

**LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN EN EL
ÁMBITO DE LA GESTIÓN PÚBLICA**

Luisa Elena Muñoz Alvarez
Diciembre 2018.

Escuela Superior de Administración Pública - ESAP.
Especialización en Gestión Pública.

Resumen

La excepción de inconstitucionalidad en Colombia ha sido definida por vía jurisprudencial como la facultad que tienen los operadores jurídicos en un proceso judicial o administrativo, para que de manera oficiosa o a solicitud de parte, puedan inaplicar una disposición legal cuando detecten una clara contradicción de éstas, con las normas Constitucionales, asegurando de esta forma el principio de supremacía constitucional. No obstante, es una figura poco utilizada en el ámbito de la gestión pública debido a la falta de desarrollo legal y reglamentario, lo que genera temor e incertidumbre en su aplicación, por lo que ha sido la jurisprudencia la encargada de establecer las reglas que rigen ésta figura y la forma en que la misma debe aplicarse. De esta forma, el presente estudio pretende realizar un análisis de la excepción de inconstitucionalidad en nuestro país al constituirse en un instrumento de control en el ámbito de la gestión pública, que puede afectar las decisiones adoptadas por diversas autoridades.

Abstract

The exception of unconstitutionality in Colombia has been defined by jurisprudential way as the faculty that the legal operators have in a judicial or administrative process, so that informally or at the request of a party, they can not apply a legal provision when they detect a clear contradiction of these, with the Constitutional norms, thus ensuring the principle of constitutional supremacy. However, it is a figure little used in the field of public management due to the lack of legal and regulatory development, which generates fear and uncertainty in its application, which

is why jurisprudence has been in charge of establishing the rules that govern this figure and the way it should be applied. In this way, the present study intends to carry out an analysis of the unconstitutionality exception in our country by constituting an instrument of control in the field of public management, which may affect the decisions adopted by various authorities.

Contenido

Capítulo 1 Introducción e información general	1
1. Objetivos generales y específicos	3
2. Antecedentes y definición de la Excepción De Inconstitucionalidad en Colombia.	4
3. Desarrollo y aplicación de la Excepción De Inconstitucionalidad.	6
4. La Excepción de Inconstitucionalidad en la Corte Constitucional.	9
5. Los Servidores Públicos y la Excepción de Inconstitucionalidad.	11
Capítulo 2 Conclusiones Finales.....	20
Referencias.....	24

Capítulo 1

Introducción e información general

Desde que las personas comenzaron a organizarse en clanes, tribus, grupos, etc. han existido normas o parámetros de conducta que los organizan y moldean sus comportamientos para lograr la armonía de la comunidad. En ese sentido la Grecia antigua, donde se originó el Estado como organización superior, no fue la excepción al consolidar el término democracia que no es otra cosa que el Gobierno del Pueblo y para el Pueblo, donde la comunidad hace parte de las decisiones del Estado para un mayor beneficio de todos. Las relaciones especiales de sujeción que implican cumplimiento y obediencia, surgen a finales del siglo XI en la edad media, en contraposición con lo que existía hasta ese momento por cuanto en los albores monárquicos, no hay esa sujeción en virtud del poder soberano ejercido por el monarca, donde el control se limitaba a jurar lealtad y obediencia al rey al momento de ejecutar las órdenes impartidas por el soberano.

Ya en la época moderna y al ser más compleja la organización del Estado, se empezó a requerir de personal especializado para desempeñar los cargos, provocando un aumento en el número de servidores para el desarrollo de la actividad estatal. Posterior al acaecimiento de la revolución norteamericana (1776) y la revolución francesa (1789) hay un despertar de la humanidad y un cuestionamiento a quienes ostentan el poder, lo que conlleva a los ciudadanos a darse cuenta que, así como contribuyen al sostenimiento del Estado, éste debe prodigarles bienes y servicios generando una relación de resultado y no solo de medio a los administrados.

Colombia no fue ajena a estos movimientos y en la formación de nuestra nación independiente en el siglo XIX, se adoptan nuestras primeras Constituciones Políticas con el fin de tener un orden superior que inspire el nuevo Estado que se está formando y que amparan los lineamientos fundamentales de una sociedad en desarrollo. Es en este proceso, donde una persona investida de autoridad se puede encontrar con una norma que contraría los preceptos constitucionales e inaplique los mismos con el ánimo de preservar los principios de supremacía constitucional, seguridad jurídica e igualdad, lo cual configura por vía difusa, un control de constitucionalidad objeto de investigación a través del presente estudio. Así, se establece como pregunta investigativa: ¿Excede los límites materiales del debido proceso, el servidor público que, invocando la excepción de inconstitucionalidad, se aparta del cumplimiento de una ley por considerarla contraria a la Constitución Política o, por el contrario, al cumplirla configura una vía de hecho? Por esto, luego de un avance en el estudio propuesto, extraeremos aspectos concretos que ilustrarán a los operadores jurídicos sobre la aplicación de este tipo de control.

La presente investigación contiene una estructura del desarrollo de la figura de control por vía de excepción, así como la procedencia de la aplicación de la figura de la excepción de inconstitucionalidad en el ámbito de la gestión pública sin que esto conlleve el incumplimiento a los deberes y funciones de los servidores públicos, según lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución Política. Iniciaremos con una corta explicación de su desarrollo en Colombia y un breve recuento del desarrollo en la Corte Constitucional, que permite estructurar su aplicación por vía jurisprudencial.

1. Objetivos generales y específicos.

Objetivo general

Determinar la procedencia de la excepción de inconstitucionalidad en aquellos eventos derivados de la aplicación de una ley que es contraria a los mandamientos constitucionales, asegurando de esta forma el principio de supremacía constitucional.

Objetivos Específicos

- Establecer la forma de aplicar la excepción de inconstitucionalidad por parte de los operadores jurídicos encargados de dar cumplimiento a las normas, cuando evidencien que las mismas son contrarias a los preceptos constitucionales.
- Indagar los motivos por los cuales los servidores públicos no dan cumplimiento la excepción de inconstitucionalidad no obstante la no concordancia de una norma con la Constitución Política de Colombia.
- Exponer las consecuencias posibles derivadas de la no aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

2. Antecedentes y definición de la Excepción De Inconstitucionalidad en Colombia.

Siempre se ha pensado en la posibilidad de dejar de aplicar normas por ser contrarias a preceptos superiores y en ese campo, Colombia no ha sido la excepción al acoger la figura del control por vía de excepción o excepción de inconstitucionalidad, definida por la jurisprudencia Constitucional como la facultad que tienen los operadores jurídicos en un proceso judicial o administrativo, para que de manera oficiosa o a solicitud de parte, puedan inaplicar una disposición legal cuando detecten una clara contradicción de éstas, con las normas Constitucionales. Por esto, y ante lo trascendental del asunto, es preciso ahondar sobre su desarrollo y los alcances que actualmente tiene en el ámbito de la gestión pública, teniendo en cuenta que es una figura con origen en la Constitución de 1886, modificada por el art. 40 del Acto Legislativo No. 3 de 1910, el cual dispuso que en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, se aplicarían las disposiciones Constitucionales.

En 1991, los constituyentes revisaron la figura y consideraron necesario preservar y fortalecer el principio de la supremacía constitucional, a través del derecho de aplicación preferencial de las normas jerárquicas superiores, configurando de este modo un control por vía de excepción o excepción de inconstitucionalidad como comúnmente se conoce, consagrado en el artículo 4° de nuestra Carta Magna, el cual señala que la Constitución es norma de normas y en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

El cambio constitucional que se surtió en 1991 donde pasamos de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho, constituye el fundamento que arraigó la figura de la excepción de inconstitucionalidad. En efecto, en el Estado de Derecho el principio de legalidad es el criterio predominante y el juez tenía que aplicar la ley por más dura e inequívoca que fuese ya que era el intérprete natural de la misma, contrario sensu al nuevo escenario del Estado Social de Derecho, donde se da prevalencia a los valores y principios constitucionales y el juez no solo tiene el papel de aplicar la ley, sino de interpretarla para lograr una justicia equitativa. Este cambio da la posibilidad a un servidor público de realizar juicios valorativos que permitan determinar la conveniencia o no, de aplicar en el ámbito de la gestión pública, una disposición legal que en criterio del operador jurídico, es abiertamente contraria a las disposiciones constitucionales.

En ese escenario, se configura entonces en el derecho colombiano, un mandato constitucional amplio que da la posibilidad de ejercer un control difuso de constitucionalidad por vía de excepción, de naturaleza bastante desarrollada porque lo pueden ejercer los jueces, autoridades administrativas e incluso los particulares en los términos del Artículo 116 de la Constitución Política. No obstante, en todos los eventos se pretende la protección de los derechos de las personas ante la aplicación de preceptos legales que contravienen la normatividad constitucional.

Por lo tanto, a partir de la Constitución Política de 1991 se genera una evolución del derecho en nuestro país, en donde el funcionario no es solo un aplicador de la norma, sino también un intérprete de la misma que le permite materializar los principios y valores que

encuentra en la Carta Magna a través de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad que constituye una defensa y a su vez, una garantía para las personas en virtud del Estado Social de Derecho. Visto lo anterior, procedemos a plantearnos el siguiente interrogante: Puede un servidor público apartarse del cumplimiento de la ley bajo el argumento de ser ésta contraria a los postulados contenidos en la Constitución Política, sin incurrir en ninguna falta de tipo disciplinario o penal?

3. Desarrollo y aplicación de la Excepción De Inconstitucionalidad.

El Control de Constitucionalidad es indispensable para el desarrollo idóneo y planeado de un Estado Democrático, donde el principio de legalidad, de tridivisión de poderes, la postulación y protección de libertades y derechos individuales, sociales y colectivos, son una garantía viable a la comunidad en general y la organización estatal para el logro de los fines establecidos por el Estado, sumado a la legitimidad del poder, los principios y los valores establecidos. Esto, ya que se cuenta con mecanismos eficaces que permiten actuar en defensa del orden constitucional establecido.

En Colombia, no obstante la figura de la excepción de inconstitucionalidad ha sido desarrollada por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado a través de la jurisprudencia como fuente material del derecho. Usquiano (2017) afirma: “la Corte Constitucional ha venido realizando un activismo judicial que ha definido los alcances de los derechos constitucionales y, asimismo, ha establecido la forma de su materialización en sus sentencias” (p.20). De esta forma, las corporaciones le han dado contenido y límites específicos a la figura, con lo cual los operadores y la autoridad con jurisdicción, la pueden

aplicar con más argumento, pero siempre, ratificando el principio fundamental de la supremacía constitucional. Según Ochoa (2010): “En múltiples ocasiones, el Consejo de Estado en sus decisiones ha acudido a sentencias de la Corte Constitucional para fundamentar situaciones basadas en la aplicación de la figura, pero este órgano la desarrolla con más perspectiva: debe tratarse de la inaplicación de una norma completa, con sentido, y no una mera parte de la misma; argumenta que es improcedente la excepción por una errada interpretación de la norma; y no se puede ejercer la excepción de inconstitucionalidad mediante derecho de petición cuando existe una sentencia judicial, entre otros aspectos”. (p. 59). En cuanto a los sujetos, ambas Cortes aceptan la interpretación amplia del artículo 4° de la Carta al indicar que todas las autoridades con jurisdicción pueden ejercer la excepción de inconstitucionalidad, pero en todo caso sin reemplazar al control concentrado principal que le concierne a la Corte Constitucional. También el Consejo de Estado, ha definido la figura objeto de estudio bajo unas características particulares, calificando su aplicación como un control de constitucionalidad de carácter concreto porque carece de la nota de generalidad que es propia del control en abstracto, puesto que la definición acerca de si existe o no incompatibilidad entre la norma inferior y las constitucionales debe producirse en el caso específico, singular, concreto y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese marco jurídico preciso. (Sentencia 3975-4032 de 2006).

De igual manera concuerdan las Altas Cortes, en que puede ser solicitada por la parte que se entiende afectada o de oficio. Pero existe una diferencia en cuanto a la aplicación:

la Corte Constitucional no expresa taxativamente la necesidad de tener un interés legítimo, esto es, la vulneración de un respectivo derecho, mientras el Consejo de Estado, lo exige como requisito sine qua non (término latino utilizado para expresar una condición que necesariamente ha de cumplirse o es indispensable para que suceda o se cumpla algo). (Ochoa, 2010, p 60). También es menester precisar sobre la diferencia tajante que existe entre los efectos del fallo de la figura objeto de estudio y la acción pública de inconstitucionalidad, los cuales han sido analizados por el alto tribunal Constitucional al señalar que los efectos de la excepción de inconstitucionalidad son Inter- Partes únicamente, en tanto que los efectos de una sentencia por inconstitucionalidad son de carácter general de obligatorio cumplimiento.

Por tanto, al aplicar la excepción de inconstitucionalidad a un caso concreto, no se está vulnerando el derecho a la igualdad, no se discrimina, pues no se hace una distinción infundada, se estudia la decisión con base en una norma cuyos postulados contrarían a la Constitución, y se adopta la mejor decisión de acuerdo a la finalidad perseguida en los preceptos constitucionales. Por otra parte, las instancias judiciales correspondientes aceptan y desarrollan su aplicación con el fin de preservar el orden constitucional vigente y las garantías derivadas del mismo. (Vidal Perdomo, 1987).

Ahora bien, para hacer uso de este medio excepcional, es necesario que la contradicción sea manifiesta, es decir, que la norma constitucional y la legal riñan de tal manera que del simple cotejo resulte absolutamente incompatible su aplicación simultánea. Al quedar en evidencia la incompatibilidad entre las dos normas, no pueden aplicarse al mismo tiempo,

razón por la cual, una debe ceder ante la otra pero bajo el imperio constitucional pues la defensa de la Constitución resulta más importante frente a aquellas normas que no tienen dicho rango. Desde luego que la norma inaplicable por ser contraria a la Constitución, no queda anulada o declarada inexecutable, pues esta función corresponde a los organismos judiciales competentes en virtud del control constitucional.

4. La Excepción de Inconstitucionalidad en la Corte Constitucional.

Es importante el valor jurisprudencial que encontramos en la Corte Constitucional, la cual a través de los fallos proferidos desde 1991, ha desarrollado la figura de la excepción de inconstitucionalidad bien sea en virtud de una acción de inconstitucionalidad o de revisión de una acción de tutela. Sus sentencias tienen valor vinculante por cuanto tienen fundamento en el artículo 230 de la Constitución Política, al disponer que la jurisprudencia entre otros, es un criterio auxiliar de la actividad judicial.

Este alto Tribunal ha precisado el alcance de la excepción de inconstitucionalidad y en una de las primeras sentencias expedidas, la No. T-101.419 de 1996 argumentó que cuando un funcionario aplica una disposición vigente pero que tiene el mismo contenido de una que ha sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional, viola el principio constitucional contenido en el artículo 4º, por lo que está obligado a aplicarla y de no hacerlo, estaría en presencia de una vía de hecho.

En este mismo sentido, mediante auto No. 035 de 2009, autoriza su empleo en casos en que la aplicación de una norma legal vulnere derechos fundamentales de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bajo las siguientes condiciones:

- Que se constate que la aplicación de las normas administrativas o legales amenaza o impide la protección de los derechos constitucionales.
- Que no exista vía alternativa igualmente eficaz para remover el obstáculo en el momento necesario.
- Que se deduzca claramente de la Constitución la necesidad de garantizar un derecho constitucional, en este caso el goce efectivo del derecho a la salud, siempre que el obstáculo normativo para avanzar en su materialización específicamente señalado.

La Corte entiende que en muchas situaciones, los funcionarios administrativos tienen dificultades para aplicar la excepción de inconstitucionalidad y más aún tratándose de vulneración a los derechos fundamentales, que son de inmediata aplicación lo cual reclama que su ejercicio sea más riguroso, ya que busca garantizar la dignidad humana por cuanto el Estado deja de ser un sujeto pasivo para convertirse en uno activo que debe trabajar por mantener esos mínimos estándares.

Es así que la Corte Constitucional en sentencia C-119 de 2008 estableció que el juez puede inaplicar por inconstitucional, la normativa del plan obligatorio de salud cuando dichas normas contienen exclusiones que para el caso en concreto pongan en riesgo la vida y la dignidad de las personas. Igualmente ha establecido como presupuesto indispensable para aplicar la excepción de inconstitucionalidad de los planes básicos de salud en los regímenes contributivo y subsidiado, que le corresponde al afectado, demostrar que hay una amenaza o vulneración de derechos fundamentales con la no entrega de un

medicamento o la no autorización de un tratamiento que no pueda ser sustituido por alguno de los existentes en los planes básicos de salud y que el paciente no tenga capacidad económica.

De lo anterior inferimos, que la excepción de inconstitucionalidad ha sido desarrollada vía jurisprudencial por la Corte Constitucional, órgano éste que a través de sus fallos ha dado lineamientos para su aplicación en los casos de contradicción de una ley frente a las disposiciones constitucionales, siendo el tema relacionado con el derecho fundamental a la salud, el que más ha dado lugar para que la máxima autoridad constitucional en nuestro país, se pronuncie.

5. Los Servidores Públicos y la Excepción de Inconstitucionalidad.

El preámbulo de nuestra Constitución es una declaración solemne de los propósitos, valores, principios y necesidades de nuestro país, que constituye el ordenamiento superior para programar su futuro. Con esta definición, se da una primera aproximación a lo deseado por el constituyente cuando consagró el imperio de un orden político, económico y social justo y la supremacía constitucional establecida en el art 4º de la Constitución Política que es Norma de Normas. Se aborda de esta forma el desarrollo del principio de legalidad el cual implica que los órganos que integran la administración pública y que ejercen el poder ejecutivo, no son los únicos que se encuentran sujetos a las normas de derecho, sino que también los demás órganos del Estado, incluyendo al legislador, están sometidos al imperio de la Constitución y la Ley. De esta forma, se empieza a establecer el sometimiento indeleble que todos los colombianos tenemos frente a la normativa superior, como

consecuencia del Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, la solidaridad de las personas y la prevalencia del interés general.

Por esto, las actividades de los diversos órganos del Estado y de sus autoridades, los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas deben ser también ejercidas conforme a la Ley correspondiente y dentro de los límites establecidos en la misma por cuanto su transgresión implica responsabilidad. Cuando esto no ocurre, surge la potestad disciplinaria del Estado, justificada por la necesidad de garantizar que estos, en el ejercicio de sus funciones, den cumplimiento a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que deben guiar la función administrativa, con sujeción a la Constitución y la Ley. En tal virtud, estas disposiciones legales son un instrumento de vital importancia por cuanto dan el marco jurídico para el accionar de los servidores públicos que coadyuvan el aparato estatal que pretende el cumplimiento de sus fines en sus diversos sectores (educación, salud, infraestructura etc...). En tal sentido, suministra las herramientas para que el ciudadano como receptor de la actividad estatal, manifieste su inconformidad si observa que sus derechos son vulnerados y al mismo tiempo obliga a la administración a responder oportunamente conforme a las leyes. De igual manera, permite que el ciudadano y el servidor público tengan una guía de acción que revela sus derechos y deberes contribuyendo a facilitar de manera lógica los procedimientos y actuaciones entre ellos. Como corolario de lo anterior, el artículo 123 de la Constitución Política dispone que los servidores públicos están al

servicio del Estado y de la comunidad y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

De esta manera, los servidores públicos tienen limitada su actuación y no pueden extralimitarse en el ejercicio de su función, lo cual generaría inconvenientes de tipo penal o disciplinario según los lineamientos establecidos en la Ley 734 de 2002 o Código Único Disciplinario. Pero, no obstante estar su actividad determinada por un marco legal, puede ocurrir que en el ejercicio de función, el servidor público se encuentra ante una disposición contraria a la Constitución y es en ese momento que debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad concebida como ya la hemos definido, previa realización de un juicio de confrontación objetivo que fundamente su decisión, sin que esto implique infracción al régimen disciplinario o penal ya que su fin último es la protección del ordenamiento superior.

Actualmente, la figura de la excepción de inconstitucionalidad entre los servidores públicos, no pasa de ser una figura meramente teórica, inaplicada así estemos ante una norma contraria a los preceptos constitucionales, debido al temor de ser acusado de incurrir en algún tipo de falta como es el caso del prevaricato, el cual se presenta cuando los servidores públicos se apartan de la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes en casos en los cuales se presenta una simple subsunción, no por violar la jurisprudencia, sino la Constitución o la ley directamente. (Sentencia C-335 de 2008).

Para el fortalecimiento del Estado Social de Derecho se requiere del interés y decidido entusiasmo de los servidores públicos para profundizar en el conocimiento constitucional

y así extraer del mismo, una multitud de beneficios, que hoy están sin aplicar, para avanzar hacia la conformación de una sociedad más justa y equitativa. (Muñoz y Triana, 2010, p.159).

Ahora bien, lo que resulta interesante es conocer en cuales eventos procede la excepción de inconstitucionalidad y cuáles son sus requisitos de procedibilidad: la administración se pronuncia mediante actos administrativos bien sea de carácter general o particular y concreto y por esto, los servidores públicos deben tener en cuenta que la excepción de inconstitucionalidad no tiene aplicación ante situaciones administrativas concretas que crean derechos a favor de un particular. De permitirse esta posibilidad, el funcionario estaría realizando un control de legalidad en donde desconoce la propia esencia del acto, por cuanto estaría dando aplicación a la revocatoria o extinción del mismo sin cumplimiento de los requisitos legales, lo que haría perder su eficacia.

Frente a esto, el Consejo de Estado en sentencia No. 52001-23-31-000-2005-01400-01(3853) de 2006, se ha pronunciado afirmando que la excepción de inconstitucionalidad, opera sólo respecto de la ley u otra norma jurídica, lo que equivale a señalar que el marco competencial de quien decide inaplicar una ley o un precepto jurídico se reduce exactamente a eso, a leyes en sentido formal o material o a normas jurídicas. Por lo mismo, es claro que los actos administrativos de contenido particular y concreto, al no alcanzar la categoría de leyes o normas jurídicas en sentido formal, y al carecer de muchos de sus atributos (impersonalidad, abstracción y generalidad, entre otros), no pueden ser objeto de inaplicación por supuesta oposición a la Constitución. El funcionario que advierta la no

concordancia del acto administrativo con las disposiciones constitucionales, debe acudir a la jurisdicción competente para que establezca esa ilegalidad y declare su nulidad. De lo contrario, se trataría de una actuación ilegal, que excede el límite de su competencia. Este es el primer aspecto a examinar por parte del servidor público: que no se trate de una situación particular y concreta contenida en un acto administrativo de esta naturaleza, por cuanto en situaciones de este tipo no procede la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

Otro aspecto a considerar es que no todos los servidores públicos pueden inaplicar la ley fundamentados en el control difuso por vía de excepción de inconstitucionalidad. Ésta facultad está reservada a los servidores descritos en el artículo 116 de la Carta Magna, es decir, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, Comisión Nacional de Disciplina, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, la Justicia Penal Militar, la autoridad administrativa o el particular investido de la función de administrar justicia, lo cual implica un compromiso social con responsabilidad.

Por otra parte, es preciso señalar que hay factores que inciden en la aplicación de este tipo de control, tal es el caso de la formación académica del operador jurídico. En efecto, el servidor público debe tener conocimiento de la normativa que conforma el ordenamiento jurídico, cuestión esta que puede no presentarse en el caso de otras autoridades administrativas o de particulares que imparten justicia, hecho este que incide en la decisión que tome y de lo cual depende si protegen o no los derechos constitucionales a través del principio de supremacía constitucional. Esta formación es indispensable para la realización

previa del juicio valorativo en el cual fundamente su decisión y quede en evidencia la no concordancia de la Ley con el ordenamiento constitucional. Por esto, debe plantear opciones de solución ajustadas a derecho, innovadoras, capaces de satisfacer las necesidades sociales y culturales, existiendo armonía entre la Carta Magna y la Ley: Este es el fin último que debe primar en el juicio valorativo realizado por el servidor público.

Se deben concientizar los servidores públicos, en el sentido de hacer ver que no son pocos los desatinos en los que incurren cuando dejan de dar aplicación a la voluntad del constituyente a través de los principios constitucionales, por la reverencia de la ley y el principio de legalidad de las normas que afectan intereses generales del derecho y los ciudadanos. Por el contrario, deben entender que la excepción de inconstitucionalidad es una herramienta de control constitucional bastante desconocida, que ha sido ignorada por los ciudadanos y de muy poca aplicación por parte de los servidores públicos, convirtiéndola en un mecanismo subutilizado.

En el desarrollo de la función administrativa, los servidores públicos son sujetos de una gama de responsabilidades, como la disciplinaria, la penal, la fiscal y la patrimonial. Por lo tanto, estos prefieren no afrontarlas, en consecuencia, optan por no salir de la aparente esfera de protección de la Ley y terminan haciendo las cosas como siempre se hacen y sin el más mínimo riesgo de enfrentar un proceso y de romper esquemas preestablecidos, sin dar lugar a la aplicación de la figura objeto de estudio. Por esto, en opinión de Cortés y Ríos (2017) se planteó la hipótesis de que la excepción de inconstitucionalidad era ineficaz como mecanismo de control constitucional puesto que no era aplicada por funcionarios

judiciales a la hora de resolver casos concretos en los que estaban involucrados derechos constitucionales. Cuando el servidor público vislumbra la transgresión normativa, es su deber hacer prevalecer el ordenamiento fundamental sobre la normatividad inferior, con el objeto de mantener incólume el orden jurídico, en su escala jerárquica y, además, propendiendo por el equilibrio de la distribución de competencias y garantizando la protección de los derechos de las personas, sin que esto sea óbice para que la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad proceda a solicitud de la parte interesada y sin que esto supere los límites del debido proceso. Esto implica que el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad trae las siguientes consecuencias: la aplicación inmediata de la Carta, la interpretación constitucional y la justicia constitucional, previa interpretación.

Otro aspecto a resaltar lo constituye el temor del operador jurídico para la aplicación por vía de excepción ante la falta de reglamentación que determine el procedimiento a seguir, cuestión que justifica el estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual, al ser órgano de cierre está revestida de autoridad para establecer lineamientos en materia de interpretación constitucional que permite adoptar criterios objetivos para la aplicación del control por vía de excepción.

A su vez, debemos mencionar que la aplicación de la ley no conforme con las normas constitucionales, trae consecuencias que trascienden y pueden generar un detrimento al receptor de la misma, en tanto causa impactos negativos derivados de su aplicación. En la sentencia SU 132 de 2013, la Corte Constitucional, estableció como criterio, que el operador jurídico que realice una interpretación normativa sin tener en cuenta que es

contraria a los derechos y principios constitucionales, incurre en vía de hecho por defecto sustantivo al inaplicar el control por vía de excepción, por lo que se expide un fallo con fundamento en normas que, siendo de menor jerarquía, van en contra de los principios y derechos establecidos en la Constitución Política y, así, se genera un quebrantamiento de la misma. En este aspecto, mediante sentencia T – 518 de 1995, la Corte Constitucional definió que las vías de hecho se producen cuando se expide una decisión judicial contraria a la Constitución y además, los servidores públicos y específicamente los funcionarios judiciales, no pueden interpretar y aplicar las normas en forma arbitraria, pues ello implica abandonar el ámbito de la legalidad y pasar a formar parte de actuaciones de hecho contrarias al Estado de derecho.

Ilustrando la aplicación de la figura en la práctica, en sentencia de revisión de tutela No. T – 681 de 2016, la Corte Constitucional, se pronunció sobre la excepción de inconstitucionalidad en un caso relacionado con las causales que inhabilitan el acceso a los subsidios de vivienda, para beneficiar a una adulta mayor en condición de discapacidad, ya que quedó en evidencia su vulnerabilidad frente al tema de una vivienda digna. En efecto, la persona adulta había sido desalojada de su vivienda por riesgo inminente de desastre, pero se le estaba negando por parte de las autoridades correspondientes, el derecho a tener una vivienda digna bajo el pretexto de que en anterior oportunidad en el año 1986, había sido beneficiaria de un subsidio de vivienda. Esa decisión tenía como fundamento lo dispuesto en el artículo 16, literal (c), del Decreto 2339 de 2013 expedido por el Alcalde

de Medellín, donde se establece como impedimento para postularse al subsidio municipal de vivienda, el haber recibido previamente una ayuda de este tipo.

La Corte considera que en materia de asignación de subsidios de vivienda, en ciertos casos es necesario aplicar la excepción de inconstitucionalidad a causales de inhabilidad para acceder a estos, por cuanto a la postre limitan el goce efectivo de un derecho fundamental, los cuales deben ser garantizados a sujetos de especial protección debido a las condiciones de vulnerabilidad advertidas. Por esto, indica el alto tribunal que procede la aplicación ante la prohibición contenida en el Decreto 2339 de 2013 por cuanto aplicarlo en el caso presente, significa mantener una situación de desprotección a una persona vulnerable y se perpetua la imposibilidad de gozar de su derecho a la vivienda a través del financiamiento del estado y no cuenta con recursos propios para acceder a un vivienda, en arrendamiento o compra.

Este es un caso evidente de la valoración normativa que debe realizar el servidor público para la aplicación del precepto: en efecto, la norma contenida en el Decreto 2339 de 2013 está vigente pero su aplicación irrestricta, causa un perjuicio irremediable a una persona en condición de vulnerabilidad.

En otra sentencia más reciente identificada con el número T – 215 de 2018, la misma Corte Constitucional, nuevamente ratifica lo que a través de infinidad de pronunciamientos ha venido desarrollando en torno a la figura de la excepción de inconstitucionalidad. En efecto, argumenta que el artículo 4º superior recuerda que la Constitución es norma de normas y en caso de incompatibilidad entre ésta y una ley, prevalece la norma

constitucional. Es tal su importancia en un Estado Social de Derecho, que incluso, la inaplicación de una norma contraria a la Constitución es una facultad que debe ejercerse oficiosamente por parte de la autoridad, buscando proteger el orden superior. Este pronunciamiento lo realizó al analizar mediante la revisión de cinco (5) tutelas, la situación de adultos mayores en condición de vulnerabilidad, a quién sus EPS les niega el suministro de pañales, suplementos vitamínicos y productos de aseo personal, bajo el argumento de estar por fuera del Plan Obligatorio de Salud – POS. La Corte entiende que el suministro de estos elementos no tiene una incidencia directa en la recuperación o cura de la enfermedad del paciente, pero sí va a permitir que la persona pueda gozar de unas condiciones dignas de existencia, por lo que en el presente escenario, es necesario examinar si el precepto que excluye los pañales desechables del Plan Básico de Salud contenido en la Resolución 5267 de 2017 emanada por el Ministerio de Salud y Protección Social, en los casos que se analizan, deben ser objeto de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, para que los usuarios accedan a estos insumos, dando prevalencia al interés constitucional de protección al adulto mayor.

Capítulo 2

Conclusiones Finales

En Colombia se presenta un control de constitucionalidad mixto, representado por la excepción de inconstitucionalidad, característica del control difuso, y la acción pública de inconstitucionalidad a cargo de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado (quién conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el

Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional), los cuales buscan la supremacía y guarda de la Constitución. De forma efectiva se acude a estos controles como una herramienta indispensable para la protección del Estado, la democracia y la salvaguarda de los derechos constitucionales. El primer evento, es decir, la excepción de inconstitucionalidad, da la posibilidad a un servidor público de aplicar o no una disposición legal cuando, previa realización de un juicio subjetivo, encuentra que ésta atenta contra las disposiciones contenidas en nuestra Constitución Política, sin desconocer el principio de seguridad jurídica que implica la certeza de las normas y la previsibilidad de su aplicación. Este principio debe ser una garantía formal y material de manera que al realizar el examen de constitucionalidad, pueda el servidor ostentar un margen de subjetividad debido a que se está en presencia de una casuística muy particular que conlleva como resultado de su juicio personal, a la inaplicación de la ley y es este principio, el que debe imperar para tener certeza de la normatividad aplicable. No obstante, existen ocasiones en donde la misma, no puede ser aplicada de manera inmediata e irrestricta, debiendo suponer un juicio de valoración que determine su viabilidad en algún caso concreto.

Puede ocurrir que ante un mismo caso, otro operador jurídico dé aplicación al mismo precepto, cuestión esta que atenta contra el principio de seguridad jurídica. Este es uno de los vacíos que existe en la legislación colombiana al no contar con un procedimiento o reglamentación clara que determine la forma de proceder ante esos eventos y a su vez, establezca un mecanismo de unificación jurisprudencial o de extensión de la jurisprudencia

por parte de la Corte Constitucional, lo que conlleva incertidumbre para el operador jurídico. En este orden de ideas, este organismo termina en muchos aspectos reemplazando las funciones del ejecutivo o del legislativo para garantizar la eficacia de los derechos constitucionales, lo que atenta contra el sistema jurídico vigente al afectar el principio de la separación de poderes y de seguridad jurídica en lo que hace relación a las competencias de cada una de estas ramas.

Cuando los operadores jurídicos actúan diferente frente a una misma situación, nos encontramos frente a un caso de desigualdad jurídica al imponer un trato diferente a cada una, lo cual conlleva la obligación de restablecer y garantizar el derecho en aquellas situaciones donde se manifiesta que ha sido violado. Por esto, la importancia del estudio subjetivo que lo conlleve a una decisión justa y razonable, fundamentado en el contexto social, la existencia de un pronunciamiento de inconstitucionalidad, la aplicación de jurisprudencia, el cambio en el ordenamiento jurídico etc...

Para que dicho funcionario pueda actuar sin temor en casos de dudosa aplicación normativa, debe existir una regulación por parte del legislador que contemple el procedimiento frente a la excepción de inconstitucionalidad para garantizar el debido proceso, así como un trámite especial de aplicación del control por vía de excepción para que la Corte Constitucional emita jurisprudencia especial para casos concretos que hayan de conocer los operadores facultados para aplicar este tipo de control.

De esta forma, se crearían reglas que operan como guías seguras para garantizar su aplicación teniendo como derroteros los principios de igualdad y seguridad jurídica, pero

a su vez, brindando seguridad al operador jurídico cuyo fin último es garantizar el Estado Social de Derecho, a través de la protección de los derechos constitucionales, con lo cual, el funcionario público dejaría el temor a ser sancionado cuando aplique la excepción de inconstitucionalidad. De esta valoración, se desprende una decisión judicial precedida de una apreciación subjetiva realizada por el operador, quién analiza el caso concreto para materializar los principios y valores constitucionales que deben prevalecer como resultado de su interpretación del derecho.

La falta de normatividad para aplicar el control por vía de excepción genera peligros frente a la aplicación de la norma, por cuanto el funcionario al tener duda sobre la aplicación o no de la misma, no sabe cómo actuar ante una situación y acude a la solución más fácil que se traduce en no dar cumplimiento a los postulados de la excepción de inconstitucionalidad.

No obstante, debemos tener claro que contar con reglamentación sobre la forma de proceder o aplicar la excepción de inconstitucionalidad, no es garantía para que el operador conozca de antemano la forma de proceder, ya que no podrán ser reguladas todas las conductas humanas y siempre existirán vacíos, a lo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional contribuirá como parte de los mecanismos auxiliares para la protección de los derechos.

Referencias

- Constitución Política de Colombia (2016). Corte Constitucional. Centro de Documentación Judicial.
- Usquiano Castro, Milton Alexander. (2017) *La Excepción de Inconstitucionalidad en la Corte Constitucional Colombiana*. Medellín. Universidad De Medellín.
- Cortés-Escárraga, Jane Catalina y Ríos-Quintero, Juliana Victoria. (2017). *Eficacia de la Excepción De Inconstitucionalidad Como Mecanismo De Control Constitucional*. Armenia – Colombia.
- Ochoa, Yenni Carolina. *El Control de Constitucionalidad por Vía De Excepción: Un Mecanismo Que Garantiza La Supremacía e Integridad de la Constitución*. Revista Principia Iuris No.14, 2010-2. 2010.
- Muñoz Arias, Luz Fanny, Triana Triana, Carlos José. *La Excepción de Inconstitucionalidad en la función administrativa*. Ambiente Jurídico Centro de Investigaciones Sociojurídicas. 2010.
- Vidal Perdomo, Jaime. (1987). *Derecho Administrativo*. Bogotá – Colombia. Editorial Temis S.A.
- Consejo de Estado Sección Quinta. (2006, Marzo). Sentencia de 9 de marzo de 2006. Consejera Ponente: María Nohemí Hernández Pinzón. Rad. No. 52001-23-31-000-2005-01400-01 (3853). Bogotá.
- Consejo de Estado Sección Quinta. (2006, Diciembre). Sentencia de 14 de diciembre de 2006. Consejero Ponente: Dario Quiñónez. Rad. No. 3975 - 4032. Bogotá.
- Corte Constitucional (1996, noviembre), Sentencia T-101.419 M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá.
- Corte Constitucional (2008, febrero), Sentencia C-119. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá.
- Corte Constitucional. Auto No. 035 (2009, Enero). M.P. Cepeda Espinosa, Manuel Jose. Bogotá.
- Corte Constitucional (2008, abril) Sentencia C-335. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá.

Corte Constitucional. (1995, Noviembre). Sentencia T – 518. Expediente T-75.675. M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá.

Corte Constitucional. (2016, Diciembre). Sentencia T – 681/16. Expediente: T-5.723.146. M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá.

Corte Constitucional. (2018, Junio). Sentencia T-215/18. M.P.: Cristina Pardo Schlesinger. Bogotá.