

Los aportes del CdeE y de la JCA al constitucionalismo colombiano y sus retos en el pos-acuerdo. A propósito de los 25 años de la Constitución de 1991

Danilo Rojas Betancourth
Presidente del Consejo de Estado
Agosto 22 de 2016

1. La JCA y el momento constituyente de 1991

Colombia entró de lleno, formalmente, al constitucionalismo contemporáneo con la expedición de la Constitución de 1991. Y el Consejo de Estado fue la institución vigente mayormente fortalecida en ese momento constituyente. Además de preservársele el control jurídico que otrora venía ejerciendo –de lo que fue despojada la Corte Suprema de Justicia para otorgársela a la nueva Corte Constitucional entonces creada–, se le atribuyeron funciones que le aumentaron su poder y visibilidad social.

La más notoria función judicial otorgada, sin duda, fue la decisión final sobre la novísima –aún en la cultura jurídica comparada– acción de pérdida de investidura de congresistas, orientada a mejorar las costumbres políticas y con ello, a fortalecer nuestra democracia. Sin embargo, en estos 25 años de vigencia, igualmente han mostrado su importancia y peso en materia constitucional, dos competencias más otorgadas entonces: el conocimiento de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, esa variante de la vieja acción de plena jurisdicción –o simple nulidad– y la de presentar proyectos de reforma constitucional. Sobre esto, es importante recordar que el CdeE es la única alta Corte con tal potestad.

También en el 91 se sentaron las bases para la expedición de normas que luego servirían para acrecentar aún más el poder constitucional del Consejo de Estado, a través de la Ley Estatutaria de Estados de Excepción (art. 20), al otorgarle competencia para conocer de los decretos reglamentarios expedidos al amparo de los estados de excepción, a través del poco publicitado Control Inmediato de Legalidad. A partir de esos mismos cimientos constitucionales, fue posible la expedición del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, un código moderno próximo a cumplir su primer lustro de vigencia y que ha pretendido poner a pensar y actuar a la administración pública en clave de derechos y no solo como un aparato eficaz.

Aunque no clasificable como un poder constitucional *strictu sensu*, el constituyente del 91 igualmente otorgó al CdeE un poder electoral hasta entonces inédito. Además de intervenir en la elección de los más importantes organismos de control –Procuraduría General de la Nación y Contraloría General de la República–, a través de la elección de sendos candidatos para integrar las respectivas ternas, de conformar las ternas de donde saldrán elegidos tres integrantes de la Corte Constitucional, de participar en la elección del Registrador Nacional del Estado Civil, así como elegir la totalidad de los miembros del Consejo Nacional Electoral, desde 1991 el CdeE elige Auditor General y, lo más importante quizá, ahora visto en perspectiva, elige el 50% de los miembros del Consejo Superior de la Judicatura.

Resulta imposible dejar de mencionar, por el impacto y relevancia que ha tenido para la JCA y para el CdeE en particular, la constitucionalización de la responsabilidad extracontractual del Estado y la acción de repetición. Es mucho lo que se ha escrito sobre el artículo 90 constitucional, pero aquí basta resaltar un dato: por virtud de esta norma, las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos –en gran parte causados por la guerra que vivimos durante muchos años–, han visto facilitado su derecho a la justicia, al igual que los jueces contencioso administrativos encargados de resolver sus reclamaciones, han encontrado en tal disposición constitucional un instrumento normativo poderoso para fundamentar la imputación del daño al Estado.

Todo ello sin duda ha hecho del CdeE una institución fuerte y con gran protagonismo social.

2. El CdeE durante la vigencia de la Constitución de 1991

Esa visibilidad pública y ciertas evaluaciones políticas de su actuar, ha hecho también blanco fácil a nuestra Corporación. Ya en el 2003, se le despojó totalmente de su participación en la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral y más recientemente, la llamada reforma al Equilibrio de Poderes le suprimió su participación en la elección del Contralor General de la República y al desaparecer la Sala Administrativa del CSJ, también desapareció, sustancialmente, su poder de elegir los miembros del órgano de administración y gobierno de la Rama Judicial. Como se sabe, esta potestad se revivió con ocasión de la sentencia de la

Corte Constitucional que encontró inconstitucional buena parte de la reforma al Equilibrio de Poderes.

Mientras tanto, el Consejo de Estado ha contribuido con el constitucionalismo colombiano y latinoamericano. La jurisprudencia que se ha erigido en materia de derechos colectivos, derechos laborales, derecho de daños, derecho tributario, derecho electoral y la doctrina construida por la Sala de Consulta y Servicio Civil en estos y otros temas, muchas de ellas en clave constitucional, son el mejor indicador del cumplimiento de sus labores constitucionales –una muestra de tal jurisprudencia y doctrina se encuentra en edición para ser publicada–.

Pero adicionalmente el CdeE ha hecho eco frecuente del mandato constitucional consagrado en los artículos 93 y 94, para dar paso a la aplicación de tratados y convenios internacionales –con o sin la expresión bloque de constitucionalidad–, en especial las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En efecto, la aplicación de esta norma internacional –que no el control de convencionalidad–, las reglas del DIH y los Convenios de la OIT, son moneda corriente en los argumentos de nuestra jurisprudencia.

3. Los retos constitucionales e institucionales del CdeE y de la JCA para los próximos 25 años

Colombia entró en los últimos años en un proceso que puede llamarse sin exageración, un punto de inflexión histórico, solo comparable con momentos como el de 1991, o el de 1957, o el de 1886 o el de 1810. El próximo viernes 26 de agosto, en efecto, se cumplen cuatro años de haberse instalado en La Habana la Mesa de Negociación que se espera lleve a su fin, un conflicto armado largo, doloroso y costoso.

De continuar el avance que hasta ahora ha mostrado, se producirá en el presente semestre un revolcón institucional sin precedentes, solo comparable con la revolución silenciosa que produjo la renuncia de las Farc a disputar los monopolios estatales por los que luchó durante los últimos 50 años: la fuerza, la justicia y los tributos. Así, desde que formalmente –en especial desde el comunicado conjunto 75– las Farc anuncian el cese al fuego y la entrega de armas, el sometimiento a lo que diga la Corte Constitucional acerca de la forma como se refrendará el Acuerdo Final y la ratificación de no secuestrar más, la lectura correcta que debe hacerse corresponde a la del abandono de una forma sangrienta

de acceder al poder público. Es, sin duda, un acontecimiento histórico que hay que celebrar.

Pero ello no quiere decir que deba bajarse la guardia. El ingreso de lleno al Estado de derecho que este suceso comporta, aumentará el protagonismo de los encargados de vigilar su materialización final, y esos no son otros que los jueces. Y allí el juez contencioso administrativo tiene un papel particularmente relevante. Si hemos de creer en la tesis de Max Weber de que en el Estado moderno el poder está en el manejo de la burocracia estatal, no está demás recordar que, esencialmente, somos los jueces de las instituciones más fuertemente asociadas con esa burocracia weberiana, valga decir las organizadas jerárquicamente: el Ejecutivo – nacional y local–, la Fuerza Pública, la Rama Judicial, los organismos de control –Procuraduría y Contraloría– y la propia organización electoral.

El ingreso así sea temporal del Acuerdo Final, como parte del bloque de constitucionalidad, según lo prevé el AL 1 de 2016 –que entraría a regir una vez realizado el plebiscito–, facilitará el producido normativo que hará realidad un sinnúmero de instituciones que afectarán en uno u otro sentido muchas de las existentes y tocará radicalmente sus funciones misionales. La acción de tutela, los procedimientos jurídicos estándar, la cosa juzgada, la forma de financiamiento, entre otros, serán institutos alterados por las modificaciones normativas que se avecinan.

La JCA y particularmente el CdeE igualmente verán afectadas sus competencias y funciones misionales con la creación de distintos organismos previstos. la Jurisdicción Agraria –cualquiera sea la forma que finalmente adquiera– modificará importantes competencias que sobre la propiedad inmueble y el uso del suelo tiene el CdeE. La Jurisdicción para la Paz, al tener entre sus competencias la reparación de las víctimas del conflicto armado, necesariamente, interferirá el modo como el CdeE y la JCA en general, aplica la reparación integral –por cierto con estándares semejantes a como hace la Corte IDH– y construye una narrativa del conflicto y con ello nuestra propia historia y la verdad de lo sucedido.

Sin ser tan claros como en los casos de las nuevas jurisdicciones mencionadas, lo pactado en el punto ii del Segundo Acuerdo en La Habana, aliñado con algunos sucedáneos políticos, da a entender que se producirá un nuevo sistema y régimen electoral que podría tocar sensiblemente la función de control electoral del CdeE, incluida la pérdida de investidura de congresistas.

Una revisión de lo que ha ocurrido con los jueces y sus competencias en los lugares del mundo que han tenido transiciones semejantes a la nuestra, lo que muestra es la creación de organismos judiciales con competencias como las que actualmente tiene la JCA colombiana en materia de tierras, derechos laborales –pensiones de invalidez causadas en la guerra–, derechos políticos y reparaciones integrales. Ojalá esas lecciones se lean adecuadamente junto con nuestra propia y particular historia institucional, pues bien mirado, lo que en el derecho transicional comparado apenas recientemente se instituyó, en Colombia lleva más de 100 años de funcionamiento: la JCA con el Consejo de Estado a la cabeza.

El pasado, el presente y el futuro, entonces muestran la pertinencia de aprovechar la coyuntura para fortalecer las instituciones cuyo funcionamiento ha sido idóneo. La estructura y funcionamiento del CdeE son un ejemplo en toda América y su jurisprudencia un faro en muchas latitudes. Quienes en este momento histórico integramos la JCA, tenemos la responsabilidad de hacer notar lo que otros no quieran ver y exigir que los ajustes por venir no arrasen lo construido con la prudencia que solo muchos años de trabajo otorgan. El país sabe de sobra que solo la justicia asegura la paz. Sin perjuicio de los experimentos institucionales que la tensión de un diálogo difícil pueda generar –como puede ser el adelantado en La Habana–, no está demás decir que, en esencia, los jueces para la paz, ya están aquí.

Muchas gracias.