

COMENTARIOS A LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y LA EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD EN COLOMBIA

Gilberto Augusto Blanco Zúñiga*

Resumen

El ordenamiento jurídico tiene por naturaleza una estratificación jerárquica, de donde se desprende que las normas de menor jerarquía deben obedecer los dictados de las de mayor jerarquía, pues las normas superiores son las que le dan validez a las inferiores. Así, los actos administrativos deben respetar la ley, y ésta, a su vez, a la Constitución. Esa condición del sistema normativo ha dado lugar a la excepción de inconstitucionalidad y a la excepción de ilegalidad, cuya base normativa no es escasa en nuestro medio.

Palabras clave: Ordenamiento jurídico, excepción de inconstitucionalidad, excepción de ilegalidad.

Abstract

By nature, the juridical order has a hierarchical stratification which brings about that low hierarchy norms must obey the dictates of higher hierarchy norms because the latter are the ones that give validity to the former. So, the administrative acts must respect the law, and this, on its turn, must respect the Constitution. This condition of the normative system has given rise to the exception of unconstitutionality and the exception of illegality whose normative base is not scarce in our country.

Key words: Juridical order, exception, unconstitutionality, illegality.

Fecha de recepción: 17 de julio de 2001

* Egresado de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte.

PRESENTACIÓN

Siendo la Constitución Nacional el texto escrito donde aparecen los principios rectores del Estado, en tanto su contenido dogmático establece toda una declaración de las garantías más importantes del individuo y su parte orgánica define cómo será la organización del Estado, aspectos éstos que la proveen de un alto contenido político y axiológico, es natural entonces que su fuerza normativa esté dotada de una supra-legalidad frente al resto del ordenamiento estatal.

Esa norma superior que al lado del bloque de constitucionalidad ocupa la cúspide de la pirámide jurídica, de la que ya había hablado Hans Kelsen, hace que todo el ordenamiento jurídico constituya una unidad, lo cual dota de legitimidad a todas las demás normas que le son de menor jerarquía.

Así, se pregunta el profesor Rodrigo Noguera Laborde: «¿Por qué vale la sentencia de un Juez que pone fin a un litigio, o el acto administrativo concreto o singular de un funcionario distinto que decide una controversia, por ejemplo, de un accidente de circulación o reconoce una determinada situación jurídica? Vale porque la sentencia y el acto administrativo han sido proferidos de acuerdo con los reglamentos ejecutivos. ¿Y por que valen éstos? Porque han sido expedidos de acuerdo la ley? ¿Y por qué vale la ley? Porque ha sido expedida según la Constitución...».¹

Sin embargo, la unidad del sistema a la cual hemos venido haciendo referencia no está llamada a ser un simple postulado retórico; por el contrario, se han instituido mecanismos que garanticen el respeto a la jerarquización del ordenamiento y principalmente a la supremacía de la Constitución. Es por ello que históricamente se introdujo la necesidad de realizarles a las normas infraconstitucionales un control de constitucionalidad.

Dicho control se ha ejercido principalmente de dos maneras: por vía de acción y por vía de excepción. En el primer caso nos encontramos ante un ataque procesal por medio del cual se le hace a la norma acusada un verdadero juicio de constitucionalidad, iniciado por cualquier ciudadano, ante un Tribunal de Justicia, que en palabras de Kelsen actúa como legislador negativo, en la medida que retira del sistema la norma que luego de su examen resulte incompatible con la Lex Superior.

¹ NOGUERA LABORDE, Rodrigo. *Introducción general al derecho*, Vol. II, 1994, p. 56.

De otro lado, al protegerse a la Constitución por vía de excepción se trata simple y llanamente de la defensa que hace el funcionario, no ya por un proceso ofensivo; por el contrario, consiste en la no-aplicación de una ley en un proceso dado, por resultar ésta antinómica con la Constitución. Respecto de esta figura, toda la literatura jurídica coincide en que su antecedente más conocido tuvo lugar con la decisión en la que el magistrado John Marshall se sustrajo de aplicar una ley federal por violar una directriz constitucional que explícitamente establecía que la Constitución de los Estados Unidos de Norte América es la ley Suprema del territorio y que las leyes y decretos de ese país sólo pueden ser hechos en cumplimiento de la Constitución.²

De esta manera, salta a la vista la diferencia esencial entre el control por vía de acción y excepción, que al decir del profesor Miguel Moreno Jaramillo consiste en que en el primero se autoriza a la Corte para declarar la inexecutable, y el segundo faculta a los funcionarios para declarar la inaplicabilidad de la ley.³

Es igualmente importante tener presente que la declaratoria de inexecutable de una ley tiene efectos *erga omnes*, por cuanto la norma sale expulsada del sistema, a menos que la Corte decida modular el efecto temporal de su decisión; mientras que en la excepción, la inaplicación de la norma sólo produce efectos *Inter-partes*, puesto que sólo los sujetos intervinientes en el trámite judicial, administrativo o policivo, entre otros, son afectados por la decisión, amén de que la norma permanece incólume como parte del ordenamiento.

FUNDAMENTO NORMATIVO

Respecto del control constitucional por vía de excepción, que constituye el objeto de este artículo, el apoyo legislativo que tiene es realmente abundante, ya que la legislación patria ha sido muy generosa al manifestar desde vieja data señal de preocupación por regular la institución que se analiza.

Marco legal

- **Artículo 5, ley 57 de 1887.** «Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla».

² Doctrina Marshall, tomado de la *Revista de Derecho* N° 8 de la Universidad del Norte, 1997, p. 104.

³ MORENO JARAMILLO, Miguel citado por NARANJO MESA, Vladimiro, *Teoría Constitucional e instituciones políticas*, 1995, p. 373.

- **Artículo 9, ley 153 de 1887.** *«La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la constitución que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente».*

Por su parte, el artículo 6 *ibídem* estableció una presunción de legalidad; norma que, a nuestro juicio, tenía un peligroso alcance; sin embargo, dicha disposición tuvo corta vida, por cuanto fue derogada por el canon 40 del acto legislativo 3° de 1910.

- **Ley 4 de 1913.** Antiguo Código de Régimen Político y Municipal, algunas de cuyas disposiciones todavía se encuentran vigentes, disponía en su artículo 240: *«El orden de preferencia de disposiciones contradictorias en asuntos nacionales será el siguiente: La ley, el reglamento ejecutivo y la orden del superior...»*

Marco Constitucional

Bajo la preceptiva constitucional de la Carta de 1886, el artículo 215 superior establecía: *«En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales».*

Igualmente, pero con mayores alcances, la Carta Política del 91 en su artículo 4° positivizó el mismo principio así:

La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades (Negrilla fuera de texto).

Empero, no contento el legislador supremo del 91 con la contundencia del canon en cita, aparecen a lo largo del articulado fundamental diversas normas que reclaman el respeto por la Constitución, entre las que se destacan, entre otras, los artículos 6, 192, 198, 241, 305 y 315.

Así mismo y como un desarrollo del texto fundamental, el artículo 24 del Decreto 2061 del 91 y el numeral 6° del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991, que reglamentan los juicios ante la Corte Constitucional y la acción de tutela, respectivamente, abogan por la aplicación preferente de la Norma Normarum frente a cualquier otra norma jurídica aplicable.

En este orden de ideas, no queda asomo de duda respecto de la posibilidad que otorga el régimen constitucional vigente para ir en defensa de la Carta mediante el procedimiento conocido como *excepción de inconstitucionalidad*.

Inconvenientes prácticos de su aplicación

Resulta necesario abordar dos de los aspectos que mayor controversia se han suscitado con relación a la aplicación de la figura que se estudia.

En primer término, nos referiremos a qué autoridad puede declararla. Sobre este aspecto, aun cuando la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado del tema, todavía no hay un criterio uniforme sobre el particular.

Respecto de quienes pretenden limitar el ejercicio de este medio de defensa de la Carta sólo a los funcionarios con jurisdicción y mando, o peor aun, sólo a las autoridades judiciales, consideramos que no hay lugar a la aludida limitante, pues si el constituyente no distinguió qué clase de autoridad puede aplicarla, no le es entonces lícito distinguir al intérprete; máxima tomada del viejo aforismo: *Ubi lex non distinguit, neg nos distinguere debemus*.

Es por ello que compartimos la tesis del Dr. Juan Manuel Charry, quien enseña: «*Para decidir sobre la excepción de inconstitucionalidad, es competente cualquier ejecutor jurídico que deba aplicar la ley. Pues la norma constitucional establece el deber para todas las personas de aplicar la Constitución en caso de incompatibilidad con la ley, razón por la cual no se comparten las tesis que restringen a determinado sujeto o funcionario la capacidad de aplicar preferentemente la Carta Fundamental*».⁴

En segundo lugar, el otro aspecto por dilucidar en la excepción de inconstitucionalidad es si sólo se aplica a antinomias entre la Constitución y la ley, o puede también encontrarse en pugna la Carta con un acto administrativo, e igualmente queda facultado el funcionario para inaplicar la norma infraconstitucional.

Para responder a este cuestionamiento debemos decir que quien puede lo más puede lo menos; por ello pensamos que quien puede sustraerse de aplicar la ley puede en el mismo sentido relevarse de aplicar un acto

⁴ CHARRY, Juan Manuel, citado por TOBO RODRÍGUEZ, Javier, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, 1999, p. 177 (subrayado fuera de texto).

administrativo que pugne con la Carta. Además, la nueva Codificación constitucional tiene mayores alcances que la anterior, puesto que contempla la posibilidad de una contradicción entre la Constitución con la ley u otra norma jurídica, lo que nos hace concluir forzosamente, de acuerdo con el Art. 27 del Código Civil, que indistintamente de la jerarquía que ocupe la norma, toda vez que sea contraria a la Constitución, debe inaplicarse.⁵

Es en este punto donde el constituyente amplió los horizontes de la figura *sub-examine*, ya que la Constitución anterior sólo había previsto antinomias entre ella y la ley en sentido formal y no en sentido material como lo dispuso acertadamente la Carta de 91.

Críticas al control de constitucionalidad por vía de excepción

Entre los defectos que se predicán de la excepción de inconstitucionalidad, además de la problemática en su aplicación, de la que ya nos ocupamos, se dice que su aplicación es causa de «inseguridad jurídica», en la medida que los ciudadanos estarían en permanente zozobra, ya que cualquier ciudadano, apoyado en el artículo 4º Superior, podría relevarse de aplicar una determinada disposición legal.⁶

Realmente coincidimos con lo que ha expresado el tratadista Juan Manuel Charry, quien como réplica a la crítica mencionada ha manifestado «A juicio nuestro, ni la muy defendida seguridad jurídica debe prevalecer sobre los derechos inherentes a la persona que pueden verse lesionados por la aplicación de una norma jurídica a un caso determinado...»⁷

Aún así, el planteamiento del autor citado no coincide con el del Consejo de Estado, que ha manifestado: «[...] la estabilidad del sistema que nos rige parte de la presunción de que toda ley se ajusta a las normas constitucionales mientras no haya sido declarada inexecutable...»⁸

Nos apartamos de lo planteado de la máxima autoridad de lo contencioso administrativo, que parece olvidar que la peligrosa presunción de constitucionalidad de las leyes fue derogada de nuestro sistema a partir de la reforma constitucional de 1910.

⁵ CÓDIGO CIVIL, artículo 7º: «Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu».

⁶ TOBO RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 177-178.

⁷ CHARRY URUEÑA, Juan Manuel. *La excepción de inconstitucionalidad*, 1994, p. 122.

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 21 de marzo de 1980.

La segunda crítica que se le hace a esta forma de control de constitucionalidad señala que se viola el principio de igualdad de todos ante la ley, ya que un ciudadano puede, con fundamento en una determinada norma, obtener la satisfacción de un interés particular, mientras que otro ciudadano apoyado en la misma norma puede obtener una respuesta diferente.⁹

Indudablemente, es una situación que cabe dentro de lo posible, pero hay que tener presente que la excepción de inconstitucionalidad, ya sea de oficio o a solicitud de parte, no es un ejercicio indiscriminado y arbitrario en cabeza del funcionario que aplica o inaplica el precepto legal; por el contrario, ésta debe ser una tarea motivada; además de que el derecho a la igualdad presupone la consideración de ciertos criterios de diferenciación, ya que habrá circunstancias en que teniéndose que aplicar una misma norma a personas con semejantes intereses, las circunstancias singulares del caso pueden resultar en el fondo distintas.

LA EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD

Aun cuando para algunos autores ésta no tenga base normativa, es sin duda alguna el mismo fundamento ontológico y jurídico el que inspira la excepción de ilegalidad al de la excepción de inconstitucionalidad, a saber, el debido respeto por la unidad del ordenamiento jurídico, definido por el Dr. Rodrigo Noguera Laborde como «*Un conjunto de normas coherentes y armónicas que forman entre sí un sistema unitario*».¹⁰

El planteamiento anterior resulta en tanto los actos administrativos para poder dejar de producir efectos deben decidirse solamente en sede judicial y por la vía de la acción, pues el artículo 66 de la Ley de enjuiciamiento administrativo dice: «*Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo...*»

Ahora, de aceptarse la excepción de ilegalidad, para poder inaplicar un acto administrativo, por considerarse violatorio de la ley, ésta ofrece mayores dificultades que la excepción de inconstitucionalidad, teniendo en cuenta que los actos administrativos tienen tres atributos que le son inherentes a su naturaleza: su ejecutoriedad, su obligatoriedad y la presunción de legalidad que los ampara; aspectos que permiten que el acto

⁹ TOBO RODRÍGUEZ, *op., cit.*, p. 178.

¹⁰ NOGUERA LABORDE, *op., cit.*, p. 51.

administrativo se constituya en un verdadero instrumento de la administración a través de la utilización de prerrogativas propias del poder público.¹¹

Sobre este tópico, a buena hora llegó la Corte Constitucional a ponerle fin a un asunto respecto al cual ni en la doctrina ni en la misma jurisprudencia del Consejo de Estado se ha unificado criterio.

De este modo, el Tribunal Constitucional en el juicio que decidiera sobre la exequibilidad de los arts. 240 de la ley 4° de 1.913 y 12° de la ley 153 de 1.887 expresó lo siguiente:

La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que le siguen en dicha escala jerárquica...

*De esta condición jerárquica del sistema jurídico, se desprende entonces la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales deriva su validez, den lugar a la ruptura de la armonía normativa. Así, aunque la Constitución no contemple expresamente la llamada excepción de ilegalidad, resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos que las hagan efectivas, y que en ese sentido, la posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deban subordinarse. Es decir la excepción de ilegalidad, resulta acorde con la Constitución.*¹²

No obstante haber considerado el máximo intérprete de la Carta a la excepción de ilegalidad acorde con la Constitución, dispuso que la posibilidad de inaplicar actos administrativos contrarios a normas superiores «es una facultad que es privativa de la jurisdicción contenciosa administrativa».

Sobre el particular afirmó la Corte que aunque se podría pensar por vía de analogía que el fundamento de la inconstitucionalidad y de la ilegalidad es el mismo, pues en ambos casos se trata del desconocimiento de una norma de mayor jerarquía, el alto Tribunal descarta esta hipótesis con base en las siguientes razones:

¹¹ SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. *Acto Administrativo. Teoría General*. Bogotá, Legis, 1998, p. 103.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037, 26 de enero de 2000 M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa (subrayado fuera del texto).

1. Al tratarse de una excepción al principio de aplicabilidad y obligatoriedad de una norma jurídica se exige entonces una interpretación restringida. (*Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*).
2. Las razones que motivaron al constituyente a darle paso a la excepción de inconstitucionalidad no siempre están presentes en los casos de simple disconformidad entre una norma inferior y una norma superior; explicación ésta que deja sin piso el brocardo según el cual *ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio*.
3. La misma Constitución Nacional le otorgó en los artículos 236 a 238 la facultad a una jurisdicción especializada de la preservación del principio de legalidad en las actuaciones administrativas.
4. Finalmente, hay una última razón que no podría faltar, y se trata de garantizar la seguridad jurídica y la vigencia y efectividad del orden jurídico, postulados propios de un Estado social de derecho.¹³

De no limitar la Corte el ámbito de aplicación para radicar tal facultad a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se hubiera condenado al país al caos total de la administración, pues la presunción de legalidad que se funda en el interés general y que protege al acto administrativo presupone, más que un fin, una necesidad estatal para la realización de todos sus cometidos. Una hipótesis diferente desconocería la capacidad operativa y funcional de la administración; entendiendo por ésta a todas las autoridades que dentro de la estructura del Estado hacen parte de las ramas del poder público en todos sus órdenes, en la medida que cualquier autoridad se vería investida para inaplicar una norma que resulta contraria a otra de mayor jerarquía.

Los efectos de las sentencias en ejercicio del control de constitucionalidad por vía de acción y por vía de excepción

En este aparte del trabajo queremos precisar lo que ha sido considerado una clasificación genérica de los tipos de sentencias que pueden darse, toda vez que se quiera mantener la supremacía del Estatuto Superior.

Cuando se realiza el control de constitucionalidad por vía de acción, caso en el que se le hace un juicio a una norma jurídica, por resultar ésta

¹³ Sentencia *Ibidem*.

incompatible con la Ley Fundamental, los efectos de la decisión que tome el Máximo Tribunal en los asuntos constitucionales son *erga omnes*, evento en el cual las sentencias pueden ser condicionadas a través de la modulación sobre el contenido del fallo, dentro del cual se encuentran las sentencias interpretativas, las sentencias aditivas y las llamadas sustitutivas.

El otro grupo de providencias atiende ya no al aspecto material de la decisión sino a sus efectos temporales, grupo dentro del cual encontramos las decisiones de inexecutableidad con efectos pro-futuro, sentencias con efectos retroactivos y por último con constitucionalidad diferida.¹⁴

Por otro lado, los pronunciamientos en defensa de la Carta por vía de excepción han tenido tradicionalmente efectos simplemente inter-partes, por cuanto vincula únicamente a quienes intervienen en un proceso dado independientemente de su naturaleza, judicial, administrativo, policivo, etc.

Sin embargo, recientemente el Colegiado Constitucional, con una sentencia novedosa, en la que se decidió un conflicto de competencia en materia de tutela, luego de inaplicar el Dec. 1382/00 por conducto de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, decidió otorgarle a su decisión efectos *Inter-pares*, con lo cual la Corporación dispuso que cada vez que en la parte resolutive de sus providencias decida inaplicar una norma y aplicar de manera preferente un precepto constitucional, la resolución adoptada tiene efectos respecto de todos los casos semejantes.¹⁵

CONCLUSIONES

Como colofón de todo lo expresado podemos extraer, a título de corolario, las siguientes reflexiones con base en los aportes dados hasta el momento por la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

1. Existe dentro del ordenamiento jurídico una estratificación, lo cual supone que las normas jerárquicamente inferiores respeten los dictados de las normas que le son superiores, teniendo así la Constitución una aplicación preferente respecto de la ley, cuya aplicación será subsidiaria

¹⁴ Revista mensual *Tutela, Acciones populares y de cumplimiento*, tomo I, agosto de 2000. Tomado de la III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 27 de febrero, 2001 M.P.: Manuel José Cepeda.

o residual, y así sucesivamente en orden descendente dentro de la escala jerárquica que compone el ordenamiento jurídico.

2. El control de constitucionalidad, en el caso colombiano, se puede ejercer por vía de acción y por vía de excepción (control mixto). En el primer caso, la decisión produce efectos *erga-omnes*, indistintamente de cómo module la Corte su providencia; en la segunda hipótesis, los efectos pueden ser inter-partes o inter- pares.
3. La excepción de inconstitucionalidad no es un instrumento cuya competencia sólo esté en cabeza de los jueces, ya que puede ser aplicada por cualquier autoridad e incluso por los particulares.
4. Cualquier norma del ordenamiento jurídico, independientemente de su jerarquía, puede ser inaplicada si es contraria a la Constitución.
5. Los ritos procesales, que son el soporte de la tan defendida seguridad jurídica, deberán siempre declinar ante las garantías constitucionales del individuo, entre las cuales está la aplicación preferente de la Constitución.
6. La excepción de inconstitucionalidad es el instrumento más eficiente para la defensa de la Carta, ya que con ella se logra la aplicación directa de la Constitución a un caso concreto.
7. La excepción de inconstitucionalidad y la excepción de ilegalidad no tienen un procedimiento formal que encuentre regulación positiva alguna, lo que da lugar a que su aplicación pueda ser efectuada de oficio o a solicitud de parte. Igualmente, tanto en uno como en otro caso su declaración puede hacerse en cualquier tiempo sin que exista término de prescripción, salvo que ya la autoridad competente, sea la Corte Constitucional o el Juez administrativo, se haya pronunciado favorablemente sobre la constitucionalidad o sobre la legalidad de la norma demandada.
8. Una norma jurídica sobre la cual se haya invocado la excepción de inconstitucionalidad puede posteriormente ser declarada exequible o inexecutable, teniendo en cuenta los distintos efectos que producen una y otra decisión, con respecto a la validez de la norma violatoria de la Carta.
9. La excepción de ilegalidad, aunque no esté expresamente autorizada por la Constitución, en nada se opone a su letra y a su espíritu, pues el

acatamiento a la jerarquía normativa del sistema es una inferencia lógica que tácitamente aparece en el articulado fundamental.

10. El sustraerse de aplicar una norma jurídica por ser violatoria de la ley es una competencia exclusiva de la jurisdicción contenciosa administrativa.