en el respectivo proceso abstracto de constitucionalidad se establezca que el derecho viviente del Consejo de Estado desconoce el texto de la Ley Fundamental o el precedente constitucional, éste será inconstitucional y, por ende, deberá ser declarado inexecutable, independientemente del texto normativo del cual provenga, es decir, sin que interese si fue generado en la interpretación de un acto administrativo o de una norma con fuerza material de ley.

A pesar de lo anterior, el texto normativo del cual proviene el derecho viviente del Consejo de Estado, sólo podrá ser declarado inexecutable en el evento de que posea fuerza material

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

de ley y no ostente otras posibles interpretaciones que sean acordes con los postulados constitucionales, entendiendo por tales la Constitución en sí misma considerada y el precedente constitucional.

En caso contrario, si el acto normativo tiene otros sentidos hermenéuticos constitucionalmente válidos, la Corte Constitucional deberá limitarse a declarar inexecutable el derecho viviente del Consejo de Estado, lo que deja al Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo un amplio margen interpretativo para que en ejercicio de su autonomía e independencia, unifique y fije la interpretación normativa o el nuevo derecho viviente que considere adecuado, sin perjuicio de que éste pueda ser controlado constitucionalmente de manera abstracta en otra ocasión.

También es posible que la Corte Constitucional encuentre que el texto normativo, cuyo derecho viviente es declarado inexecutable, tenga una sola interpretación conforme a la Constitución, siendo necesario hacerla explícita en el texto de la sentencia por medio de modulación de sus efectos, para lo cual se debe acudir a una sentencia interpretativa o condicionada y, por ende, permeada por los efectos de la cosa juzgada constitucional.

Pero en el caso de que el texto normativo no sea de aquellos que tienen fuerza material de ley, el Guardián de la Carta Política no podrá declarar constitucionalmente executable ese tipo de acto, debido a que no es de su resorte proferir un pronunciamiento en tal sentido, aunque podrá consagrar una regla interpretativa constitucionalmente válida como *ratio decidendi*.

Ahora bien, la interpretación fijada por la Corte Constitucional permanecerá en el ordenamiento jurídico mientras el texto normativo del cual proviene este vigente, puesto que si éste deja de existir, cualquiera sea la razón, su condicionamiento interpretativo correrá la misma suerte.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Sin embargo, la solución dada al caso concreto o a los casos concretos resueltos en las providencias que conformaron el derecho viviente inconstitucional, no podrán verse afectados con su declaratoria de inexecutable, por tratarse de situaciones jurídicas concretas y consolidadas.

Una postura contraria distorsionaría el control abstracto de constitucionalidad, afectando la seguridad jurídica, la litigiosidad contra el Estado y generando una intromisión de la Corte Constitucional en la función de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo que ostenta el Consejo de Estado.

Todo lo anterior, permitirá al Guardián de la Constitución mantener incólume la supremacía de la Ley Fundamental, hacer efectiva la prevalencia del precedente constitucional y, de contera, ejercer una función unificadora tanto del Derecho Administrativo como del Derecho Constitucional, reafirmando su calidad de Órgano de Cierre, no sólo de la Jurisdicción Constitucional, sino del Ordenamiento Jurídico y, por ende, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Pero existe el riesgo de que el control abstracto de constitucionalidad al derecho viviente del Consejo de Estado termine por ser una expresión de la sobreconstitucionalización del derecho, por lo que es necesario someterlo a un margen de acción o a un ámbito de actuación.

Ese margen de acción o ámbito de actuación se encuentra mediado por las formalidades que se han consagrado para la interposición de las demandas de inconstitucionalidad, pero con matices propios del control abstracto de constitucionalidad al derecho viviente del Consejo de Estado.

De esta manera, lo que el ciudadano señale en su demanda impondrá el marco fáctico, jurídico y probatorio al cual deberá circunscribirse la Corte Constitucional dentro el proceso

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

abstracto de constitucionalidad adelantado contra el derecho viviente del Consejo de Estado, sin que le sea dado realizar una subsanación oficiosa del escrito demandatorio.

Así mismo, los requisitos mínimos de la demanda de inconstitucionalidad se entenderán cumplidos cuando concurren estos requisitos: a) se haya indicado la razón por la cual la Corte Constitucional es competente para conocer de la acción pública de inconstitucionalidad incoada, b) se identifique el derecho viviente del Consejo de Estado que es acusado de inconstitucionalidad, para lo cual habrá de señalar la sentencia de unificación jurisprudencial que lo contiene o las sentencias que conforman el precedente contencioso administrativo, c) se señale las normas constitucionales que se consideran como infringidas y d) se expresen las razones por las cuales se considera que el sentido normativo que se expresa en el derecho viviente del Consejo de Estado es violatorio de la Constitución, atendiendo los criterios de i) certeza del concepto de violación, con el ataque al verdadero derecho viviente y ii) de suficiencia, demostrando la relevancia constitucional de la controversia, so pena de inadmitirse la demanda o de proferirse un fallo inhibitorio.

Este margen de acción o ámbito de actuación impedirá el actuar oficioso de la Corte Constitucional, evitará el abuso de la acción pública de inconstitucionalidad por parte de quienes deseen sacar provecho de la misma en un caso particular, y generará un proceso de constitucionalización adecuada del Derecho Administrativo, en contraposición a uno de sobreconstitucionalización.

Con ello, el Control Constitucional al derecho viviente del Consejo de Estado, a través de la acción pública de inconstitucionalidad, permite constatar un mecanismo capaz de asegurar la supremacía de las interpretaciones de la Corte Constitucional o del precedente constitucional sobre las del Consejo de Estado, así como de la definición de interpretaciones legales bajo la luz

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

de los preceptos constitucionales, evitando la contradicción entre la jurisprudencia de estas dos Cortes.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Referencias

- Aldunate, E. (2005). Problemas del control preventivo de constitucionalidad de las leyes. *Estudios Constitucionales Año 3 No. 1*, 119-126.
- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alonso, M. (2007). Extensión y límites del control por el tribunal constitucional de las relaciones judiciales que afecten a los derechos fundamentales. *Revista de Administración Pública No. 172*, 189-224.
- Alviar, H. (2007). Uso y límites de la acción pública de inconstitucionalidad en Colombia. En A. Julio, *Teoría Constitucional y Políticas Públicas* (págs. 477-519). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arango, R. (2004). *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Araujo, J. (2004). Aclaración de voto a la sentencia C-043 de 2004. En C. Constitucional, *Sentencia C-043 de 2004*.
- Araujo, R. (2011). El procedimiento administrativo colombiano como garantía de los derechos del ciudadano. En P. Aberastury, & H.-J. Blanke, *Tendencias Actuales del Procedimiento Administrativo en Latinoamérica y Europa* (págs. 399-453). Buenos Aires: Eudeba & Fundación Konrand Adenauer Stiftung.
- Arboleda, E. (2012). *Comentarios al nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo*. Bogotá: Legis.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Asamblea Nacional Constituyente. (10 de Octubre de 1991). Constitución Política de Colombia.

Gaceta Constitucional, número 127. Bogotá D.C: Imprenta Nacional.

Auto 148 de 2006 (Corte Constitucional 2006).

Auto del 21 de octubre de 2010, 05001-33-31-004-2008-00079-01(AP)REV (Consejo de Estado, Sección Primera 2010).

Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bernal, N. (2008). El control de constitucionalidad y la tutela judicial de los derechos fundamentales: dos funciones complementarias del juez constitucional en los procedimientos de revisión de acciones de tutela contra sentencias judiciales. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia No. 338*, 77-108.

Bernal-Cano, N. (2010). El poder creador del Juez en la combinación o mezcla de los procedimientos constitucionales. *Revista Estudios Socio-jurídicos ESTUDIOS SOCIO-JURÍDICOS VOL. 12 No. 1*, 11-34.

Bordalí, A. (2008). Jueces constitucionales, un poder incomodo. En E. Ferrer Mac-Gregor, & A. Lelo, *La ciencia del derecho procesal constitucional , Tomo V, Juez y sentencia constitucional* (págs. 41-61). México: Universidad Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional & Marcial Pons.

Botero, C., & Jaramillo, J. (2007). El conflicto de las altas cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias. En R. Uprimny, J. Jaramillo, C. Botero, & L. Herreño, *Estado de Derecho y Sentencias Judiciales. Seguridad Jurídica y Garantismo* (págs. 9-55). Bogotá: Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos.

Bravo, J. (2011). La fuerza del precedente judicial. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia No. 347*, 71-95.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

- Brewer-Carias, A. (2007). Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 63-119.
- Brewer-Carías, A. (2008). Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la considelación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos. En F. Frenández, *Dignidad de la Persona, Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional* (págs. 761-826). Madrid: Dykinson.
- Canosa, R. (1998). Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: una cuestión abierta. *Ius Et Praxis, Año 4, Número 1*, 11-46.
- Castaño, L. (2007). De defensa de la justicia constitucional. *Opinión Jurídica No.12*, 61-81.
- Cebeira, A. (2008). Pluralismo jurídico y derecho vivo: la concepción sociologica de Ehrlich. En N. Belloso, & A. De Julios-Campuzano, *¿Hacia un Paradigma Cosmopolita del Derecho? Pluralismo Jurídico, Ciudadanía y Resolución de Conflictos* (págs. 79-98). Madrid: Dikinson.
- Celotto, A. (2004). La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Consitucional No. 1*, 3-14.
- Chahín, G. (2011). El recurso extraordinario de unificación de la jurisprudencia. En Consejo de Estado, *Memorias Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011* (págs. 373-384). Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

- Chase, L. E. (2007). La justicia constitucional y la justicia administrativa. *Justicia Administrativa, Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo* (págs. 115-145). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Chávez, A. (2005). Teoría de los motivos y las finalidades: estado actual y controversia por su aplicación. En J. Vidal, V. Díaz, & G. Rodríguez, *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo* (págs. 491-534). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Cifuentes, E. (1997). La jurisdicción constitucional en Colombia. En D. García, & F. Fernandez, *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamerica* (págs. 473-497). Madrid: Dykinson.
- Concepto del 10 de diciembre de 2013, 2177 (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil 2013).
- Concepto del 16 de febrero de 2012, 2069 (Consejo de Estado 2012).
- Congreso de la República. (2010). Ley 1395 DE 2010. *Diario Oficial No. 47768 de julio 12 de 2010*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- Congreso de la República. (1994). Ley 144 de 1994. *Diario Oficial No. 41.449 del 19 de julio de 1994* . Bogotá.
- Congreso de la República. (7 de Marzo de 1996). Ley 270 de 1996. *Diario Oficial No. 42745*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- Congreso de la República. (1997). Ley 393 de 1997. *Diario Oficial No. 43096 del 30 de 1997*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- Congreso de la República. (2003). Ley 797 de 2003. *Diario Oficial No. 45.079 del 29 de enero de 2003*. Bogotá.
- Congreso de la República. (2011). Ley 1437 de 2011. *Diario Oficial No. 47.956 de enero 18 de 2011*. Bogotá.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Congreso de la República de Colombia. (17 de Noviembre de 2009). *Gaceta del Congreso No.*

1173. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

David, P. (1980). *Sociología jurídica, perspectivas fundamentales. Conflictos y dilemas de sociedad, persona y derecho en la época actual*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Delgado, J. (2011). Examen crítico del recurso de unificación de jurisprudencia. *Revista de Derecho No. XXXVI*, 473-494.

Delgado, J., & Díaz, I. (2011). La unificación de jurisprudencia pretendida por el recurso extraordinario. Ventajas y problemas. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Año 18 No. 2*, 275-304.

Durán, A. (2010). Tribunal de lo contencioso administrativo y administración pública. Control y cumplimiento de la decisión jurisdiccional. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 449-465.

Eguiguren, F. (2002). Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del tribunal constitucional. En J. Vega, & E. Corso, *Tribunales y Justicia Constitucional, Memorial del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (págs. 165-192). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Florez, D. (2010). Comentarios a la difícil recepción del Estado Constitucional en Colombia y la defensa popular de la supremacía constitucional. *Revista de Derecho Público No. 3*, 19-43.

García, J. (2007). Tres aportes fundamentales de el federalista a la teoría constitucional moderna. *Revista de Derecho Vol. XX No. 1*, 39-59.

García, J., Rodríguez-Piñeiro, M., & Schmill, U. (1994). *Tribunales constitucionales y defensa del orden constitucional*. México: Univerisdad Nacional Autónoma de México.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

- García, M., & Uprimny, R. (2004). ¿Qué hacer con la tutela contra sentencias? *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* No. 326, 97-111.
- Giacomette, A. (2007). *La prueba en los procesos constitucionales*. Bogotá: Señal Editora & Ediciones Uniandes.
- Giacomette, A. (2008). Acción pública de inconstitucionalidad de las leyes. En E. Ferrer Macgregor, & A. Lelo, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Tomo VII, Procesos constitucionales orgánicos* (págs. 225-244). México: Universidad Autónoma de México, Institucional Mexicano de Derecho Procesal Constitucional & Marcial Pons.
- Groppi, T. (2002). ¿Hacia una justicia constitucional dúctil? Tendencias recientes de las relaciones entre la Corte Constitucional y los jueces comunes en la experiencia italiana. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* No. 38/39, 69-83.
- Groppi, T. (2009). Corte constitucional y principio de efectividad. En E. Ferrer Macgregor, & C. Molina, *El juez constitucional en el siglo XXI, Tomo I* (págs. 241-271). México: Universidad Nacional Autónoma de México & Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Grote, R. (2008). Las Relaciones entre jurisdicción constitucional y justicia ordinaria a la luz de la experiencia alemana. En E. Ferrer mac-gregor, & A. Lelo de larea, *La Ciencia del derecho procesal constitucional. Tomo II Tribunales constitucionales y democracia* (págs. 653-671). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons.
- Guastini, R. (1999). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. México: Doctrina Jurídica Contemporánea.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

- Gutiérrez, P. (2008). El tribunal constitucional español y su conflicto con el tribunal supremo. Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria. En E. Ferrer, & A. Lelo, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Tomo II. Tribunales Constitucionales y Democracia* (págs. 673-702). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional & Marcial Pons.
- Henao, J. (2004). *Panorama del derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Temis.
- Henao, J. (2006). *Derecho procesal constitucional*. Bogotá: Temis.
- Henao, J. (2011). La corte constitucional colombiana, su sistema de control de constitucionalidad y las evoluciones jurisprudenciales. En CONSEJO DE ESTADO, *Instituciones Judiciales y Democracia* (págs. 523-543). Bogotá: Instituto Francés de Estudios Andinos.
- Henao, R. (2006). Tutela contra sentencias de las altas cortes o choque devanidades. *Prolegómenos No. 17*, 129-137.
- Henao, R. (2007). *Choque de vanidades, estudio de la acción de tutela en las altas cortes colombianas*. Bogotá: Ibañez.
- Herdeguen, M. (2008). Conflicto entre poderes del Estado: Jurisdicción Constitucional. En E. Ferrer, & A. Lelo, *La Ciencia del Derecho Proceso Constitucional. Tomo VIII. Procesos Constitucionales Orgánicos* (págs. 553-566). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional & Marical Pons.
- Hernández, A. (2012). El nuevo código y la constitucionalización del derecho administrativo. En Consejo de Estado, & Banco de la República, *Instituciones del Derecho Administrativo en el Nuevo Código. Una Mirada a la Luz de la Ley 1437 de 2011* (págs. 11-26). Bogotá: Consejo de Estado & Banco de la República.
- Hernández, J. (2001). *Poder y Constitución*. Bogotá: Legis.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

- Hernández, J. (2007). Cosa juzgada y control de constitucionalidad. *Elementos de Juicio No. 6-7*, 209-227.
- Hernández, J. (2007). El sistema de control de inconstitucionalidad. *Elementos de Juicio No. 4*, 59-70.
- Hernández, J. (2013). *El concepto de inconstitucionalidad en el derecho contemporáneo*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana & Temis.
- Hines, C. (2009). De la supremacía de la constitución a la supremacía jurisprudencial. *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo No. 9*, 191-206.
- Huerta, C. (2003). La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nueva Serie No. 108*, 927-950.
- Kelsen, H. (2001). *La garantía jurisdiccional de la constitución*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Landa, C. (1999). *Tribunal constitucional y Estado democrático*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- López, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Universidad de los Andes & Legis.
- López, D. (2007). Desarrollos recientes en la doctrina del precedente judicial en Colombia. En A. (. Julio, *Teoría Constitucional y Políticas Públicas, Bases Críticas para una Discusión* (págs. 429-474). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Lozano, G. (2013). Recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia. En J. Benavides, *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Comentado y Concordado* (págs. 529-539). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

- Ludwing, M. (2008). Descongestión procesal en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿cómo garantizar el acceso en Colombia? En M. Ludwing, C. Gómez, & I. Sánchez, *Lecciones de Derecho Disciplinario Vol. 9* (págs. 19-67). Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público & Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario.
- Marín, H. (2013). Mecanismo Eventual de Revisión. En J. Benavides, *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Comentado y Concordado* (págs. 558-571). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Marquéz, C. (2006). Consideraciones sobre el derecho viviente. *Elementos de Juicio No. 1*, 101-104.
- Marshall, P. (2010). El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución. *Estudios Constitucionales Año 8 No. 1*, 43-78.
- Mejía, M., Monney, L., & Castaño, C. (. (2012). *Memorias foro sobre la construcción de la jurisprudencia en Colombia*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH & Consejo Superior de la Judicatura.
- Mendieta, D. (2010). La acción pública de inconstitucionalidad: a propósito de los 100 años de su vigencia en Colombia. *Universitas No. 120*, 61-84.
- Molina, C. (2007). El rol institucional de la corte constitucional. *Revista de Derecho No. 28*, 213-242.
- Monroy, M. (2003). *Introducción al derecho*. Bogotá: Temis.
- Morelli, S. (1997). *La Corte Constitucional: ¿Un Legislador Complementario?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Moreno, L. (2009). Tutela contra sentencias. Procedencia y modalidades jurisprudenciales en Colombia (1996-2002). *Civilizar No. 16*, 57-71.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

- Naranjo, V. (2003). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá: Temis.
- Nisimblat, N. (2012). Derecho procesal constitucional y derecho probatorio constitucional en Colombia. *Estudios Constitucionales Vol. 10 No. 2*, 323-367.
- Nogueira, H. (2006). El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de competencias del tribunal constitucional de Chile y los efectos de sus sentencias. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 449-473.
- Nogueira, H. (2006). La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante. *Estudios Constitucionales AÑO 4 No. 1*, 97-124.
- Orjuela, C. (2004). ¿Tutela contra providencias judiciales? *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia No. 326*, 87-96.
- Pérez, F. (2005). El conflicto entre las altas cortes y la acción de tutela contra providencias judiciales. *V jornadas de derecho constitucional y administrativo* (págs. 201-253). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pérez, J. (2004). *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Temis.
- Presidencia de la República. (4 de Septiembre de 1991). Decreto 2067 de 1991. *Diario Oficial No. 40012*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- Presidencia de la República. (19 de Noviembre de 1991). Decreto 2591 de 1991. *Diario Oficial No. 40165*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- Quinzio, J. (2000). *Justicia constitucional en Chile*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Rey, E. (2004). Acción popular de inconstitucionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional No. 1*, 117-128.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

- Rey, E. (2010). *El derecho procesal constitucional, un nuevo concepto*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA.
- Robledo, P., & Roa, J. (2012). La jurisprudencia constitucional colombiana en el año 2011: hacia un concepto de familia incluyente la vis expansiva del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo y la acción pública de inconstitucionalidad. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional No. 16*, 553-589.
- Rodríguez, M. (2000). La dificultad contra-mayoritaria en el caso colombiano. Acción pública de inconstitucionalidad y democracia participativa. *Revista de Derecho del Estado No. 8*, 213-253.
- Rodríguez, M. (2005). *Minorías, Acción Pública de Inconstitucionalidad y Democracia Deliberativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez, M. (2011). La acción pública de inconstitucionalidad en su centenario y los orígenes del control abstracto y concentrado de constitucionalidad. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia No. 346*, 73-97.
- Romero, H. (2008). El consejo de estado como unificador de jurisprudencia. En C. d. Estado, & C. D'etat, *Memorias, Seminario franco-colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contenciosa administrativa* (págs. 96-107). Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- Rubio, F. (1992). Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional No. 35*, 9-39.
- Sáchica, L. (2008). El proceso integrador del control de constitucionalidad en Colombia. En E. Ferrer Mac-Gregor, & A. Lelo, *La ciencia del derecho procesal constitucional, Tomo III, Jurisdicción y control constitucional* (págs. 553-574). México: Universidad Nacional

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional & Marcial Pons.

Sánchez, N. (2012). La demanda de inexecutable configuración legal y jurisprudencial en Colombia. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal No. 38*, 161-199.

Sanín, R. (2004). *Libertad y Justicia Constitucional*. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Sentencia C-037 de 1996 (Corte Constitucional 1996).

Sentencia C-038 de 2006 (Corte Constitucional 2006).

Sentencia C-1052 de 2001 (Corte Constitucional 2001).

Sentencia C-1084 de 2008 (Corte Constitucional 2008).

Sentencia C-1294 de 2001 (Corte Constitucional 2001).

Sentencia C-131 de 1993 (Corte Constitucional 1993).

Sentencia C-352 de 2013 (Corte Constitucional 2013).

Sentencia C-400 de 2013 (Corte Constitucional 2013).

Sentencia C-442 de 2011 (Corte Constitucional 2011).

Sentencia C-445 de 1996 (Corte Constitucional 1996).

Sentencia C-491 de 2012 (Corte Constitucional 2012).

Sentencia C-539 de 2011 (Corte Constitucional 2011).

Sentencia C-557 de 2001 (Corte Constitucional 2001).

Sentencia C-569 de 2004 (Corte Constitucional 2004).

Sentencia C-581 de 2013 (Corte Constitucional 2013).

Sentencia C-588 de 2012 (Corte Constitucional 2012).

Sentencia C-634 de 2011 (Corte Constitucional 2011).

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Sentencia C-713 de 2008 (Corte Constitucional 2008).

Sentencia C-803 de 2006 (Corte Constitucional 2006).

Sentencia C-816 de 2011 (Corte Constitucional 2011).

Sentencia C-818 de 2011 (Corte Constitucional 2011).

Sentencia C-901 de 2003 (Corte Constitucional 2003).

Sentencia C-955 de 2001 (Corte Constitucional 2001).

Sentencia C-965 de 2003 (Corte Constitucional 2003).

Sentencia C-987 de 2005 (Corte Constitucional 2005).

Sentencia del 12 de febrero de 2010, 16758 (Consejo de Estado, Sección Cuarta 2010).

Sentencia del 14 de agosto de 2013, 19901 (Consejo de estado, Sección Cuarta 2013).

Sentencia del 14 de julio de 2009, 20001-23-31-000-2007-00244-01(IJ)AG (Consejo de Estado, Sala Plena 2009).

Sentencia del 21 de mayo de 2014, 05001-23-31-000-2006-02720-01(AP)REV (Consejo de Estado, Sección Cuarta 2014).

Sentencia del 24 de octubre de 2013, 46.696 (Consejo de Estado, Sección Tercera 2013).

Sentencia del 29 de mayo de 2014, 18915 (Consejo de estado, Sección Cuarta 2014).

Sentencia del 3 de febrero de 2009, 11001-03-15-000-2009-01268-00(AC) (Consejo de estado 2009).

Sentencia del 4 de abril de 2013, 46213 (Consejo de Estado, Sección Tercera 2013).

Sentencia del 4 de marzo de 2003, IJ-030 (Consejo de Estado, Sala Plena 2003).

Sentencia del 6 de Marzo de 2013, 24841 (Consejo de Estado, Sección Tercera 2013).

Sentencia del 8 de octubre de 2013, 08001-33-31-003-2007-00073-01(AP)REV (Consejo de Estado, Sala Plena 2013).

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Sentencia T-117 de 2007 (Corte Constitucional 2007).

Sentencia T-248 de 2008 (Corte Constitucional 2008).

Sentencia T-389 de 2006 (Corte Constitucional 2006).

Sentencia T-766 de 2008 (Corte Constitucional 2008).

Sentencia T-794 de 2011 (Corte Constitucional 2011).

Solano, É. (2007). La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional. En A. Julio, *Teoría Constitucional y Políticas Públicas* (págs. 521-614). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Trías, J. (2000). *Teoría de adjudicación*. San Juan: Editorial de la Universidad de Puerto Rico.

Trujillo, A. (2001). *El Estado y el derecho*. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Upegui, J. (2009). *Doce tesis en torno al concepto de Estado social de derecho. Discurso Jurisprudencial. Elementos. Usos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Uprimny, R. (2007). ¿En que esta el debate colombiano de la tutela contra sentencias? En R. Uprimny, J. Jaramillo, C. Botero, & L. Herreño, *Estado de Derecho y Sentencias Judiciales. Seguridad Jurídica y Garantismo* (págs. 57-76). Bogotá: Instituto Latinoamericano para una Sociedad y Derecho Alternativos.

Vargas, A. (2012). Sentencias de unificación jurisprudencial . Fuerza vinculante del precedente jurisprudencial. En C. d. Estado, & B. d. República, *Instituciones del derecho administrativo en el nuevo código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011* (págs. 125-140). Bogotá: Consejo de Estado & Banco de la República.

Vélez, J. (2011). El control concreto de constitucionalidad. *Revista de Derecho Público No. 5*, 19-75.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL DERECHO VIVIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Vivares, L. (2009). La acción de inconstitucionalidad como proceso voluntario. *Revista*

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas No. 111, 357-377.

Younes, D., & Mejía, M. (2006). *Descongestión de la jurisdicción contenciosa administrativa,*

Tomo I. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura & Deutsche Gesells Für Technische

Zusammenarbeit (GTZ) GMBH.

Zagrebel'sky, G. (2008). *El derecho dúctil.* Madrid: Editorial Trotta.

Zagrebel'sky, G. (2008). Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en

Italia. En E. Ferrer, & A. Lelo, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Tomo*

VIII. Procesos Constitucionales Orgánicos (págs. 413-427). México: Universidad

Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional

& Marcial Pons.