

LEY 2080 DE 2021 Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA

EIDY YANITH ARIAS LADINO¹

INTRODUCCIÓN:

A partir de la segunda guerra mundial, los Estados determinaron la incorporación en los ordenamientos jurídicos del concepto de Derechos Humanos, como facultades propias e inherentes a las personas por su sola condición de tales.

En esta medida, las naciones se organizaron y dentro de sus núcleos se profirieron instrumentos supranacionales que contienen el catálogo de los derechos que cada nicho particular está dispuesto a incorporar, existiendo uno general en el que participan la mayoría de los Estados, como es la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En América, se adoptó la Convención Americana de Derechos Humanos, Colombia ha ratificado los dos tratados internacionales mencionados y a partir de la Constitución de 1991 los incorporó al ordenamiento jurídico interno.

Así como Colombia adaptó su normatividad a los Derechos reconocidos por la comunidad internacional, y dentro del ordenamiento jurídico les concedió un carácter preferencial y fuente de interpretación y aplicación de las normas, este ha sido el efecto común en la mayoría de los Estados parte en los tratados mencionados, los cuales a través de sus constituciones han reconocido e internalizado los conceptos de Derechos Humanos y los han tenido como principios rectores del funcionamiento de la administración.

¹ Elaborado por: EIDY YANITH ARIAS LADINO

Perfil: Abogada de la Universidad Santo Tomás (2018), Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás (2019), estudiante de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás (2020-2021).

Correo electrónico: eidy-96@hotmail.com

De esta forma, al interior de los sistemas normativos de cada Estado, la Constitución política, al ser la carta de navegación de todas las instituciones y de la administración de justicia, es la que contiene los principios que la rigen y los fines que persigue.

En esta medida, las demás normas del ordenamiento, se adaptan al texto constitucional, bien sea a través de las decisiones judiciales o de las novedades legislativas para apegarse a los principios ordenadores, esto es a lo que se conoce como constitucionalización del Derecho.

El derecho Administrativo y Contencioso Administrativo no son ajenos a este proceso de constitucionalización, en el que intervienen de manera importante, puesto que ellos regulan las actuaciones de la administración y la forma en que se adelantan los procesos judiciales con miras al control de dichas actuaciones.

En Colombia el proceso de constitucionalización del derecho administrativo comenzó con la expedición de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, luego de un juicioso proceso de análisis de las necesidades normativas en el que participó el gobierno, la academia y miembros de la propia jurisdicción.

Este informe pretende recopilar los principales elementos en relación con el avance del mencionado proceso de constitucionalización, especialmente evaluar lo aportado con la expedición de la Ley 2080 de 2021, la cual surge en medio de la emergencia sanitaria por Covid 19, aunque su trámite ya había iniciado previamente, ante las circunstancias cambiantes, también fue necesario hacer ajustes para que el Derecho Administrativo y Contencioso Administrativo resultara más cercano a los habitantes, en medio de la situación.

Adicional a lo aprendido durante la realización del Diplomado, se realizó profundización principalmente en lo que tiene que ver con el concepto de constitucionalización y los antecedentes del mismo, puesto que el análisis de la norma por ser de carácter reciente, se basa principalmente en el estudio personal realizado a las modificaciones que trajo la Ley.

OBJETIVOS:

Determinar como la Ley 2080 aportó avances al proceso de constitucionalización del derecho administrativo en Colombia.

Objetivos Específicos:

Definir el concepto de Constitucionalización del Derecho y la forma en que se ha dado el proceso en el ordenamiento jurídico Colombiano.

Establecer las modificaciones de la Ley 2080 de 2021 que constituyen aportes al proceso de constitucionalización del derecho en Colombia

Evaluar el avance o retroceso al proceso de constitucionalización del derecho en Colombia con la creación del trámite de control inmediato de legalidad a las sentencias de responsabilidad fiscal incorporado por la Ley 2080 de 2021.

SUMARIO:

I. Constitucionalización del Derecho en Colombia II. Avance de la Constitucionalización del derecho Administrativo en Colombia, III. Retroceso de la Constitucionalización con la incorporación del artículo 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021. IV. Referencias.

I. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EN COLOMBIA

Para comprender el proceso de constitucionalización del derecho es necesario aclarar cuál es su origen y lo que abarca el concepto, cuáles pueden ser las vías de avance en dicho proceso y los elementos necesarios para que se pueda considerar que un Estado se encuentra inmerso en el mismo.

Luego de tener dicho conocimiento, se asienta el análisis en el avance que ha tenido este proceso en el derecho colombiano, y particularmente en el derecho Administrativo y Contencioso Administrativo a partir de la Constitución de 1991 y como se llega a la expedición de la Ley 1437 de 2011, que se constituye en una normatividad novedosa desde su concepción, que recoge los conceptos y criterios de toda la comunidad jurídica, pues en su construcción se adelantaron mesas en las que fueron escuchados todos los actores y operadores a fin de definir una norma que realmente diera alcance a los fines constitucionales de la Administración y la jurisdicción Contencioso Administrativa y las posteriores modificaciones de la Ley 2080 de 2021.

I.I. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

Posterior a la Segunda Guerra Mundial, los Estados determinaron importante el reconocimiento de los Derechos Humanos como fundamento interpretativo de las normas, de esta forma fue plasmado en instrumentos tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y ya en el contexto americano la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Estas regulaciones supra estatales consideran la dignidad humana como el principio rector de las relaciones entre Estados y entre los Estados y las personas que los habitan, requiriendo de aquellos que las suscriben que sea también este principio el que defina la consolidación de los nuevos ordenamientos internos.

Los Derechos Humanos así como los principios interpretativos que los sustentan y permiten su efectiva realización se encuentran consignados en la Constitución Política de cada Estado, determinando la forma de la actuación de sus autoridades, su sistema jurisdiccional y las formas y procedimientos en que se soportará la realización de tales premisas. Señala Andrade, 2020 frente al inicio del proceso de Constitucionalización a nivel mundial:

Éste fenómeno tiene su origen en Europa y especialmente en Alemania, lo que ha llevado a que varios países lo adopten como es el caso de Italia, España, Francia, entre otros; y, como parte de las referencias históricas que contribuyeron a que las constituciones del mundo cobren fuerza vinculante está la ley fundamental de Bonn, es decir la Constitución alemana de 1949, el surgimiento del Tribunal Constitucional federal en 1951; la Constitución Política italiana de 1947 y la creación de la Corte Constitucional en 1956; asimismo la creación de la Corte Constitucional en Portugal (1982); y, la Constitución Política de Bélgica en el año 1984.

A partir de allí, la Constitución pasó de ser un catálogo de disposiciones vacío a ser un verdadero texto jurídico, con un contenido vinculante y definitivo para la resolución de las controversias, y la organización de las dinámicas del Estado.

Al respecto Suarez, (2014) expresó:

Una Constitución tiene contenido material cuando está dotada de principios y reglas jurídicas, mediante los cuales se establece que ciertas conductas están ordenadas, prohibidas o permitidas. Lo importante desde esta perspectiva es que la Constitución no sea simplemente un catálogo de buenas intenciones para desarrollar en un futuro, sino que de sus disposiciones de derecho fundamental puedan extraerse normas directamente estatuidas, adscritas o individuales, por medio de las cuales las conductas del Estado y los particulares estén condicionadas

Para alcanzar el reconocimiento de los Derechos y su efectiva realización, se ha dotado a la Constitución de un grado tal de fuerza, que todo el ordenamiento jurídico de un Estado debe

estar definido por la forma en que contribuirá con cada elemento a cumplir con la realización y garantía de los Derechos Humanos a todo el conglomerado. Esta nueva concepción del derecho es lo que se conoce como “nuevo constitucionalismo” (Suarez, 2014)

La Constitución es concebida como norma de normas y se resalta así el hecho de su superioridad sobre las demás disposiciones del ordenamiento jurídico, pues se la dota además de un carácter normativo, mediante el cual puede ser aplicada en alguno de sus apartes, de forma directa por los jueces sin necesidad de desarrollo legal. La primacía de los derechos inalienables de las personas otorga un estatus trascendente a la concepción de persona y sus derechos fundamentales, los cuales se conciben con fundamento en la dignidad humana.

El proceso de orientar el ordenamiento jurídico hacia el cumplimiento de lo consagrado en la Constitución, confiriéndole a esta el rango de norma superior, y mediante el cual el texto de la Carta se convierte en el parámetro de validez de la Ley se conoce como “constitucionalización del Derecho” (Landa, 2016).

I.II. PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EN COLOMBIA

Colombia no ha sido ajeno al proceso de constitucionalización del derecho. A partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, la cual se consagra como norma superior, y a los derechos y principios consagrados en ella como rectores del ordenamiento jurídico (Artículo 4) las Leyes se han renovado para dirigir todas las funciones y actuaciones de las autoridades administrativas y el desarrollo de los asuntos judiciales a garantizar la materialización de los derechos de las personas y los principios y fines constitucionales.

Durante los primeros años de vigencia de la Constitución Política fue la Corte Constitucional la encargada de ir ajustando las normas incluidas en el ordenamiento jurídico y las actuaciones de las autoridades a los principios y fines de la Carta.

A partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se abrió una nueva forma de interpretación y lectura del texto superior y la ciudadanía empezó a apropiarse de sus derechos y a hacerlos visibles a través de la intervención por medio de las acciones de inconstitucionalidad y acciones de tutela (Arrieta, 2017).

Explica Suarez (2014) que en inicio el proceso fue lento, pues se encontraba solo en cabeza de la Corte Constitucional, al punto que las demás Altas Cortes así como el legislador, solo hasta una década después de expedida la Constitución Política de 1991 empezaron a “acompañarse con esta nueva forma de entender el derecho”.

El hecho de que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado no hayan participado del mismo modo en el proceso de constitucionalización del derecho, obedece a tres razones principales: la tradición, la estabilidad y la subsidiariedad.

Considera el autor que estas cortes venían resolviendo sus asuntos con total apego a la norma legal, esto encuentra sustento, en que la Constitución anterior, era estrictamente legalista, sin dejar un amplio margen a la interpretación basada en principios y derechos, sino taxativa conforme al texto de la norma.

Además, los códigos existentes a la entrada en vigencia de la Constitución Política eran de dicho corte legalista, sin dar lugar a la interpretación constitucional, y enfrentarse a la interpretación novedosa, no resultaba del todo seguro para los Jueces que aún estaban limitados al imperio de la Ley y no pretendían desbordar sus facultades, por lo que se necesitaba que fuera la jurisdicción Constitucional la que abriera la puerta a esta nueva forma de decidir.

En efecto, la jurisprudencia constitucional dio paso reconociendo las facultades del operador judicial y de las autoridades para anteponer el contenido de la Carta a la misma Ley, competencia que trajo la Constitución pero que resultaba absolutamente novedosa.

De otra parte, en el derecho privado, la taxatividad confiere un alto grado de estabilidad y de certeza, lo cual también resultaba más cómodo, a emprender un nuevo camino con cientos de

aristas de acuerdo a las circunstancias particulares y con especial atención en la protección de la persona.

Como tercera razón, se tiene que para las jurisdicciones tradicionales, la interpretación constitucional se asumió como una medida subsidiaria para llenar los vacíos, o dar respuesta a las diferencias interpretativas, mientras para la jurisdicción constitucional constituye la esencia de su derecho.

De esta manera, tímidamente, a partir de las directrices dadas por la jurisprudencia constitucional, las demás autoridades del Estado iniciaron al proceso de constitucionalización de sus actuaciones, bien sea por orden judicial o por propia iniciativa de ajustar las actuaciones a las normas constitucionales.

El poder judicial, distinto a la Corte Constitucional, ya luego de asumido el rol de ser también Juez Constitucional, ha jugado un importante papel en la constitucionalización del ordenamiento jurídico colombiano, pues a través de sus decisiones han reconocido a la Constitución Política el rango superior que ella misma se confiere y han interpretado las leyes a través del filtro del texto constitucional, apartándose de aquellas disposiciones contrarias a la Carta y haciendo prevalecer los principios y fines que esta contiene.

Así mismo, el legislativo ha adoptado las tesis proferidas por la jurisprudencia y ha ajustado las Leyes a las disposiciones constitucionales y en otros casos a través del análisis de las normas ha determinado la necesidad de su renovación y actualización para encajar con la norma superior.

Este proceso de constitucionalización del derecho por el legislativo, también comenzó de manera tímida y tardía, solo hasta el 2002 se introdujo en una ley una alusión directa a la interpretación constitucional y basada en tratados de derechos humanos como fuente principal (Suarez, 2014).

La primeras normas en ser adaptadas a las directrices constitucionales fueron aquellas en las que debía protegerse a una parte más débil, así el derecho laboral, penal, disciplinario fueron las primeras especialidades en ser abordadas desde la perspectiva constitucional por el legislador.

En esta forma se observa que en Colombia, se identifican lo que Suarez Manrique, 2014, define como los “vehículos principales para el desarrollo” en relación con el proceso de constitucionalización, describiendo que algunos ordenamiento jurídicos se han constitucionalizado por vía legislativa y otros por vía judicial, en el caso colombiano como se refirió se ha avanzado por las dos vías de acuerdo con las circunstancias propias de cada época, en las que la intervención ciudadana ha sido relevante.

II. AVANCE DE LA CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA

El Derecho Administrativo no puede ser ajeno a la Constitucionalización del ordenamiento jurídico de un país que ha iniciado tal proceso, puesto que es el que regula las relaciones de los entes estatales entre ellos y con los particulares, por tanto, debe estar orientado a la consecución de los fines consagrados en la Constitución política y la protección de los derechos de las personas.

Teniendo en cuenta lo anterior, se revisará la forma en que se ha venido dando el Colombia el avance en tal gestión y como las actualizaciones y reformas normativas, junto con la participación del Consejo de Estado, máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo han sido relevantes para ello.

II.I. AVANCE DE LA CONSTITUCIONALIZACION EN LA LEY 1437 DE 2011.

El Derecho Administrativo se encuentra estrechamente ligado al derecho Constitucional, en la medida que la Constitución política se ha convertido en la carta de navegación para el Estado, determina los principios, fines y normas rectoras de todo el ordenamiento jurídico y la forma en que deben actuar las autoridades y las personas que lo conforman.

En esta medida, la constitucionalización del Derecho Administrativo se convierte en eje elemental para el adecuado funcionamiento del Estado, pues es el que regula sus actuaciones de las autoridades y las relaciones de estas con las personas. Al respecto Andrade, 2020 señala:

La estrecha relación entre el derecho constitucional y el derecho administrativo dio paso a la constitucionalización del derecho administrativo, el cual es tan dinámico que fácilmente puede adaptarse a modelos de gobierno distintos o a su vez servir de instrumento de la democracia que responda a las

necesidades de la sociedad ya que a través de este proceso se busca una mejor organización general del Estado, en el que estemos orientados no únicamente bajo el principio de legalidad sino a un camino guiado por la primacía de los preceptos constitucionales.

Luego de la expedición de la Constitución Política de 1991, el Código Administrativo vigente para la época, el Decreto 01 de 1984, no resultó del todo eficaz en la consecución del objetivo constitucional de asegurar la materialización de los derechos reconocidos en la Carta Política y los incorporados al ordenamiento jurídico a través del bloque de constitucionalidad, “El Derecho Administrativo, que por naturaleza depende directamente de la concepción de Estado imperante, vio afectados sus principios tradicionales, sus institutos y sus técnicas” (Congreso de la República, 2009)

El Artículo 209 de la Constitución Política de Colombia establece el fundamento de la función administrativa sus objetivos, principios y forma de su realización.

ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

En virtud de estas disposiciones, resultó necesario que la norma que rige tanto la administración como la jurisdicción contencioso administrativa, se adaptara a las finalidades que se pretende obtener de la administración a través de las disposiciones de la Carta, pues ello implica que las actuaciones de las autoridades deben estar encaminadas a los fines del estado y estos consisten en la protección de las personas y el respeto por la dignidad humana como origen de todo el ordenamiento.

En esta medida, el Gobierno Nacional a través de una comisión especialmente creada para elaborar el nuevo código, en un proceso en el que intervinieron el Consejo de Estado y la academia, consideró que el Derecho Administrativo no podía ser ajeno al fenómeno de Constitucionalización, puesto que el Constituyente de 1991 diseñó en la Carta lo que denominó “una especie de ”Constitución Administrativa” un modelo constitucional de administración pública, que si bien conserva algunos elementos de la concepción anterior, deroga normas y paradigmas y genera la expedición de un cuerpo legal novedoso y modernas técnicas y métodos de gestión que lo consolidan” (Congreso de la República, 2009)

Ante tal circunstancia, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su momento, fue un importante avance en el proceso de constitucionalización del derecho en la medida que esta fue una de las finalidades de su expedición.

Dentro de las necesidades previstas y respecto de las cuales se modificó el código en procura del avance para acercar la norma al contenido constitucional se encuentran:

- Debido al cambio en la estructura del Estado afectada por la creación de nuevas instituciones, la vinculación a la función pública de entidades privadas, y la posibilidad de creación de nuevas entidades y reestructuración de las existentes, esto complementado con las finalidades de la función administrativa descrita en el artículo 209 superior, exigieron la adecuación de la actividad administrativa, la definición de procesos y procedimientos orientados a la verificación del desarrollo de la función con base en los principios establecidos a saber, “igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.” (Congreso de la República, 2009)
- La modificaciones en cuanto a los fines y principios de la función pública afectaron a la jurisdicción contencioso administrativa, puesto que su función dejó de estar limitada al a verificación de la legalidad de las actuaciones, para pasar a verificar también la garantía de los derechos constitucionales.

- La creación de los nuevos institutos procesales de carácter preferente y sumario tendientes a la protección de los derechos consagrados constitucionalmente y de los cuales su conocimiento está asignado en determinados casos de manera exclusiva a la jurisdicción contencioso administrativa (cumplimiento, de grupo, populares, pérdida de investidura), y en los demás la comparte con la jurisdicción ordinaria (acciones de tutela, habeas corpus), generó incremento en el número de asuntos conocidos.

Conforme a lo anterior, la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo fue expedida con el fin de avanzar en la constitucionalización del derecho administrativo en Colombia.

En cuanto a la jurisdicción Contencioso administrativa el artículo 103 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo define el objeto de su existencia y en efecto corresponde a la garantía de efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico. Establece que en la aplicación e interpretación de las normas contenidas en el Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal.

Por tanto, la esencia y fundamento de la norma fue la adaptación tanto de los trámites administrativos a adelantar por las autoridades, como el trámite judicial a los requerimientos que en materia de Derechos Humanos y principios rectores trajo la Constitución Política de 1991.

II.II. PRINCIPALES CAMBIOS DE LA LEY 2080 de 2021 QUE APORTAN A LA CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

De manera sucinta se presentan los principales cambios implementados mediante la Ley 2080 de 2021 que representan un avance en la consolidación del proceso de constitucionalización del derecho administrativo en Colombia, exponiendo mediante su

contenido, la razón por la cual se considera que sean representativos para tal efecto, con base en los postulados constitucionales a los que pretende atender.

La Ley 2080 de 2021, de manera similar a la Ley 1437 de 2011 surgió luego de un juicioso estudio realizado de manera conjunta por el gobierno y la jurisdicción Contencioso Administrativa, que a través de mesas de trabajo y la participación de los servidores judiciales, los abogados litigantes y la academia arrojó resultados frente a la eficacia de la actividad judicial, encontrando que para garantizar el derecho a la administración de justicia de los ciudadanos, era preciso una reforma en el sentido de buscar estrategias que permitan la descongestión de los despachos judiciales, la agilidad de los tramites y la accesibilidad por parte de todos los intervinientes.

Dentro de los cambios más importantes que la norma contiene en relación con la constitucionalización del derecho, el cual es el tema central de este informe, se resaltan la obligatoriedad de las autoridades de dar respuesta oportuna a los requerimientos de información y frente a los requisitos para la presentación de las peticiones.

Con el fin de garantizar el acceso a la administración de justicia se realizó redistribución de las competencias, basada en los datos estadísticos presentados por la jurisdicción, en donde se logró evidenciar, que el mayor represamiento de actuaciones se encuentra en el Consejo de Estado, y que ejecutar las funciones de juez de instancia en variedad de asuntos, impide que se ejerza en debida forma por parte del alto tribunal las funciones de unificación de la jurisprudencia y estudio de los temas más relevantes de la jurisdicción. (Salazar, (Dir. Gen.) 2021)

Para lograr celeridad y economía procesal, se amplió el concepto ya existente de tramitar en la audiencia inicial las sentencias cuando los procesos versen sobre asuntos de pleno derecho, para pasar al mecanismo de sentencia anticipada, mediante el cual el Juez ante la claridad y convencimiento frente al asunto en debate puede obviar etapas del proceso, no solo cuando se trate de asuntos de pleno derecho, sino también, cuando no se requiera la práctica de pruebas, o las solicitadas sean las allegadas con la demanda y la contestación, o las pruebas solicitadas no sean susceptibles de practicar por impertinentes o inconducentes.

Adicionalmente, con el fin de hacer el sistema judicial más ágil y lograr así una adecuada, pronta, cumplida y eficiente administración de justicia en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la reforma deja abierta la posibilidad de creación de nuevos despachos judiciales, conforme a las necesidades de personal e infraestructura de las diferentes seccionales.

Estas necesidades deberá establecerlas el Consejo Superior de la Judicatura luego del estudio detallado para establecer la necesidad de los nuevos despachos judiciales, dotación de infraestructura y capacitación de magistrados, jueces y demás servidores judiciales.

Para complementar, se crea una comisión de acompañamiento y seguimiento, que estará integrada por delegados del Consejo Superior de la Judicatura y del Consejo de Estado, para lograr que se alcance lo pretendido con este aspecto de la reforma.

La implementación del uso de medios tecnológicos para los diferentes trámites administrativos y judiciales, representa un factor de acercamiento entre las personas y las instituciones que atiende al fin constitucional de servir a la comunidad y facilitar la participación de todos en la vida de la Nación.

En relación con la extensión de la jurisprudencia, se hace extensiva la jurisprudencia del Consejo de Estado que reconozca un derecho, a los terceros que se encuentren en las mismas condiciones, previa solicitud de su aplicación a la autoridad.

Frente a la función de unificación de la jurisprudencia, se modificó adicionó a los asuntos que se limitaban a lo prescrito en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2012 para ampliar este contexto a todos aquellos asuntos que por su importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, sean remitidos por las secciones a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

III. RETROCESO EN LA CONSTITUCIONALIZACION CON LA INCORPORACION DEL ARTÍCULO 23 Y EL 45 DE LA LEY 2080 DE 2021.

Hasta ahora se ha analizado como las modificaciones a la norma en materia administrativa y contencioso administrativa han constituido avance en cuanto a la constitucionalización del derecho.

Ahora bien, no es posible escapar al estudio de aquellas disposiciones de las cuales se observa de manera evidente que contrario a contribuir constituyen un verdadero retroceso, pues en su expedición se desconocen los fines de protección de los derechos humanos.

En este sentido, se revisa lo correspondiente a la norma que incorpora en la Ley 2080 de 2021 el control inmediato de legalidad por parte del Consejo de Estado y los tribunales de acuerdo a la competencia, la cual ya ha sido sometida a estudio judicial y determinada su incompatibilidad con la constitución política.

El artículo 23 de la Ley 2080 de 2021 adicionó un artículo 136A que contiene el siguiente texto:

ARTÍCULO 136A. Control automático de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal. Los fallos con responsabilidad fiscal tendrán control automático e integral de legalidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ejercido por salas especiales conformadas por el Consejo de Estado cuando sean expedidos por la Contraloría General de la República o la Auditoría General de la República, o por los Tribunales Administrativos cuando emanen de las contralorías territoriales.

Para el efecto, el fallo con responsabilidad fiscal y el antecedente administrativo que lo contiene, serán remitidos en su integridad a la secretaría del respectivo despacho judicial para su reparto, dentro de los cinco (5) días siguientes a la firmeza del acto definitivo.

Una vez en firme la norma, fueron remitidos fallos con responsabilidad fiscal para surtir el trámite de control de legalidad ante el Consejo de Estado, frente a los cuales el Alto Tribunal

adoptó la decisión de inaplicar los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, por ser contrarios a los artículos 29, 229, 237 y 238 de la Constitución Política, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 4 ibídem y por tanto regresar los expedientes a la Contraloría que emitió, estas decisiones fueron adoptadas mediante autos del 28 de abril y 13 de mayo de 2021.

La Sala Séptima especial en sus consideraciones (Consejo de Estado, 2021a) argumentó que el procedimiento de control inmediato de legalidad de la sentencia con responsabilidad fiscal no garantiza los derechos de los investigados, señaló:

En vez de otorgarles el derecho de acudir a la jurisdicción para impugnar el fallo condenatorio que les fue impuesto por la Contraloría, se le está sometiendo a una especie de acción pública que no garantiza los derechos que la jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene como propósito amparar

(...)

En esa medida, la aplicación de dichas normas resulta en este caso abiertamente incompatible con la garantía constitucional del debido proceso prevista en el artículo 29 de la C.P. con el cual <<nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio>> y con el derecho de acceso a la administración de justicia previsto en el artículo 229 de la C.P.

Ante estas decisiones la Contraloría General de la República interpuso recurso de apelación, por lo que mediante decisión del 29 de junio de 2021, con ponencia del Consejero William Hernández Gómez en auto de unificación jurisprudencial, la sala plena del máximo tribunal de lo contencioso administrativo expuso las razones por las cuales se considera inconstitucional el texto del artículo 23 de la Ley 2080 y por tanto inaplicará en adelante dicha norma.

A continuación se resumen los principales aspectos del auto de unificación expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado.

- Características del control constitucional colombiano

En Colombia se aplica un control de Constitucionalidad mixto, por una parte un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, ya que dichos organismos judiciales por orden expresa de la Carta pueden declarar inexecutable normas de carácter legal o reglamentario que vayan en contra del orden superior, y de otra parte un control difuso, pues los jueces deben ejercer un control constitucional por vía de excepción, consistente en comparar las consecuencias de aplicación de una norma de rango inferior contra los mandatos de la Constitución Política.

- Examen de convencionalidad como componente del control constitucional

El control de convencionalidad desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refiere a la obligación de comparar las normas del ordenamiento jurídico con los tratados internacionales que consagren Derechos Humanos y que hayan sido ratificados por Colombia en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 de la Carta, el denominado bloque de constitucionalidad, este control se desarrolla de manera concentrada por parte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los casos de afectación a los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y, de manera difusa por los jueces de la República, al tiempo que se practica el control de constitucionalidad.

- Antecedentes legislativos de control inmediato de legalidad de los actos administrativos que declaran responsabilidad fiscal y del proyecto de Ley estatutaria de reforma a las disposiciones que lo regulan

La Ley 403 de 2020 en el artículo 152 dispuso el control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal como un trámite preferente, al que solo preceden las acciones de tutela, populares preventivas, de grupo, de cumplimiento, del recurso de habeas corpus, del medio de control de nulidad electoral, y del proceso de pérdida de investidura, esta norma fue derogada por el artículo 87 de la Ley 2080 de 2021, que introdujo el control automático de legalidad regulado en los artículos 23 y 45 que adicionaron los artículos 136A y 185A del CPACA.

Refiere la decisión judicial que el texto fue propuesto en el tercer debate y la comisión se limitó a incorporarlo sin mayor argumentación, y que el Proyecto de Ley de reforma de la Ley Estatutaria 270 incluye la propuesta de derogatoria de dicha norma y otras adiciones para regulación del trámite.

- Respecto de la incompatibilidad de los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021 con las normas constitucionales y convencionales que deben observar

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo estimó que “la aplicación del medio de control automático de legalidad de los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal, regulados en los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, es incompatible con los artículos 29, 229 y 238 de la Constitución y, como consecuencia de lo anterior, también riñe con el artículo 13 ibidem.

Esto, por cuanto limita el derecho del declarado responsable a controvertir la decisión a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual le garantiza la oportunidad de pedir y controvertir pruebas, formular pretensiones que deban abordarse necesariamente en la sentencia que decida el medio de control en virtud del deber de congruencia que se debe seguir en esta materia, ofrece efectividad respecto del eventual restablecimiento de los derechos del declarado fiscalmente responsable y la reparación integral del daño que se le haya causado con ocasión del acto administrativo, en caso de anulación judicial de este último, todos estos aspectos enmarcados dentro del derecho al debido proceso, que debe asegurarse en todas las actuaciones administrativas y judiciales.

Una vez revisados los argumentos expuestos por el Consejo de Estado, resulta evidente, que la incorporación del trámite de control inmediato de legalidad a las sentencias de responsabilidad fiscal, puede considerarse un paso atrás al proceso de constitucionalización del derecho administrativo, incorporado sin un análisis juicioso, contrario a como lo fue el proyecto presentado por la jurisdicción y el gobierno nacional, el cual fue basado en estudio riguroso de las circunstancias cambiantes y las nuevas necesidades del trámite para el aseguramiento de los derechos de los ciudadanos y usuarios de la administración de justicia.

Si bien el control fiscal, hace parte de los intereses generales del Estado y ellos deben prevalecer sobre los intereses particulares, no puede desconocerse en dicho trámite los derechos fundamentales de las personas vinculadas, a quienes debe garantizarse que podrán ejercer de manera debida su defensa y contradicción y que en el evento de ser afectados con una incorrecta decisión sancionatoria podrán ser reparados los daños causados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Andrade, S. (2020). La constitucionalización del derecho administrativo. Del principio de legalidad formal al principio de legalidad material. (Tesis de Maestría). Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Quito, Ecuador.
- Arrieta, A. (s.f.). Por los pasillos de la Corte Constitucional. [Editorial]. DE TODA LA GENTE La Asamblea Nacional Constituyente 1991-2016. Recuperado de <https://proyectos.banrepcultural.org/asamblea-nacional-constituyente/es/texto-catalogo/por-los-pasillos-de-la-corte-constitucional>
- Congreso de la República de Colombia. (25 de enero de 2021) Por medio de la cual se Reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción. [Ley 2080 de 2021]. DO: 51.568.
- Congreso de la República. (18 de enero de 2011) Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011]. DO: 47.956
- Landa, C. (2016). La constitucionalización del derecho administrativo. THEMIS: Revista de Derecho, 69, 199-217. ISSN: 1810-9934
- Senado de la República. (2009). Proyecto de Ley Nuevo 198 de 2009 Senado por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Gaceta del Congreso Senado y Cámara, 18(1173), 01-68. ISSN: 0123-9066
- Suárez, W. (2014). La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. Vniversitas, 129, 317-351. doi: 10.11144/Javeriana.VJ129.cdoj
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sala Séptima Especial de Decisión. (28 de abril de 2021) Radicado 11001-03-15-000-2021-01175-00(A). [CP Martin Bermúdez]
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. (29 de junio de 2021) Radicado 11001031500020210117501. [CP William Hernández]
- Salazar, J. (Dir. Gen.). (2021). Boletín Jurídico. Bogotá: Aeronáutica Civil Unidad Administrativa Especial.