

Segunda parte

Doctrina y Jurisprudencia



Revista de la Academia
Colombiana de Jurisprudencia
Julio-diciembre 2022

DE LA UNIDAD A LA PLURALIDAD DE LAS JURISDICCIONES PARA EL CONTROL JUDICIAL Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN COLOMBIA*

Jorge Enrique Ibáñez Najjar**
Académico correspondiente

Durante la construcción de la República, sea en sus albores entre 1811 y 1816, o, posteriormente, cuando tratamos de hacerlo integrados entre 1821 y 1830 con la República de Colombia, y más tarde, de manera independiente, al configurar nuestro primer Estado Unitario de la Nueva Granada de 1832 a 1854, y seguidamente, cuando nos insertamos en el modelo de Estado compuesto mediante la creación de la Confederación Granadina, entre 1854, 1858-1863, y después con la Federación de los Estados Unidos de Colombia, entre 1863 y 1885, tratamos de crear y mantener una sola jurisdicción para resolver las controversias entre los particulares,

* Discurso de Ingreso como Miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia – Sesión Solemne del 18 de agosto de 2022.

** Magistrado de la Corte Constitucional; abogado y especialista en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Javeriana y Magíster en Derecho, con énfasis en Derecho Administrativo, de la Universidad Sergio Arboleda de Bogotá; DEA, Magíster en Derecho Internacional Público, doctor *Suma Cum Laude* en Derecho, y posdoctor en Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional de la Universidad Alfonso X El Sabio, de Madrid, España. Destacado investigador en Derecho Constitucional, Administrativo, Económico, Derecho Internacional y Derecho Privado. Ha sido árbitro nacional e internacional y promotor de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, especialmente como Amigable Componedor. Fue

o entre estos y la organización estatal. Empero, también desde 1886, tratamos de crear dos o tres jurisdicciones con el mismo propósito, y desde comienzos del siglo XX, Colombia fue uno de los primeros países del mundo occidental que caminó hacia la pluralidad de jurisdicciones para el ejercicio del control judicial, tanto de la actividad pública, como de la actividad privada, para de esa manera garantizar el ejercicio eficiente y diligente de la administración de justicia, con jueces naturales debidamente preparados y especializados para dicha función y servicio. Así, sin perjuicio de mantener y fortalecer la jurisdicción ordinaria, Colombia se volvió pionera en la promoción y consolidación de la jurisdicción constitucional y de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, ellas dentro del antiguo Poder Judicial, o, desde 1945, en la rama judicial del Poder Público, desde donde se han desarrollado y fortalecido con los cambios que exigen las actuales circunstancias y tendencias.

No obstante, desde hace algunos años se ha vuelto a plantear la posibilidad de volver al modelo inacabado del finales del siglo XIX, para devolvernos al pasado y terminar de construir una sola jurisdicción con una Suprema Corte a su cabeza, y con ello renunciar al amplio desarrollo y consolidación logrado en el siglo XX y en lo que va corrido del siglo XXI en la defensa del orden jurídico, de los derechos humanos y, en general del Estado de derecho.

En este escrito demostraré que Colombia siempre quiso avanzar en la construcción de una pluralidad de jurisdicciones. Las ha desarrollado, y hoy constituyen un modelo ejemplar de amplia referencia tanto latinoamericana, como universal, que técnica y políticamente no es posible abandonar y, por el contrario, es preciso fortalecer y consolidar, precisamente porque nuestro país fue el creador para el mundo de la acción pública de inconstitucionalidad, que junto con los demás medios de control

conjuez del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, del Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil y de la Corte Constitucional. Se ha desempeñado como profesor universitario y director de especializaciones de Derecho Administrativo, Derecho Sustantivo y Contencioso Constitucional en diferentes universidades del país. Fue asesor de la Asamblea Nacional Constituyente de Colombia en 1991, de la Asamblea Constituyente de Ecuador, en 1997, y de los procesos constituyentes en República Dominicana, en 1998. También ha sido consultor en diferentes áreas de la administración pública, en procesos de reestructuración y modernización del Estado. Contacto: jorgeibaneznajar@gmail.com

judicial de la actividad legislativa han servido para construir la jurisdicción constitucional, siendo, además, uno de los primeros Estados en crear en la rama Judicial una jurisdicción especializada para controlar la actividad administrativa.

La necesidad del Tribunal Constitucional para la guarda, integridad y supremacía de la Constitución Política

El control sobre los actos expedidos por los funcionarios públicos –y aun el control sobre los actos de los jueces– tiene entre nosotros un origen remoto, que nos invita a seguir investigando el tema con toda profundidad y rigor científico.

En efecto correspondió en principio a la Real Audiencia de Santo Domingo conocer de las apelaciones que los súbditos interponían contra los actos de los gobernadores y de los jueces. Cuando se expidió la Real Cédula de 17 de julio de 1549, promulgada en Valladolid, que erigió la Real Audiencia de Santa Fe desmembrándola de la de Santo Domingo –y que abarcaría a las provincias del Nuevo Reino, Santa Marta, Río de San Juan, Popayán lindando con Quito, Guayana o Dorado y Cartagena–, a la Nueva Audiencia le correspondió conocer de este tipo de apelaciones. Fray Pedro de Aguado en su *Recopilación Historial Resolutoria del Nuevo Reino de Granada*,¹ en efecto, nos dice:

Desde que el General Ximénez de Quesada descubrió y pobló esta tierra del Nuevo Reino de Granada, que fue en el año treinta y siete, hasta el año cincuenta, siempre fue sufragana de la Audiencia de Sancto Domingo, donde yban con las apelaciones que se interponían de los gobernadores y de sus juezes y hera tan larga la navegación que desde el Nuevo Reyno a Sancto Domingo ay, y de tantos peligros y rriesgos, así de agua como de tierra, que muchas personas perdían su justicia e la dexaban perder, y pasaban por muchas fuervas y agrauios e sin justicias que no solos los gobernadores peros sus thenientes y cualesquier alcaldes los hazian, e solo por no ponerse a una larga y peligrosa ytineración, porque desde la cybdad de Sancta Fee a la de Cartagena ay casi dozientas leguas, que todas caminaban por el Rio Grande de la Madalena...

¹ Citado por Diego URIBE VARGAS, *Las Constituciones de Colombia*, I (Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1977), 23-24.

A principios del siglo XVIII, al operarse en Europa y muy especialmente en Francia, un movimiento ideológico enderezado a desacreditar a los gobiernos despóticos y a prestigiar la evolución hacia las monarquías limitadas o los gobiernos republicanos, tuvo su mayor auge la “teoría de la separación tripartita de los poderes”.² En esta época, más precisamente en el año de 1748 con la aparición de *El Espíritu de las Leyes*, el Barón de Montesquieu³ presentó su teoría acerca de la libertad, y, con ella, su teoría acerca de la “división tripartita del poder”, por lo que, a raíz de sus exposiciones, se ha dicho que el poder público, el del Estado, siendo uno, se dividía en tantas partes cuantas fueran las funciones públicas esenciales para garantizar el ejercicio de la soberanía en una comunidad política frente a las demás, para quedar, como consecuencia, tres poderes distintos; al tiempo que a fin de garantizar que un poder no se inmiscuyera en los asuntos de los demás, se predicó de cada uno de ellos que era autónomo e independiente en forma absoluta. Se trataba, entonces, de una separación orgánica que garantizaba una separación funcional. Cada uno de los poderes públicos ejercería solo una función pública y ninguno podría ejercer las funciones de los otros. Por tal razón, para Montesquieu, “... los jueces de la nación no son ni deben ser más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes, sino simplemente la boca del legislador”.

Ello significa que el debate solo vino a plantearse, por primera vez, en los Estados Unidos de América, tal y como se registra en los estudios sobre la Constitución que rige a ese país desde marzo de 1789. Más precisamente, con motivo del Proyecto de Constitución, expedido por la Convención de Filadelfia reunida entre el 14 de mayo y el 17 de septiembre de 1787 y, más tarde, ratificado por el pueblo de cada Estado. Así lo destacan Alejandro Hamilton, Santiago Madison y Juan Jay, quienes fueron los primeros en desarrollar la “teoría de la supremacía constitucional y del control consti-

² Con Fenelon, primero, pidiendo limitar el poder de los reyes; con el abade de Saint Pierre y el Marqués D’Argenson, después, bregando por un mayor control de la autoridad, aquel, y procurando este destruir el feudalismo y abatir las diferencias aristocráticas, y, finalmente, con Montesquieu en sus obras *Las cartas persas*, *Consideraciones sobre las causas de la grandeza de los romanos y su decadencia* y *El espíritu de las leyes*.

³ Para lo cual recurre, necesariamente, al pensamiento expuesto por sus antecesores sobre este tema, a saber: Hobbes, Grotins, Pufendorf, Locke, Gravina y otros.

tucional a cargo de los jueces”, como se puede leer de los 85 ensayos que escribieron entre octubre de 1787 y mayo de 1788 en tres periódicos de la ciudad de Nueva York en apoyo de la Constitución norteamericana, y que se encuentran condensados en el libro *El Federalista* —obra que la Suprema Corte de Justicia de esta nación norteamericana considera de gran peso por la forma como interpreta la Constitución de aquel país—.

En efecto, en la edición de Mclean, Nueva York, MDCCXXXVII, en *El Federalista*, LXXVIII, se lee: ⁴

La independenciam completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada. Por Constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, como por ejemplo, la de no dictar decretos que impongan penas e incapacidades sin previo juicio, leyes *ex post facto*, y otras semejantes. Las limitaciones de esta índole solo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta.

[...]

El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento en que son contrarios a la Constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que los sostiene implicaría la superioridad del poder judicial frente al legislativo. Se argumenta que la autoridad que puede declarar nulos los actos de la otra necesariamente será superior a aquella de quien proceden los actos nulificados. Como esta doctrina es de importancia en la totalidad de las constituciones americanas, no estará de más discutir brevemente las bases en que descansa.

[...]

No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante; que el servidor es más que el amo; que los representantes del pueblo son superiores

⁴ HAMILTON, MADISON y JAY, *El Federalista*. Primera reimpresión (México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1974), 331-33.

al pueblo mismo, y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no solo lo que estos no permiten, sino incluso lo que prohíben.

[...]

Si se dijere que el cuerpo legislativo por sí solo es constitucionalmente el juez de sus propios derechos y que la interpretación que de ellos se haga es decisiva para los departamentos, es lícito responder que no puede ser esta la presunción natural en los casos en que no se colija de disposiciones especiales de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.

[...]

Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Solo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.

Ahí está, antes de terminar el siglo XVIII, en la voluntad de los constituyentes de 1787 y en la Constitución misma, el inicio del principio de supremacía constitucional y del control judicial de constitucionalidad.

No obstante lo anterior, algunos tratadistas dicen encontrar solo a comienzos del siglo XIX el alcance de la teoría de la supremacía constitucional y, con ella, del control de constitucionalidad a cargo del juez, en la interpretación que en 1803 la Suprema Corte de los Estados Unidos de América,

bajo la influencia del juez Marshall, hizo de un artículo constitucional en el caso *Marbury contra Madison*, a partir del cual dicha Corte siempre ha afirmado su poder de examinar la constitucionalidad de las leyes.⁵

En cualquier caso, lo cierto es que, desde finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, América hizo y sigue haciendo importantes aportes sobre el tema, y aunque construyó su propio modelo de control constitucional, fundado en el mismo aparato estatal sin distinción de la justicia ordinaria, goza de gran prestigio por su eficiencia y eficacia para la sociedad americana.

En principio, podría afirmarse que Colombia trató de matricularse en el sistema americano de control constitucional, pero con algunas diferencias específicas, siendo una de ellas la existencia de un control de constitucionalidad por vía activa, esto es, previo el ejercicio de la acción que podría intentar cualquier ciudadano, y sin perjuicio de los controles previo y automático de constitucionalidad que se fue incorporando a lo largo del siglo XX.

En efecto, en el caso colombiano, las Constituciones políticas del siglo XIX (1811, 1858, 1863 y 1886) y la primera Reforma Constitucional del siglo XX (1910) fueron diseñando un especial sistema de control, hasta que definitivamente se adoptó la tesis del control constitucional a cargo del juez y más precisamente de la más alta corporación judicial, previo ejercicio de la acción pública de inexecutable o inconstitucionalidad.

Así, por ejemplo, en la Constitución de Cundinamarca de 30 de marzo de 1811, en el artículo 9 del Título I, se instituyó una especie de Corte Constitucional que se denominó Senado, que desempeñaba funciones distintas a las legislativas, encargado de sostener la Constitución y garantizar los derechos ciudadanos. Dice así su texto:

Habrá un Senado de censura y protección, compuesto de un presidente, que lo será el vicepresidente de la Representación Nacional, y cuatro miembros, para sostener esta Constitución y los derechos del pueblo, *a fin de*

⁵ La historia constitucional de los albores del siglo XX registra, a su vez, la importantísima discusión sobre el particular, sostenida en Europa a partir de “La defensa de la Constitución”, expuesta por Carl Schmitt, y la exposición sobre “Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, hecha a su vez en respuesta a la anterior por Hans Kelsen.

*que de oficio o requerido por cualquiera ciudadano, reclame cualquiera infracción o usurpación de todos o cada uno de los tres poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial que sea contra el tenor de la Constitución.*⁶ (Énfasis agregado)

Justamente, aquí encontramos el antecedente colombiano más preciso acerca de la supremacía constitucional y de la acción pública de inconstitucionalidad. Este Senado formaba parte, eso sí, del entonces “Poder Judicial”, tanto que era su cabeza fundamental, según se lee en el artículo 3 del Título VII: “El primer tribunal de la Provincia preferente a todos los demás es el Senado, después siguen los de apelación; últimamente los jueces de primera instancia...”, y su objeto principal era “... velar sobre el cumplimiento exacto de esta Constitución e impedir que se atropellen los derechos imprescriptibles del pueblo y del ciudadano” (art. 4).

Posteriormente, la Constitución Política para la Confederación Granadina, expedida en 1858, por primera vez le atribuyó a la Corte Suprema de Justicia la facultad de “suspender la ejecución de los actos de las Legislaturas de los Estados, en cuanto sean contrarios a la Constitución o a las leyes de la Confederación, dando cuenta de la suspensión al Senado”, pero le atribuyó a este último la facultad para decidir “... definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos” (art. 50). Al mismo tiempo, se facultó a la Corte Suprema de Justicia para oír la consultas que le dirigieran los jueces y tribunales de la confederación sobre la inteligencia de las leyes nacionales, con la obligación de dirigirlas al Congreso, expresando su opinión sobre la manera de resolverlas (art. 51).

A su vez, la Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia, promulgada en 1863, le atribuyó a la Corte Suprema de Justicia la facultad de “*suspender, por unanimidad de votos, a pedimiento del Procurador General o de cualquier ciudadano*, la ejecución de los actos legislativos de las Asambleas de los Estados, en cuanto sean contrarios a la Constitución o a las leyes y la unión, dando en todo caso, cuenta al Senado”, para que este último decidiera “definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos”.

⁶ Esta institución pudo tener como antecedente el Senado como defensor de la Constitución, previsto en la Constitución francesa de 1799.

Más adelante, la Constitución Política de la República de Colombia, expedida en 1886, le encomendó a la Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal de justicia, la atribución de decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hubieran sido objetados por el gobierno como inconstitucionales (art. 151, núm. 4).

Sin embargo, el principio de la supremacía constitucional aún no se encontraba desarrollado por nuestro ordenamiento jurídico fundamental, máxime si se tiene en cuenta que la Ley 153 de 1887 determinó en su artículo 6 que "... una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se refuta constitucional, y se aplicará, aun cuando parezca contraria a la Constitución."

Fue la Ley 2 de 1904, la que en su artículo 2 le dio competencia a la Corte Suprema para, a solicitud de cualquier ciudadano y previa audiencia del Procurador General de la Nación, declarar la exequibilidad o inexequibilidad de los decretos legislativos dictados en ejercicio del artículo 121 de la Constitución. La norma decía:

Artículo 2.- La Corte Suprema de Justicia, *a solicitud de cualquier ciudadano* y previa audiencia del Procurador General de la Nación, decidirá definitivamente, en Sala de Acuerdo, sobre la validez o nulidad de los decretos legislativos de conformidad con el artículo anterior y con lo dispuesto en la Constitución Nacional, en la materia. (Énfasis agregado)

Recogiendo los dos antecedentes mencionados, el Acto Legislativo 3 reformativo de la Constitución de 31 de octubre de 1910 estableció en el artículo 41:

A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren esta y las leyes, tendrá la siguiente:

Decidir definitivamente sobre la inexequibilidad legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.

Simultáneamente, eliminó el esperpento jurídico contenido en el artículo 6 de la Ley 153 de 1887, y dispuso en el artículo 4: "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales".

El Acto Legislativo 1 de 1945 determinó en el artículo 53 reformativo del artículo 147 de la Carta:

A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren esta y las leyes, tendrá la siguiente:

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que han sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, o sobre todas las leyes o decretos dictados por el gobierno en ejercicio de las atribuciones que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 69 y el artículo 117 de la Constitución Política, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

[...]

En las acciones de inexequibilidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación.

De esta manera, limitó el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad ante la Corte, solo a los tres casos mencionados, y mantuvo el principio de supremacía constitucional y, con él, la excepción de inconstitucionalidad, en el artículo 148.

Además, el mencionado Acto Legislativo de 1945 instituyó, como función nueva en la Constitución atribuida ahora al Consejo de Estado, la facultad de conocer de las acusaciones de inconstitucionalidad de los demás decretos expedidos por el gobierno. En efecto, dispuso en el artículo 41:

Corresponde a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los ordinales 11 y 12 del art. 69 y el artículo 117 de esta Constitución.

Con la reforma constitucional de 1968, cuyas disposiciones en esta materia estaban contenidas en los artículos 214 y 216 de la Constitución anterior y que estuvieron vigentes hasta 1991, la Constitución Política consagró el control jurisdiccional de la constitucionalidad de todas las leyes y en relación con todos los motivos de sustancia y forma y el de los decretos con fuerza de ley, ya por la vía de la acción pública, para unos, o por virtud del control automático, para otros, y como complemento el control de constitucionalidad ante el Consejo de Estado, por medio de la acción pública

de nulidad, ejercitable en cualquier tiempo respecto de los demás decretos dictados por el gobierno.

Entre tanto, Europa diseñó su propio modelo de justicia constitucional a partir del profesor de la Escuela de Viena, Hans Kelsen, que se basó en la existencia de un especial tribunal o de una jurisdicción constitucional, dedicada exclusivamente a ejercer el control judicial de constitucionalidad, previo ejercicio de acciones, de cuestiones o de otros mecanismos de control de constitucionalidad por las autoridades políticas o judiciales, e incluso por los particulares. Hans Kelsen propugnó por la defensa de la Constitución a cargo del juez, en ejercicio de la función judicial, como la de cualquier tribunal, pero concentrada en un tribunal constitucional.

Con fundamento en sus principios tutelares se crearon varios tribunales constitucionales en Europa después de la Primera Guerra Mundial, entre esta y la Segunda Guerra Mundial, y posterior a ella.

Carl Schmitt, luego de hacer una amplia presentación de los sistemas de control constitucional previstos en Europa durante el siglo XIX y hasta la tercera década del siglo XX, lo que incluye el análisis de los jueces o tribunales judiciales como guardianes de la Constitución, prácticamente indica que por esta vía se llega a la politización de la justicia y a una notable disfunción en el esquema de la distribución del poder, por lo que señala la necesidad de buscar otro guardián, cuya solución, dice, "... es la figura del jefe del Estado, que al ser plebiscitado directamente por el pueblo, puede actuar con independencia de los partidos como instancia verdaderamente suprema y neutral".⁷

Kelsen, en su réplica a Schmitt, insiste en que sea un tribunal constitucional el *Defensor de la Constitución*, obrando como juez de constitucionalidad.⁸

Hoy en día, el modelo Europeo de control constitucional se ha expandido, de manera considerable y exitosa,⁹ e inclusive ha empezado a desplazar

⁷ Carl SCHMITT, *La defensa de la Constitución*. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución. Prólogo de Pedro Vega (Madrid: Tecnos, 1983).

⁸ Hans KELSEN, ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Estudio preliminar de Guillermo Casió. Traducción y notas de Roberto J. Bric, 3ª reimpresión (Madrid: Tecnos, 2002), 112.

⁹ Cfr. Louis FAVOREO, *Los Tribunales Constitucionales* (Barcelona: Ariel, 1994).

al modelo americano. Y Colombia no se quedó atrás, pues resultó ser, además, uno de los pioneros del sistema en América Latina. Ahora, el modelo colombiano sigue de cerca al modelo Europeo, especialmente al previsto en la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania de 1949 y el contenido en la Constitución española de 1978, pero mantiene rasgos propios, que fue construyendo a lo largo del siglo XX, para que opere como un sistema difuso de constitucionalidad y para que ponga en funcionamiento varias clases de control, a saber: previo, excepcional o automático, y, posterior, también automático, y por vía activa o mediante el ejercicio de acción.

En efecto, la Constitución colombiana de 1991 instituyó la jurisdicción constitucional con el mismo objeto: guardar la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos establecidos en ella y en la ley, para lo cual creó la Corte Constitucional, que tiene a su cargo ejercer en forma principal dicha atribución, para lo cual cumple las siguientes funciones, previstas en el artículo 241 de la carta:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación.
2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, solo por vicios de procedimiento en su formación.
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos solo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.
4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de

la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

6. Decidir sobre las excusas que presente toda persona natural o jurídica para abstenerse de acudir ante cualquier Comisión permanente que la emplace para que en sesión especial rinda declaraciones orales o escritas, aún bajo juramento, sobre hechos relacionados directamente con las indagaciones que la Comisión adelanta.
7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.
8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que sean objetados por el Gobierno como inconstitucionales y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
9. Revisar, en la forma prevista en la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.
10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los debe remitir a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano puede intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno puede efectuar el canje de notas, pero en caso contrario no pueden ser ratificados. A su vez, cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República solo puede manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

El Acto Legislativo 2 de 2015 le atribuyó la competencia de dirimir los conflictos de jurisdicción, función que la Corte entró a ejercer a partir de 2021.

Al mismo tiempo, el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política le atribuye al Consejo de Estado conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, con lo cual se creó

una acción nueva, de rango constitucional, distinta de la acción de simple nulidad prevista en el Código Contencioso Administrativo (CCA), como un medio de control jurisdiccional sobre la actividad administrativa y de la cual el Consejo de Estado conoce, en única o segunda instancia, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conforme a la regla prevista en el numeral 1 del artículo 237 de la Constitución. Como se trata de una acción distinta, distinta también es la función que en este caso cumple el Consejo de Estado, no como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, sino como órgano de control constitucional residual para conocer de la constitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno cuya competencia no fue atribuida a la Corte Constitucional.

Finalmente, la Ley, con sujeción a la Constitución, le atribuye a los tribunales administrativos la facultad para resolver en forma definitiva sobre la constitucionalidad de los proyectos de ordenanza o de los proyectos de acuerdo, objetados por los gobernadores y alcaldes, respectivamente, o para conocer de su constitucionalidad o legalidad, una vez sean demandados ante ellos por cualquier persona.

En todo caso, en medio de la discusión histórica antes descrita, el modelo colombiano ha emergido como un sistema propio, construido sobre sus propios antecedentes, entre los cuales se destaca, especialmente, el derecho español, el cual tuvo un importante papel a través del derecho indiano en la construcción de un sistema de control que permitiera reducir los excesos de poder, pero, ante todo, un sistema que permitiera controlar los actos públicos de las distintas autoridades.

Recientemente, algunos propugnan por volver al sistema americano puro, restringiendo igualmente la acción pública o ciudadana de inconstitucionalidad.

La discusión no se ha agotado, y mucho menos cuando se profundiza en las características de los mecanismos que cada sistema debe usar para hacer efectivo el control de constitucionalidad, esto es, sobre el alcance del control, sobre el contenido de las decisiones, sobre los efectos en el tiempo de las sentencias, sobre los efectos respecto de los destinatarios de la decisión, o sobre la generalidad, cuando la decisión debe hacer tránsito a cosa juzgada constitucional y producir efectos, *erga omnes*, sobre las

potestades, facultades y atribuciones del tribunal constitucional al producir la decisión, etc.

¿Cómo debe ser el control constitucional, hasta dónde debe llegar y, en suma, qué se pretende del juez constitucional? Ello no es posible identificarlo, si no se conoce qué se entiende por Constitución, cuál es el alcance del poder constituyente y del poder constituido.

Como lo expone en su libro José Ángel Marín,¹⁰ *El poder constituyente, pueblo, soberanía popular*, mediante dos declaraciones de voluntad, crea la Constitución y sus distintos componentes, por una parte, y por la otra, al Tribunal Constitucional, como órgano encargado, de que aquella se haga efectiva. El Tribunal Constitucional es un órgano derivado de la Constitución y, aun teniendo atribuciones decisivas en su desarrollo e interpretación, está previsto como un mecanismo al servicio de la propia Constitución. Por ello, este autor cita una frase muy interesante, que al parecer se ha convertido en aforismo: “Dime lo que piensas de la justicia constitucional y te diré lo que opinas de la Constitución”, frase que, dice, fue esgrimida por Eduardo García Enterría con ocasión del primer número de la *Revista Española de Derecho Constitucional*.

Así, al decir del profesor García de Enterría:¹¹

La Constitución, por una parte configura y ordena los poderes del Estado por ella construidos, por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe de cumplir en beneficio de la comunidad.

García señaló que la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, dirigido no solo a los órganos del poder, sino, al mismo tiempo, a los ciudadanos. La Constitución no es simplemente una norma, sino, precisamente, la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, la *lex superior*; por varias razones, entre las cuales se encuentra la de definir la fuentes formales del derecho, de tener el carácter de permanencia o duración, superlegalidad material que equivale el atribuirle

¹⁰ José Ángel MARÍN, *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional* (Barcelona: Ariel, 1998), 28.

¹¹ *Ibidem*, 49.

preeminencia jerárquica sobre las demás normas o superlegalidad formal o rigidez constitucional, que significa el imponer formas reforzadas de cambio o modificación de la Constitución.

Ahora bien, si se tiene una norma jurídica constitutiva de la vida en sociedad, que alcanza ese apelativo de *lex superior*, lo natural es que haya alguien que la defienda y que la misma se aplique, para lo cual debe existir no solo un intérprete de la misma, sino un defensor, como diría Kelsen. A su turno, agrega José Ángel Marín que, la Constitución no es solo un texto normativo, sino que en ella se produce la expresión de todo un sistema de valores.

Por tanto, la Constitución es el soporte político y jurídico del ente que forma, es la estructura del Estado que crea, con sus competencias, su forma de gobierno, sus órganos y las relaciones entre gobernantes y gobernados, en suma, es el acto de voluntad política esencial que, al expedirse y ser acatado, se convierte en el fundamento político y normativo del sistema que organiza. Con la expedición de la Constitución, el poder político se institucionaliza, pues, a partir de ahora, su ejercicio será normado o reglado. No habrá poder político, fuera del que ha sido acatado por todos; así a esa decisión se llegue a través de la aceptación libre de la voluntad general o por el temor saliente de una fuerza lo suficientemente capaz de inferir respeto y obediencia. Cuando esa aceptación general de respeto y obediencia hacia esa normatividad jurídica fundamental desaparezca, quiere decir que la estructura del Estado tambalea y puede desaparecer también para dar paso a una nueva.

Entonces, con la Constitución se institucionaliza el poder político, y en ella se determina en adelante el poder político constituido, y como la Constitución es la estructura del Estado, el poder constituido será, también, el poder del Estado. La Constitución es el puente esencial entre el poder político no regulado y el poder político constituido obra del poder constituyente primario. Mantener firme ese puente a lo largo de los años, adecuarlo a los normales cambios y a las transformaciones sociales, políticas y económicas, y, en fin, remozarlo o reformarlo, de acuerdo con las condiciones del tiempo y del medio, será la obra del constituyente secundario; labor que no puede ir más allá de adecuar la estructura, conservándola sin variar

su esencia, so pena de tocar los linderos del constituyente primario, que implica derruir lo existente y levantar una nueva obra.

El carácter supremo del constituyente hace de las normas fundamentales, consignadas en la Constitución o estructura política, la fuente de validez del poder constituido en el Estado de donde nace el principio de superioridad de la Constitución sobre la ley y las demás normas del orden jurídico, y, a su vez, del cual se deriva la posibilidad de analizar y juzgar la validez de la voluntad del poder constituido, tanto en sentido formal como material, mediante el empleo de los controles de constitucionalidad, a fin de mantener invulnerable el espíritu y la fuerza de la decisión política fundamental.

El poder constituido es el poder público del Estado, esto es, el poder político ahora reglado o normado del cual se deriva el funcionamiento de la organización política creada. En otros términos, el poder constituido será el poder público del Estado, poder dentro del cual se encuentra el defensor de la Constitución, esto es el Tribunal o Corte Constitucional.

Según Kelsen,¹² *Defensor de la Constitución* significa un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones, por lo cual se habla, por regla general, de una “garantía” de la Constitución. En consecuencia, la violación de esa garantía de las normas contenidas en la Constitución vienen por vía de acción o de omisión, esto es, por ejemplo, por una ley o por una decisión, o por una autoridad que omite su cumplimiento.

En consecuencia, es preciso entender la naturaleza de un Tribunal Constitucional y su finalidad a fin de poder atribuirle sus funciones, como la de aceptar el papel que cumple en la guarda, integridad y defensa de la Constitución, como garantía del respeto y efectividad de los derechos y del correcto ejercicio de las competencias como límites del poder para evitar su abuso en su ejercicio.

Trátase de un Estado de derecho o de un Estado constitucional, es indiscutible, hoy en día, la necesidad de que exista un guardián de la Constitución, y para tal efecto se ha señalado que, sea que se adopte el modelo americano o el modelo europeo de control constitucional, dicho guardián

¹² KELSEN, *Quién debe ser el Defensor...*, 3.

del orden constitucional debe ser el juez constitucional, encarnado en un tribunal autónomo e independiente, con capacidad suficiente para cumplir ese papel frente al resto de los órganos del poder constituido y frente a los ataques ilegítimos del resto de la sociedad, sin más límites que los definidos por la propia carta constitucional.

Colombia, con un poder público unificado, a través de órganos que se agrupan en ramas y en organizaciones, con funciones separadas, pero que colaboran armónicamente para la realización de los fines del Estado, hizo un tránsito de una jurisdicción constitucional, montada sobre la jurisdicción ordinaria entre 1886 hasta 1991; con un control ejercido por la Corte Suprema con participación de todos los magistrados de todas las especialidades, hacia una jurisdicción autónoma a partir de la Constitución de 1991, especializada, aunque el origen de sus magistrados sea de diverso orden; que tiene a su cargo ejercer tanto el control abstracto de constitucionalidad como la revisión eventual de las decisiones de los jueces de tutela en la protección de los derechos fundamentales, lo cual la ha convertido en un arquetipo de control constitucional, que otros países han venido imitando y que los más experimentados observan con profundo respeto y admiración.

Su actividad ha sido cuantitativa y cualitativamente muy superior a la que cumplió, por muchos años, la Corte Suprema de Justicia, y sus decisiones tienen por finalidad la efectividad de los derechos fundamentales del nuevo Estado social y democrático de derecho, el respeto del orden constitucional y, en general, el Estado de derecho.

La jurisdicción contencioso-administrativa y su Tribunal supremo, como tribunal de casación

Por su parte, repárese que el artículo 136 de la Constitución, expedido el 5 de agosto de 1886, conservó el Consejo de Estado, compuesto de siete individuos, a saber: el vicepresidente de la República, que lo presidía, y seis vocales, nombrados con arreglo a la Constitución. En él los ministros del despacho tenían voz, pero no voto; correspondía al Consejo de Estado de aquella época, entre otros asuntos, actuar como cuerpo supremo consultivo del gobierno en asuntos de administración, debiendo ser, necesariamente, oído en todos aquellos que determinaran la Constitución y las leyes; así

como, preparar los proyectos de ley y los códigos que debieran presentarse a las Cámaras y proponer las reformas que juzgare convenientes en todos los ramos de la legislación, y decidir, sin ulterior recurso, las cuestiones contencioso-administrativas, y si la ley estableciere esta jurisdicción, ya debiera conocer de ellas en primera y única instancia, o ya en grado de apelación, caso en el cual el Consejo tendría una sección de lo contencioso-administrativo con un fiscal.

En esa misma tendencia hacia la pluralidad, el artículo 164 de esa Constitución de 1886 determinó que la ley podría establecer la jurisdicción contencioso-administrativa, instituyendo tribunales para conocer de las cuestiones litigiosas ocasionadas por las providencias de las autoridades administrativas de los departamentos y atribuyendo al Consejo de Estado la resolución de las promovidas por los centros superiores de administración.

El Acto Legislativo 10 de 1995 suprimió el Consejo de Estado, pero el artículo 42 del Acto Legislativo 3 de 1910, expedido por la Asamblea Nacional de Colombia, determinó que la ley establecería la jurisdicción contencioso-administrativa. A su vez, el Acto Legislativo 1 del 10 de septiembre de 1914, expedido por el Congreso de la República, dispuso que habría un Consejo de Estado, al que se le atribuyó, entre otras, desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conforme a las reglas que señalara la ley. Esta, en sus distintas versiones hasta 1964, le atribuyó al Consejo de Estado, únicamente, competencias para actuar como tribunal de única y segunda instancia, con lo cual quedó sin estrenar la misión y, al mismo tiempo, la función del Consejo de Estado de obrar como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.

Lo esencial de un Tribunal Supremo es que sea el tribunal de cierre, y, de acuerdo con la regulación constitucional y legal de cada Estado, puede ser uno o pueden existir varios, según haya o no pluralidad de jurisdicciones. En algunos Estados, la jurisdicción contencioso-administrativa está incorporada dentro del poder judicial, y si existe un solo Tribunal Supremo, este tiene varias salas de casación, a través de las cuales obra como tribunal de cierre, luego del trámite del recurso extraordinario de casación y, por ello, cuenta con salas de casación civil, Penal, Laboral y Contencioso-administrativa. Cuando existe una pluralidad de tribunales (el Supremo

y el Constitucional) la jurisdicción contencioso-administrativa cuenta con una sala de casación en el Tribunal Supremo, y, cuando existe jurisdicción contencioso-administrativa separada de la jurisdicción ordinaria y, en consecuencia, en la Suprema Corte o en el Tribunal Supremo no se cuenta con una sala de casación contencioso-administrativa, dicha jurisdicción debe contar con su propio Tribunal Supremo, precisamente para que tramite y decida, principalmente, el recurso de casación.

Empero, como se podrá observar, al Consejo de Estado colombiano se le atribuyó obrar como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo desde la reforma constitucional de 1914, pero la ley no le atribuyó la facultad de tramitar y decidir recursos de casación. Solo hasta el año de 1984, a propuesta de los consejeros de Estado Jorge Valencia Arango y Carlos Betancur Jaramillo, el Código Contencioso Administrativo, contenido en el Decreto 01 de ese año, creó el recurso extraordinario de anulación, que era una figura próxima al recurso de casación, pero este fue suprimido en 1989, y, aunque vuelto a crear como recurso extraordinario de súplica, finalmente desapareció del mundo del derecho colombiano. Cuando en 2008 se quiso introducir el recurso de casación, la Corte Constitucional lo impidió, con los argumentos que más adelante se exponen. Por ese motivo, finalmente, se truncó la aspiración de que el Consejo de Estado sea un Tribunal Supremo, como lo manda la Constitución Política, aunque con posterioridad se trató de desarrollar esta condición, principalmente mediante el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia de que trata el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contenido en la Ley 1437 de 2011.

No obstante el esfuerzo del legislador ordinario de 2011 por tratar de encontrar una figura que le permita al Consejo de Estado obrar como tribunal de cierre de la jurisdicción y como tal, Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, ello no se logrará hasta tanto se le atribuya conocer, tramitar y decidir el recurso extraordinario de casación en esta jurisdicción. Hasta 1996 hubo un escollo normativo y organizacional: no existían en la base de la jurisdicción juzgados de única y de primera instancia y, por ello, esa labor la cumplían los Tribunales Administrativos, lo que obligó tratar al Consejo de Estado como un tribunal de instancia –de única o segunda instancia– y no como un tribunal supremo. La Ley Estatutaria

de Administración de Justicia 270 de 1996 creó la categoría de jueces administrativos, y la ley les atribuyó sus competencias en única y primera instancia, mientras que a los tribunales administrativos se les atribuyeron competencias de única, segunda y primera instancia, al tiempo que se le atribuyeron competencias de instancia al Consejo de Estado. Varios años tomó crear los Juzgados Administrativos, que solo empezaron a funcionar a partir de 2003.

Hoy en día se están consolidando tanto los juzgados, como los tribunales en el ejercicio de funciones, en única, primera y segunda instancia, pero requieren un fortalecimiento institucional para que asuman la plenitud de las competencias de instancia, mientras que el Consejo de Estado requiere convertirse, ahora sí, en un Tribunal Supremo para el trámite y decisión de los recursos extraordinarios, entre ellos, el recurso de casación.

Las actuales funciones del Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y la necesidad de replantear la incorporación del recurso extraordinario de casación

Luego de un amplio desarrollo y consolidación entre 1914 y 1991, el numeral 1 del artículo 237 de la Constitución Política mantiene la condición del Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conforme a las reglas que señale la ley.

A su vez, el artículo 9 de la Ley 1285 de 2009, revisado por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-713 de 2008, y con el cual se modificó el artículo 34 de la Ley 270 de 1996, señala que el Consejo de Estado es el máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, que está integrado por 31 magistrados, al tiempo que dispone que esa corporación ejerce sus funciones por medio de tres salas, integradas así: la Plena, por todos sus miembros; la de lo Contencioso-Administrativo, por 27 consejeros, y la de Consulta y Servicio Civil, por los 4 consejeros restantes. Igualmente, de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la citada Ley 1285 de 2009 Estatutaria de la Administración de Justicia, mediante la cual se modificó el artículo 36 de la Ley 270 de 1996, se determina que la Sala de lo Contencioso Administrativo se divide en 5

secciones, cada una de las cuales ejerce, de manera separada, las funciones que de conformidad con su especialidad y cantidad de trabajo le asigne la Sala Plena del Consejo de Estado, de acuerdo con la ley y el reglamento interno de la corporación. Ellas están integradas de la siguiente manera: la Sección Primera, por 4 magistrados; la Sección Segunda, dividida en 2 subsecciones, cada una de las cuales está integrada por 3 magistrados; la Sección Tercera, dividida en 3 subsecciones, cada una de las cuales está integrada por 3 magistrados; la Sección Cuarta y la Sección Quinta, cada una de las cuales está integrada por 4 magistrados.

Ello significa que el Consejo de Estado es:

a. Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para, de acuerdo con las reglas previstas en la ley, resolver en única instancia las controversias que conforme a la ley se sometan a su consideración, y para conocer en segunda instancia y, por lo tanto, como tribunal de apelación de las sentencias proferidas por los tribunales de primera instancia.

El Consejo de Estado, como cabeza de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, conoce de manera exclusiva de los asuntos de legalidad sobre la actividad administrativa cuyo análisis le confía la carta política y establece, en su condición de intérprete autorizado, las reglas judiciales sobre el alcance de las normas contenidas en la ley y los actos administrativos que regulan el ejercicio de la función administrativa.

b. Tribunal de revisión eventual de providencias sobre asuntos constitucionales (acciones populares y de grupo) y de otras acciones cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

El Decreto 2591 de 1991 prevé que el Consejo de Estado sea juez de impugnación de las decisiones de tutela de los tribunales inferiores a él, esto es, los Tribunales Administrativos. De conformidad con la reglamentación de este Decreto, también corresponde al Consejo de Estado conocer las acciones de tutela que, por vía de hecho judicial, se presenten contra las decisiones de sus propias secciones.

La Ley 393 de 1996 y la Ley 472 de 1997 previeron que el Consejo de Estado conociera en segunda instancia de las impugnaciones que se presentaran contra las acciones de cumplimiento y las acciones populares y de

grupo, respectivamente. La Ley 446 de 1998 determinó que cuando entraran en funcionamiento los Juzgados Administrativos, y ello ocurrió a partir de 2006, estos conocerían, en primera instancia, de las citadas acciones, y los Tribunales Administrativos, en segunda instancia. Desde el año 2006, el Consejo de Estado ya no es tribunal de apelaciones de las acciones de cumplimiento, populares y de grupo.

Ahora, el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 Estatutaria de la administración de justicia aprobó, como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996, el artículo 36A, que forma parte del capítulo relativo a la organización de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el cual, luego de la revisión hecha por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-713 de 2008, dice lo siguiente:

Artículo 36 A.- Del mecanismo de revisión eventual en las acciones populares y de grupo y de la regulación de los recursos extraordinarios. En su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, a petición de parte o del Ministerio Público, el Consejo de Estado, a través de sus Secciones, en los asuntos que correspondan a las acciones populares o de grupo podrá seleccionar, para su eventual revisión, las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización o el archivo del respectivo proceso, proferidas por los Tribunales Administrativos, con el fin de unificar la jurisprudencia.

La petición de parte o del Ministerio Público deberá formularse dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de la sentencia o providencia con la cual se ponga fin al respectivo proceso; los Tribunales Administrativos, dentro del término perentorio de ocho (8) días, contados a partir de la radicación de la petición, deberán remitir, con destino a la correspondiente Sala, Sección o Subsección del Consejo de Estado, el expediente dentro del cual se haya proferido la respectiva sentencia o el auto que disponga o genere la terminación del proceso, para que dentro del término máximo de tres (3) meses, a partir de su recibo, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo resuelva sobre la selección, o no, de cada una de tales providencias para su eventual revisión. Cuando se decida sobre la no escogencia de una determinada providencia, cualquiera de las partes o el Ministerio Público podrán insistir acerca de su selección para eventual revisión, dentro del término de cinco (5) días siguientes a la notificación de aquella.

Parágrafo primero.- La ley podrá disponer que la revisión eventual a que se refiere el presente artículo también se aplique en relación con procesos ori-

ginados en el ejercicio de otras acciones cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En esos casos la ley regulará todos los aspectos relacionados con la procedencia y trámite de la revisión eventual, tales como la determinación de los plazos dentro de los cuales las partes o el Ministerio Público podrán elevar sus respectivas solicitudes; la insistencia que pueda presentarse respecto de la negativa de la selección; los efectos que ha de generar la selección; la posibilidad de que la revisión eventual pueda concurrir con otros recursos ordinarios o extraordinarios.

Parágrafo segundo.- La ley regulará todos los asuntos relacionados con la procedencia y trámite de los recursos, ordinarios o extraordinarios, que puedan interponerse contra las decisiones que en cada caso se adopten en los procesos que cursen ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en particular.

Tales mecanismos están incorporados, además, en los artículos 272 a 274 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contenido en la Ley 1437 de 2011, cuya finalidad es la de unificar la jurisprudencia en tratándose de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo y en consecuencia, lograr la aplicación de la ley en condiciones iguales frente a la misma situación fáctica y jurídica.

c. Tribunal constitucional residual para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. CITA.

Es la competencia prevista en el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, que luego desarrolló el artículo 49 de la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia, y que luego complementa el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contenido en la Ley 1437 de 2011.

Al conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad, el Consejo de Estado, establece, en su condición de intérprete autorizado, las reglas judiciales sobre el alcance de las normas contenidas en la Constitución Política, la ley y los decretos dictados por el Gobierno cuya competencia no corresponde a la Corte Constitucional.

d. A falta de recurso de casación, a partir de la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,

contenido en la Ley 1437 de 2011, el Consejo de Estado tiene competencia para conocer del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, a fin de asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida, y cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales, pero la única causal prevista en la ley es cuando la sentencia impugnada contraríe o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado, lo cual deja por fuera, obviamente, el control de la legalidad de la sentencia misma, en cuanto con ella se viole, por falta de aplicación o aplicación indebida, directa o indirectamente, el ordenamiento jurídico contenido en los tratados públicos, la Constitución Política y la ley.

e. También, a falta de recurso de casación, a partir de la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011, el Consejo de Estado tiene competencia para conocer del proceso judicial de extensión y unificación de la jurisprudencia previsto en los artículos 269 y 270, cuando quiera que en sede administrativa se hubiere negado la extensión de los efectos de una sentencia de unificación o la autoridad hubiere guardado silencio en los términos del artículo 102 de dicho código, y el interesado hubiere acudido ante el Consejo de Estado mediante escrito razonado con copia de la actuación surtida ante la autoridad competente.

f. También, a falta de recurso de casación, a partir de la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011, por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación de jurisprudencia, a partir de la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contenido en la Ley 1437 de 2011, el Consejo de Estado puede asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales o a petición del Ministerio Público, caso en el cual, en todo caso, obra como tribunal de instancia.

Con base en las anteriores precarias facultades, el Consejo de Estado está en capacidad de unificar la jurisprudencia y definir precedentes judiciales obligatorios o indicativos para sus salas y secciones, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos, así como para los destinatarios de sus decisiones judiciales, pero, en todo caso, no puede ejercer el control

de la legalidad sobre las decisiones judiciales mediante el trámite y decisión de un recurso extraordinario de casación, que es lo que verdaderamente lo caracteriza como un Tribunal Supremo.

Ahora, téngase además en cuenta que las sentencias que profiere el Consejo de Estado tienen el siguiente efecto:

a. Las del Consejo de Estado dictadas como resultado del examen de las normas con fuerza de ley cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, por vía de acción de nulidad por inconstitucionalidad, son de obligatorio cumplimiento y con efecto *erga omnes* en su parte resolutoria. La parte motiva constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación, que por vía de autoridad hace el Consejo de Estado en estos casos, tiene carácter obligatorio general.

De conformidad con el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política y el artículo 49 de la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia, le corresponde al Consejo de Estado decidir las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional ni al propio Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo. La decisión debe ser adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Así, es irrefutable que la carta política facultó al Consejo de Estado para que, a través de su Sala de lo Contencioso Administrativo, conozca, tramite y decida "... las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional" (art. 237-2 CP), y, aunque la acción no sea la misma que la acción de inexecutableidad ni deba tramitarse conforme al mismo procedimiento, lo cierto es que se está en presencia de un medio de control judicial constitucional, que además versa sobre normas con fuerza de ley cuya revisión no corresponde a la Corte Constitucional.

Entonces, la labor del Consejo de Estado como tribunal constitucional residual encaminada a guardar igualmente la supremacía y la integridad de la carta (art. 237 núm. 2, CP) hace que, también, al resolver las acciones de nulidad por inconstitucionalidad –que no es la misma acción de nulidad

respecto de actos administrativos—, sea este el responsable de interpretar con autoridad y de definir los alcances de los preceptos contenidos en la Constitución Política. Por lo tanto, no solo la Corte Constitucional interpreta por vía de autoridad la Constitución Política.

En consecuencia, cabe aquí hacer una adecuada precisión acerca de los efectos de sus fallos y también de la doctrina constitucional en ellos contenida.

Las sentencias que profiere el Consejo de Estado, al decidir las acciones de nulidad por inconstitucionalidad, también hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, motivo por el cual a ellas les son predicables igualmente las siguientes características:¹³ Tienen efecto *erga omnes* y no simplemente *inter partes*, por lo cual son fuente obligatoria, tanto para las autoridades, como para los particulares. Téngase en cuenta que la Corte Constitucional, en la Sentencia C-113 de 1993, señaló que las sentencias que resuelvan acciones públicas de inconstitucionalidad —y la acción de nulidad por inconstitucionalidad es una de ellas— tienen efecto *erga omnes*, por la naturaleza misma de la acción y por su finalidad.

En tal virtud obligan para todos los casos futuros y no solo para el caso concreto, como todas las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada, no se pueden juzgar nuevamente por los mismos motivos, sino que el fallo tiene certeza y seguridad jurídica. Las sentencias del Consejo de Estado sobre temas de fondo o materiales que se resuelvan con motivo de la acción de nulidad por inconstitucionalidad no pueden ser nuevamente objeto de controversia, mientras que los fallos del Consejo de Estado como Tribunal Supremo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que no anulen una norma de carácter administrativo la dejan vigente, pero ella puede ser objeto de futuras nuevas acciones por otros motivos, porque el juez administrativo solo examina la norma acusada a la luz de los textos invocados en la demanda, sin que le esté dado examinar de oficio otras posibles violaciones, de conformidad con el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo (cosa juzgada con la *causa petendi*). Todos los operadores

¹³ Sobre las características de las sentencias que se profieren en ejercicio de los controles de constitucionales que le corresponden a la Corte Constitucional, entre ellos el derivado de la acción de inconstitucionalidad o de inexequibilidad. Véase lo dicho por esa corporación en la Sentencia C-131 de 1993.

jurídicos, igualmente, quedan obligados por el efecto de la cosa juzgada material de las sentencias del Consejo de Estado, al resolver acciones de nulidad por inconstitucionalidad.

Igualmente, cabe preguntarse, como en su momento lo hizo la Corte Constitucional respecto de sus fallos en la Sentencia C-131 de 1993, acerca de qué parte de las sentencias del Consejo de Estado, como juez de la acción de nulidad por inconstitucional, hacen tránsito a cosa juzgada, para lo cual también es preciso señalar, como lo hizo aquella corporación, que únicamente una parte de sus sentencias posee el carácter de cosa juzgada. Asimismo, cabe preguntarse sobre qué parte de las sentencias, con las que se resuelve una acción de nulidad por inconstitucionalidad, tiene la fuerza de la cosa juzgada y, en tal caso, como ocurre con las sentencias que resuelven acciones de inconstitucionalidad, según lo dicho por la Corte Constitucional en la citada Sentencia C-131 de 1993, aquí también la respuesta es doble: poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita. Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, que como en el caso de las sentencias de la Corte Constitucional, al ser dictadas en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y, por mandato del artículo 158 del CCA, ninguna autoridad puede reproducir su contenido material declarado nulo por inconstitucional por razones de fondo, mientras subsistan en la carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre el acto demandado y la Constitución Política; segundo, igualmente, gozan de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender este sin la alusión a aquellos. En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230, “criterio auxiliar” –no obligatorio–, esto es, ella se considera *obiter dicta*. Empero, distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias del Consejo de Estado que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corregidos por la jurisprudencia.

Así mismo, es predicable de las sentencias que resuelven las acciones de nulidad por inconstitucionalidad lo dicho por la Corte Constitucional sobre las sentencias de constitucionalidad en la Sentencia C-037 de 1996, al revisar el artículo 48 del proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, sancionada luego como Ley 270 de 1996, en la cual señaló:

... solo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece la norma, esta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; solo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella. [...]

b. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela en las que se analizan derechos constitucionales fundamentales tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Sin embargo, en estos casos, debe tenerse en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional en la Sentencia T-260 de 1995 y en la Sentencia C-037 de 1996, proferida al revisar el artículo 48 de la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia.

En la primera de las citadas, la Corte señaló:

El papel que cumple la Corte Constitucional cuando aborda la revisión eventual consagrada en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Carta Política no es otro que el de unificar a nivel nacional los criterios judiciales en la interpretación y aplicación de las normas constitucionales, precisando el alcance de los derechos fundamentales, trazando pautas acerca de la procedencia y desarrollo del amparo como mecanismo de protección y efectividad de los mismos y estableciendo la doctrina constitucional, que según el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, declarado exequible por Sentencia C-083 del 1 de marzo de 1995, es obligatoria para los jueces en todos los casos en que no haya normas legales exactamente aplicables al caso controvertido.

[...]

En últimas, la Constitución Política es una sola y el contenido de sus preceptos no puede variar indefinidamente según el criterio de cada uno de

los jueces llamados a definir los conflictos surgidos en relación con los derechos fundamentales.

[...]

Es verdad que, como esta Corporación lo ha sostenido repetidamente, uno de los principios de la administración de justicia es el de la autonomía funcional del juez, en el ámbito de sus propias competencias (Cfr. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992), pero ella no se confunde con la arbitrariedad del fallador para aplicar los preceptos constitucionales. Si bien la jurisprudencia no es obligatoria (art. 230 de la Constitución Política), las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse. Cuando la ignoran o contrarían no se apartan simplemente de una jurisprudencia –como podría ser la penal, la civil o la contencioso administrativa– sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquella en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar.

[...]

Tales son los fundamentos de la revisión eventual confiada a la Corte, pues mediante ella, a propósito de casos concretos que constituyen ejemplos o paradigmas, la Corporación sienta doctrina sobre la interpretación de las normas constitucionales y da desarrollo a los derechos fundamentales y a la acción de tutela como mecanismo consagrado para su protección.

[...]

No se trata de una tercera instancia a la que según las reglas del Decreto 2591 de 1991 (art. 33) tendrían acceso tan solo las personas interesadas en los procesos discrecionalmente escogidos por las salas de selección de la Corte, pues ello implicaría un trato discriminatorio injustificado que en sí mismo desconocería los derechos a la igualdad (art. 13, CP) y de acceso a la administración justicia (art. 229 CP). No. El objetivo primordial de la revisión eventual, mucho más allá de la resolución específica del caso escogido, es el análisis de fondo sobre la manera como se ha interpretado y aplicado por los jueces la preceptiva constitucional y la definición que hace la Corte, en el plano doctrinal, acerca de cómo debe entenderse y aplicarse en casos posteriores en los que surja el mismo debate, a propósito de hechos o circunstancias regidas por idénticos preceptos.

[...]

Por supuesto, es indispensable que el caso particular, a partir de ese examen, sea también resuelto por la Corte, bien confirmando, ya modificando

o revocando los fallos de instancia. Pero tal resolución no es el único ni el más importante propósito de la revisión y viene a ser secundario frente a los fines de establecimiento de la doctrina constitucional y de unificación de la jurisprudencia, que tienen un sentido institucional y no subjetivo.

[...]

Así las cosas, llegado el asunto a la revisión de la Corte Constitucional, no está de por medio tan solo el debate entre las partes, que, en principio y por regla general, resulta definido en las instancias. Desaparece entonces un interés individual y adquiere trascendencia la relación entre el caso concreto, que sirve a la Corte como elemento pedagógico, y la interpretación de la normativa constitucional que le es aplicable.

[...]

Entonces, en la sede de revisión está de por medio un indudable interés público, pues su trámite y decisión importa a toda la colectividad, en cuanto la resolución que adopte la Corte, al sentar las bases interpretativas de la Constitución, al mostrar con fuerza de doctrina constitucional cuál es el sentido en que deben entenderse los derechos y sus límites, al introducir criterios en torno a cuándo cabe la tutela y cuándo es improcedente, suministra a todos los jueces elementos doctrinales y jurisprudenciales para su actuación futura y señala pautas a las personas respecto de la Carta Política y su desarrollo. Se conjugan así en cada uno de los casos revisados por la Corte los intereses concretos de las personas comprometidas y los de la comunidad y el orden jurídico. Los afectados de modo directo tienen derecho a una definición sobre el asunto que les concierne y la generalidad de las personas lo tiene, en el campo del Derecho Público, a conocer cómo deben resolverse, según la interpretación auténtica de la Carta, los conflictos que guardan relación con la efectividad de los derechos fundamentales.

A su vez, en la Sentencia C-037 de 1996, la Corte dijo:

Por lo demás, cabe puntualizar que las sentencias judiciales a través de las cuales se deciden acciones de tutela, solo tienen efectos en relación con las partes que intervienen en el proceso (Decreto 2591/91, art. 36). Sin embargo, la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución. El principio de independencia judicial tiene que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad.

La jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por medio de la unificación doctrinal, persigue la realización del principio de igualdad. Por consiguiente, sin perjuicio de lo observado respecto de la doctrina constitucional, la exequibilidad del segundo numeral del artículo 48, materia de examen, se declarará bajo el entendido de que las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si estos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad.

c. Las del Consejo de Estado dictadas como resultado del examen de actos administrativos normativos y, por lo tanto, de carácter general, por vía de acción contenciosa con pretensión de simple nulidad, son de obligatorio cumplimiento y con efecto *erga omnes* en su parte resolutive. La parte motiva constituye igualmente criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de los actos administrativos normativos que son de carácter general. La interpretación que por vía de autoridad hace el Consejo de Estado en estos casos, también tiene carácter obligatorio general.

d. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de las acciones en las que se analicen derechos subjetivos tienen carácter obligatorio únicamente para las partes y su motivación solo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces administrativos; pero, también, si estos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que los lleva a hacerlo, so pena de infringir igualmente el principio de igualdad.

En todos los casos en los cuales la controversia verse sobre derechos –sean individuales o colectivos–, de primera, segunda o tercera generación, de orden constitucional o legal, debe tenerse en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional en la Sentencia T-123 de 1995, en la cual esa corporación señaló que se viola el principio de igualdad previsto en la carta política cuando un juez resuelve un caso sometido a su consideración de manera distinta a como él mismo lo decidió ante una situación sustancialmente semejante o, si se aparta de la jurisprudencia vigente sentada por los órganos jurisdiccionales de rango superior colocado en el vértice de la administración de justicia cuya función sea unificar, en su campo, la jurisprudencia

nacional, entre ellos, el Consejo de Estado, salvo que el juez, en su sentencia, justifique de manera suficiente y razonable el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial que su mismo despacho ha seguido en casos sustancialmente idénticos o de la línea jurisprudencial trazada por los órganos superiores, evento en el cual el juez continuará gozando de un amplio margen de libertad interpretativa y la jurisprudencia no quedará atada rígidamente al precedente.

Sobre este trascendental tema, en la citada Sentencia la Corte Constitucional dijo lo siguiente:

La Corte Constitucional repetidamente ha señalado que se vulnera el principio de igualdad si se otorga un trato desigual a quienes se hallan en la misma situación, sin que medie una justificación objetiva y razonable. Se pregunta la Corte si este principio se viola por el juez que resuelve un caso sometido a su consideración de manera distinta a como él mismo lo decidió ante una situación sustancialmente semejante o si se aparta de la jurisprudencia vigente sentada por los órganos jurisdiccionales de superior rango (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura).

[...]

En materia judicial el principio de igualdad no puede entenderse de manera absoluta, lo que no quiere decir que pierda vigencia. La Constitución reconoce a los jueces un margen apreciable de autonomía funcional, siempre que se sujeten al imperio de la ley (CP, arts. 230 y 228). De otra parte, la jurisprudencia tiene solo el carácter de criterio auxiliar.

[...]

Es evidente que si el principio de independencia judicial se interpreta de manera absoluta, se termina por restar toda eficacia al principio de igualdad. En la aplicación de la ley, los jueces podrían a su amaño resolver las controversias que se debaten en los procesos. En esta hipótesis no se podría objetar el hecho de que simultáneamente el juez, enfrentado a dos situaciones sustancialmente idénticas, fallase de distinta manera.

[...]

Los principios y normas constitucionales se deben aplicar de manera coordinada y armónica. La interpretación más acorde con la Constitución es la que evita que la escogencia de un principio lleve al sacrificio absoluto de otro de la misma jerarquía. Si en el caso concreto, el juez está normativamente vinculado por los dos principios –igualdad e independencia

judicial–, debe existir una forma de llevar los principios, aparentemente contrarios, hasta el punto en que ambos reciban un grado satisfactorio de aplicación y en el que sus exigencias sean mutuamente satisfechas.

[...]

La Corte considera que existe un medio para conciliar ambos principios. Si el juez, en su sentencia, justifica de manera suficiente y razonable el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial que su mismo despacho ha seguido en casos sustancialmente idénticos, quedan salvadas las exigencias de la igualdad y de la independencia judicial. No podrá reprocharse a la sentencia arbitrariedad ni inadvertencia y, por tanto, el juez no habrá efectuado entre los justiciables ningún género de discriminación. De otro lado, el juez continuará gozando de un amplio margen de libertad interpretativa y la jurisprudencia no quedará atada rígidamente al precedente.

[...]

Cuando el término de comparación no está dado por los propios precedentes del juez, sino por el de otros despachos judiciales, el principio de independencia judicial no necesita ser contrastado con el de igualdad. El juez, vinculado tan solo al imperio de la ley (CP, art. 230), es enteramente libre e independiente de obrar de conformidad con su criterio. Sin embargo, un caso especial se presenta cuando el término de comparación está constituido por una sentencia judicial proferida por un órgano judicial colocado en el vértice de la administración de justicia cuya función sea unificar, en su campo, la jurisprudencia nacional. Si bien solo la doctrina constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria (Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 1995), es importante considerar que a través de la jurisprudencia –criterio auxiliar de la actividad judicial– de los altos órganos jurisdiccionales, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad. Luego, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP, art. 13). A través de los recursos que se contemplan en cada jurisdicción, normalmente puede ventilarse este evento de infracción a la Constitución.

e. Las decisiones judiciales adoptadas con motivo del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia y del proceso de extensión y uni-

ficación de la jurisprudencia tienen efectos *inter partes* y eventualmente podrán tener efectos *inter pares*, pero en ningún caso se previó que puedan llegar a tener efectos *erga omnes*.

En consecuencia, la regulación vigente desde la Ley 1285 de 2009 y la Ley 1437 de 2011 le permiten al Consejo de Estado cumplir funciones para sentar precedentes y uniformar la jurisprudencia, pero deja por fuera el control de constitucionalidad y de legalidad de las sentencias que se profieran por la jurisdicción contencioso-administrativa, en cuanto con ellas se viole por falta de aplicación o aplicación indebida, directa o indirectamente, el ordenamiento jurídico contenido en los tratados públicos, la Constitución Política y las leyes, lo cual solo puede concretarse cuando se restablezca en Colombia el recurso extraordinario de casación, sea con el nombre de recurso extraordinario de anulación, como lo propusieron y defendieron Jorge Valencia Arango y Carlos Betancur Jaramillo al expedirse el Código Contencioso Administrativo de 1984, con el de recurso extraordinario de súplica, como existió a partir de la expedición de la Ley 446 de 1998 y lo avaló en su momento la Corte Constitucional o con el de recurso de casación, como se propuso el proyecto de Ley Estatutaria de 2008, reformatoria de la Ley 270 de 1996, pero que la Corte Constitucional, en mala hora, declaró inexecutable con la irracional y absurda Sentencia C-713 de 2008.

La ausencia del recurso de casación deja en condiciones de desigualdad a los sujetos que demandan administración de justicia, puesto que mientras los que acceden a la jurisdicción ordinaria pueden acudir a los jueces de instancia y, posteriormente, al tribunal de casación, mediante el recurso extraordinario respectivo, los que acuden a la jurisdicción contencioso-administrativa solo pueden acudir a tribunales de instancia, pero no a un Tribunal Supremo de Casación.

A su vez, no es lo mismo sentar precedentes judiciales a través de tribunales de instancia que hacerlo a través de un Tribunal Supremo de Casación, que, por esa vía, además de hacerlo como cabeza de la jurisdicción, unifica la jurisprudencia y controla la constitucionalidad y legalidad de la sentencia judicial.

Llegó la hora para que el Consejo de Estado deje de obrar como tribunal o cámara de apelaciones. Esa labor la deben continuar cumpliendo los Juz-

gados y los Tribunales Administrativos de conformidad con las funciones que establezca la ley, lo cual exige crear más Juzgados Administrativos y fortalecer los actuales tribunales contencioso-administrativos. El Consejo de Estado, al lado de la Corte Suprema de Justicia, debe reformarse para que sea la Corte de Casación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y esta pueda contar, como sucede en el resto del mundo, con el recurso de casación para realizar el control judicial de las sentencias que se profieran en esta jurisdicción.

La reforma a la administración de justicia que tanto requiere el país, comienza por fortalecer a cada una de las jurisdicciones y no eliminarlas o fusionarlas. En lo que hace relación a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, luego del paso dado en 1996 para crear y fortalecer los juzgados y tribunales de instancia; lo que se exige ahora es convertir en realidad el mandato contenido en el numeral 1 del artículo 237 de la Constitución Política, para que el Consejo de Estado sea de verdad el tribunal supremo de la jurisdicción contencioso administrativa y, para tal efecto, pueda obrar como tribunal de casación, mediante el trámite y resolución del recurso extraordinario de casación.

Si ha de adecuarse la regulación constitucional, bastará modificarse el numeral 1 del artículo 237 de la Constitución Política, para que en él se precise que le corresponde al Consejo de Estado, como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, actuar como tribunal de casación.

La necesidad de volver a contar con un tribunal de casación en la jurisdicción ordinaria y no un tribunal de instancia

Desde el siglo XIX, Colombia ha contado con una ejemplar jurisdicción ordinaria con un tribunal de casación a la cabeza, con la evolución requerida a través de sus correspondientes salas, para ejercer el control de legalidad de las decisiones de los tribunales de instancia, unificar la jurisprudencia, sentar precedentes y, más recientemente, garantizar la protección de los derechos fundamentales.

En varias épocas, el país fue testigo de cohortes admirables de la Suprema Corte de Justicia colombiana no solo por el prestigio de sus magistrados, sino, ante todo, por su vocación y dedicación al servicio de la administra-

ción de justicia, con una creación de líneas jurisprudenciales que sirvieron de guía a los tribunales y juzgados en garantía de la ejemplar administración de justicia y de la seguridad jurídica.

Lastimosamente, en los últimos años, debido a la proliferación de fueros de investigación y juzgamiento, la Corte Suprema de Justicia se está convirtiendo en un tribunal de investigación criminal y en un tribunal de instancia, con grave peligro para su función de Tribunal Supremo como tribunal de casación, asuntos que demandan con urgencia una revisión constitucional, como lo requieren, igualmente, los sistemas de investigación criminal ordinarios y especiales, y lo demanda, asimismo, el ejercicio de la función disciplinaria judicial.

El hecho cierto es que por más de un siglo y medio Colombia se ha abierto paso por la pluralidad de jurisdicciones y al lado de la jurisdicción ordinaria ha construido dos jurisdicciones permanentes de gran alcance: la jurisdicción constitucional y la jurisdicción de lo contencioso administrativo para ejercer el control judicial sobre la actividad pública y, más recientemente, para la protección de los derechos fundamentales. Luego no es cierto que su tendencia haya sido hacia el modelo unificado que imperó en la primera parte del siglo XIX, y que debamos regresar a él.

La invitación es a no devolverlos al pasado, sino a pensar en el futuro, en las nuevas generaciones, en los nuevos problemas que agobiarán al mundo y que exigen nuevos retos y más especialidades para hacerles frente y superar con creces los obstáculos que se aproximan. Cambio climático, calentamiento o enfriamiento globales, deshielo y aumento del caudal de los océanos, desastres naturales, sequías, falta de agua potable y aire puro.

Estará en juego la humanidad y es nuestra obligación prevenir, precautelar y luego decidir, y la administración de justicia será vital en el futuro para la protección del orden jurídico, así como tanto de los derechos fundamentales, como de los intereses difusos y derechos colectivos. Ello se logrará mejor con una pluralidad de jurisdicciones especializadas, que lejos de acabarse, deben fortalecerse.

Con todo, cualquiera que sea el esquema o sistema institucional que se adopte o se profundice, lo más importante y urgente será pensar en el capital intelectual o el talento humano al servicio de la administración de

justicia, el cual, además de capacitación, requiere fortalecer la ética, los principios y los valores para erradicar cualquier asomo de inmoralidad que ponga en grave riesgo la credibilidad y la confianza pública de sus jueces y magistrados, cuya gran mayoría se destaca por la transparencia, la objetividad, la imparcialidad, el decoro, la responsabilidad y la férrea voluntad de servicio.

Bibliografía

- FAVOREO, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994.
- HAMILTON, Alexander, James MADISON y Jhon JAY. *El Federalista*. Primera reimpresión. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1974.
- KELSEN, Hans ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Estudio preliminar de Guillermo Casió. Traducción y notas de Roberto J. Brie, 3ª reimpresión. Madrid: Tecnos, 2002.
- MARÍN, José Ángel. *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Ariel, 1998.
- SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Prólogo de Pedro Vega. Madrid: Tecnos, 1983.
- URIBE VARGAS, Diego. *Las Constituciones de Colombia*, I. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1977.