Aplicación del test de proporcionalidad para la excepción de inconstitucionalidad: mecanismo
para garantizar derechos fundamentales

Yenny Carolina Ochoa Suarez

Universidad Santo Tomas, Bogotá

Maestría en Derecho Público

Bogotá D.C.

2017

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Aplicación del test de proporcionalidad para la excepción de inconstitucionalidad: mecanismo
para garantizar derechos fundamentales

Yenny Carolina Ochoa Suarez

Trabajo de Grado para optar al Título de Magíster

Tutor

PhD. Hugo Alejandro Sánchez Hernández

Universidad Santo Tomas, Bogotá

Maestría en Derecho Público

Bogotá D.C

2017

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Nota de aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

"El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción"

La probabilidad de perder en la lucha
no debe disuadirnos de apoyar
una causa que creemos que es justa.

Abraham Lincoln

(1808-1865) Político estadounidense.

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Agradecimientos

Agradezco a mi familia por incentivarme la necesidad de crecer día a día en cada una de las dimensiones de la persona: espiritual, profesional, familiar, económica, no solo porque me jalonan a superar mis incapacidades sino porque me van una visión más completa e integral del mundo y de lo que en él se puede conseguir. A mis compañeros de trabajo, pues su apoyo incondicional hizo que las dificultades fueran más llevaderas y se consiguiera el fin buscado.

Contenido

INTRODUCCIÓN	12
1. DESCRIPCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	14
1.1 Delimitación del objeto de estudio	14
1.1.1 Pregunta objeto de estudio.....	14
1.1.2 Delimitación material – alcance del objeto de estudio.	15
1.1.3 Delimitación espacio – temporal	21
1.1.4 Delimitación metodológica.....	22
1.2 Objetivos.....	24
1.2.1 Objetivo general.....	24
1.2.2 Objetivos específicos	24
1.3 Hipótesis	24
1.4 Plan de Trabajo	25
2. CAPÍTULO I. LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: MECANISMO PARA LA PROTECCIÓN EFICAZ DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	27
2.1 El Constitucionalismo.....	30
2.2 Sistemas de control constitucional	33
2.2.1 Sistema de control de constitucionalidad difuso.....	33
2.2.2 Sistema de constitucionalidad concentrado	34
2.2.3 Sistema de constitucionalidad concreto	35
2.2.4 Sistema de constitucionalidad abstracto	35
2.2.5 Sistema de control de constitucional dualista	35
2.2.6 Sistema de control de constitucional mixto	36
2.3 Marco constitucional y legal.....	36
2.3.1 Marco constitucional.....	36
2.3.2 Marco legal	41

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

2.3.3	Papel protagónico de la jurisprudencia en la definición y alcance de un concepto de control constitucional por vía de excepción.....	48
2.3.4	La capacidad de desarrollar el control por vía de excepción es limitado por varios factores.....	71
2.3.5	Sistemas de responsabilidad que limitan la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad (García Villegas, Jaramillo, Rodríguez, & Uprimny Yepes, 2007).....	72
2.3.6	¿La excepción de inconstitucionalidad vulnera otros principios constitucionales?	75
2.3.7	Aspectos de seguridad y estabilidad jurídica que se desprenden del control	77
2.4	Concreciones del Capítulo.....	83
3.	CAPÍTULO II. INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN ACORDE CON LA NATURALEZA, FINALIDAD Y ALCANCE DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES	86
3.1	Concepción del Derecho.....	86
3.2	Alcance del concepto de constitución	90
3.3	Bloque de constitucionalidad.....	92
3.4	Características y Principios de la Interpretación Constitucional	94
3.5	Interpretación en la Corte Interamericana de Derechos Humanos	98
3.6	Aplicación del principio de supremacía constitucional por cada uno de los funcionarios con jurisdicción en Colombia.....	98
3.7	Métodos de interpretación	101
3.7.1	Concepto de Interpretación Jurídica	101
3.7.2	Diferencia entre interpretación legal y constitucional	103
3.7.3	Métodos de interpretación constitucional	107
3.7.4	La excepción de inconstitucionalidad como Caso Difícil	122
3.7.5	Desarrollo de la técnica de la proporcionalidad.....	125
3.7.6	La ponderación en el Consejo de Estado	157

3.8	Concreciones del Capítulo.....	158
4.	CAPÍTULO III. APLICACIÓN DEL TEST INTEGRAL DE PROPORCIONALIDAD EN LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: UN MÉTODO QUE SUPERA LAS LIMITACIONES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES DE LA FIGURA JURÍDICA	163
4.1	Aspectos introductorios relación entre la excepción de inconstitucionalidad y la técnica de la proporcionalidad.....	163
4.2	Test de proporcionalidad integral de la excepción de inconstitucionalidad	171
4.2.1	Elección del Escrutinio Racional Aplicable	172
4.2.2	Ejecución de los sub-principios de proporcionalidad	205
4.2.3	Principio de Necesidad	214
4.2.4	Proporcionalidad en sentido estricto.....	222
4.2.5	Cargas de la argumentación.....	230
4.3	Concreciones del Capítulo.....	233
5.	CAPÍTULO IV. APLICACIÓN CONCRETA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD PARA LA APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD	235
5.1	Identificación de la situación fáctica	235
5.2	Identificación del instrumento de intervención a inaplicar	240
5.3	Identificación del escrutinio a desarrollar	241
5.4	Test de proporcionalidad <i>sui generis</i> Excepción de Inconstitucionalidad	245
5.4.1	Principio de idoneidad	245
5.4.2	Principio de Necesidad	260
5.4.3	Proporcionalidad en sentido estricto.....	269
6.	CONCLUSIONES.....	281
7.	REFERENCIAS	285

LISTA DE TABLAS

Tabla 1. Integrantes del bloque de constitucionalidad.	93
Tabla 2. Diferencias entre la interpretación y la argumentación	102
Tabla 3. Etapas del proceso de interpretación y argumentación	106
Tabla 4	124
Tabla 5. Interpretación Constitucional	137
Tabla 6. Test de Proporcionalidad Sistema Continental Europeo	139
Tabla 7. Articulación del test integrado de razonabilidad.	147
Tabla 8. Fundamentación interna de las sentencias de Control Constitucional	167
Tabla 9. Fundamentación externa de las sentencias de Control Constitucional.....	169
Tabla 10. Clase de Escrutinio para el test de proporcionalidad vulnerado	172
Tabla 11. Determinante de la Elección Forma del Escrutinio.	202
Tabla 12. Componentes de cada uno de los niveles de escrutinio a utilizar en la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.	206
Tabla 13. Aspectos a evaluar y criterios del subprincipio de Idoneidad.	212
Tabla 14. Aspectos a Evaluar Sub Principio de Necesidad	220
Tabla 15. Exponencial y valor, según el nivel de escrutinio del test de proporcionalidad	223
Tabla 16. Relación del Fin del Instrumento de intervención vs Intervención del Derecho Fundamental.	224
Tabla 17. Variables Fórmula de peso y su graduación tradicionales	224
Tabla 18. Los criterios adicionales del subprincipio de la ponderación en sentido estricto en el test de ponderación de la excepción de inconstitucional.	228
Tabla 19. Cargas de argumentación según tipo de escrutinio.	232
Tabla 20. Estratificación conjunto residenciales Zona geoeconómica 3 Municipio de Tunja.	239
Tabla 21. Medios alternativos caso concreto.	260
Tabla 22. Núcleos esenciales derechos vulnerados caso concreto.	276
Tabla 23. Estratos asignados conjuntos residenciales aledaños caso concreto.	277
Tabla 24. Asignación de calificación subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto caso concreto.	279

LISTA DE ILUSTRACIONES

Ilustración 1 Desarrollo Normativo de la Excepción de Inconstitucionalidad antes de 1991	39
Ilustración 2. Límites del Control de Constitucionalidad por vía de Excepción	75
Ilustración 3. Línea Jurisprudencial. Elaboración Propia.....	81
Ilustración 4. Interpretación constitucional. Fuente: autoría propia.....	86
Ilustración 5. Formato de metodología N. predial nacional vs formato IGAC. DANE ...	259

Introducción

Colombia como un Estado Social de Derecho de características antropocentrista, centra sus funciones principalmente en efectivizar los derechos fundamentales de los ciudadanos. En este orden de ideas el Control de Constitucionalidad por vía de excepción, constituye un mecanismo más, que permite al ciudadano encontrar respuesta dentro de un sistema que hoy por hoy se caracteriza por la congestión.

La Constitución Política de 1991 estableció un catálogo de derechos fundamentales que infiltro todo el ordenamiento jurídico, hasta el punto de hablarse de constitucionalización del derecho. Lo anterior en razón a que los ciudadanos contaban con la posibilidad de proponer ante las autoridades pertinentes la protección de los mismos, por tratarse de una supremacía especial, consagrada en los artículos 4°, 5°, 30°, 83°, 86° y 87° de la norma superior. Así mismo el sistema de fuentes recibió una diametral transformación, ya que la ley no era la única fuente del Derecho, se presenta la supremacía constitucional, razón por la cual todos los servidores públicos y los particulares deben velar por su protección.

En atención a lo anterior la presente investigación jurídica, desarrolla una metodología cartesiana, es decir descriptiva y analítica en sus dos primeros capítulos, y una metodología constructivista en los dos últimos, logrando demostrar que al aplicar adecuadamente la excepción de inconstitucionalidad, se da celeridad a la administración de justicia pero además de ello, se efectivizan derechos sin desgastar el aparato judicial, respondiendo a un engranaje democrático participativo característico del Estado Social de Derecho Colombiano, a través de la aplicación de la técnica de la proporcionalidad.

Esta investigación se justifica por los procesos de administración de justicia en Colombia, los cuales se han caracterizado en las últimas décadas por la presencia de una congestión concomitante a la ampliación de conflictos, un acelerado cambio normativo, la falta de estructura administrativa capaz de soportar las problemáticas del entorno, una constante y creciente desconfianza del ciudadano hacia la administración de justicia que la percibe como lejana, lenta y de difícil acceso, una deficiente coordinación de las Ramas del Poder Público para garantizar el servicio de justicia, una ineficiente determinación de los límites de actuación de los funcionarios,

así como la carencia de una comunicación estructural con la ciudadanía, nos llevan a concluir en la necesidad de dar mayor vitalidad y aplicación de los postulados descritos en la Carta Política de 1991, especialmente a través de herramientas presentes en la misma: la Excepción de Inconstitucionalidad, que busca la protección de derechos fundamentales, como bienes primarios.

Se trata de unos problemas contundentes en la administración de justicia, tratándose de una eminente crisis, que ha llevado al Gobierno a pensar en varias formas de solución. Este en su afán, ha realizado una constante improvisación en la elaboración de las normas que regulan el Estado; improvisación para hacer reformas constitucionales y elaborar leyes. “Tenemos leyes que se hacen sobre la marcha para evitar un problema coyuntural o para garantizar la legitimidad del ministro en funciones, lo cual imposibilita contar con normas que sean el producto de una discusión profunda que permita trascender el horizonte del gobierno de turno y los intereses egoístas puntuales....esa es la gran tragedia del estado colombiano” (La Justicia no enfrenta una crisis, sino tres crisis diferentes, 2013)

En consecuencia de lo anterior, se han expido reformas constitucionales, nuevos códigos como el de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el General del Proceso, y a partir de allí, leyes, decretos, resoluciones, autos, con los cuales se espera mejorar y recuperar la confianza que se ha venido perdiendo en la administración de justicia. Sin embargo en desarrollo de dichas actividades, se ha detectado otra gran problemática: el poder legislativo al configurar el sistema normativo, puede incurrir en el desconocimiento de alguno de los principios consustanciales de la Carta Política, así como le puede suceder a la rama ejecutiva, ya que reglamenta, pone en práctica y adopta las normas emitidas por el Congreso de la República.

En este contexto debe resaltarse la obligación del Estado en proveer a los ciudadanos por la protección adecuada de los derechos fundamentales en todos los casos y por todas las autoridades investidas de jurisdicción.

Es pues, en este preciso contexto que la presente investigación hace un análisis del Control de Constitucionalidad por Excepción, como herramienta para la protección de los derechos fundamentales mediante la aplicación directa de la Carta Política en casos concretos, como una de las alternativas para enfrentar la crisis institucional en la justicia, ayudando a resolver un problema

real, con implicaciones trascendentales, ya que el ciudadano podrá materializar sus derechos de manera más ágil, idónea y oportuna.

La excepción de inconstitucionalidad ha sido una figura desarrollada a nivel jurisprudencial, pero su alcance no ha sido el esperado, ya que el desconocimiento de la misma, el temor del operario de la ley de incurrir en los diversos fueros de responsabilidad coartan la aplicación de la misma.

Es por estas razones, que la presente investigación llenará el vacío de conocimiento de la Excepción de Inconstitucionalidad, señalando su estructura, alcance, delimitación e impacto dado no sólo por la jurisprudencia, sino por la doctrina.

Así mismo, se propondrá una aplicación de la excepción de inconstitucionalidad a través de la técnica de la proporcionalidad, con el fin de dotar al operador jurídico de herramientas útiles y coherentes para su aplicación, en procura de la protección de los derechos fundamentales en un caso concreto.

1. Descripción de la Investigación

1.1 Delimitación del objeto de estudio

El objeto central del presente trabajo, gira en torno al estudio y propuesta de una teoría – metodología para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad con el fin de proteger derechos fundamentales, acudiendo a la interpretación constitucional, especialmente a la proporcionalidad como técnica.

Lo anterior se justifica, en la comprensión de un escenario que proteja los derechos fundamentales de manera positiva a través de la inaplicación de un instrumento de intervención que contradiga los postulados establecidos en la Constitución, resultando una mayor actividad del juez, a la hora de proferir sentencia, sobre todo en el campo constitucional.

1.1.1 Pregunta objeto de estudio

¿Es menester la aplicación de la técnica de la proporcionalidad para aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando un instrumento de intervención vulnera los derechos fundamentales?

1.1.2 Delimitación material – alcance del objeto de estudio.

1.1.2.1 ¿Por qué el estudio de la excepción de inconstitucionalidad?

En razón a la importancia de los postulados que tiene la Constitución, pues no solo se trata de una norma suprema, es una fuente real y formal del ordenamiento jurídico. Para Javier Pérez Royo:

“La Constitución pretende ordenar la génesis del Derecho. Y esto lo suele hacer de dos maneras: regulando, por una parte, ciertas materias de manera directa o determinando, por otra, qué órganos y con qué procedimientos regularán aquellas materias que ella misma no ha regulado. La constitución es, por lo tanto, y de manera simultánea, fuente de derecho y norma que regula las fuentes del Derecho, la producción jurídica” (Pérez Royo, 2001, p. 31.).

La constitución es adicionalmente el mejor instrumento de racionalización y control del poder, de ahí la importancia de reconocer su fuerza normativa. Las normas contenidas en la Constitución son derecho, razón por la cual todos los poderes del Estado deben sujetarse a la misma.

La Constitución como norma suprema es la norma básica, fundamental y es la pirámide del ordenamiento. La diferencia entre las normas constitucionales y las demás normas jurídicas es que las primeras tienen superioridad respecto de la legislación y de toda creación normativa y respecto de todos los actos de aplicación de la misma. Todos y cada uno de los artículos de la Constitución son normas jurídicas, con eficacia jurídica.

Como lo afirma Ferdinand Lasalle en su libro *¿Qué es una constitución?*, la norma fundamental es fundante, constituyente y necesaria, como se extracta del contenido del artículo 4° de la Carta Política que dice *“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 de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”*.

En consecuencia con lo anterior, la supremacía constitucional conlleva tres principales consecuencias: la aplicación inmediata de la Carta, la interpretación constitucional y la justicia constitucional.

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Así mismo, como lo dice García De Enterría “obligan a interpretar la constitución en cualquier momento de su aplicación –por operadores públicos o por operadores privados, por Tribunales o por órganos legislativos o administrativos en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate” (Enterría, 1985, p. 95). Debe incluirse el preámbulo, los principios y valores constitucionales, y la totalidad de las reglas constitucionales (Corte Constitucional, Sentencia C- 546, 1992).

Por tal razón, todo juez u operador jurídico debe analizar con detenimiento que la norma a aplicar es o no constitucional, utilizando la excepción de inconstitucionalidad, o la solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad a la Corte Constitucional o al Consejo de Estado según corresponda.

En este contexto, se hace imprescindible el análisis de la figura de la Excepción de Inconstitucionalidad, como mecanismo para la aplicación de la Constitución de manera directa, para la protección de los derechos de las personas, máxime cuando estos, ni las libertades fundamentales podrán suspenderse en ningún momento en virtud a lo establecido en el artículo 214 de la Constitución.

Por tal motivo se desarrollará un marco teórico y metodológico que permita aplicar la excepción de inconstitucionalidad con el fin de i) estructuración y desarrollo de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, ii) identificar los límites legales, jurisprudenciales y doctrinales que se han estructurado para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, iii) papel del juez en la aplicación de las normas constitucionales iv) colisión de principios que se pueden presentar en al aplicar la excepción de inconstitucional.

Lograr la realización de las pretensiones referidas es lo que entendemos Aplicación de la Excepción de Inconstitucionalidad, esencia la tesis académica que se desarrollará en el presente estudio.

De lo anterior se colige, que la tesis que ha de ser objeto de desarrollo parte de construcciones dogmáticas y jurisprudenciales existentes pero respecto de las cuales se pretende utilizar para generar una propuesta en donde converge: i) la re – significación, re - elaboración o inclusión del significado y alcance jurisprudencial otorgado a la Excepción de Inconstitucionalidad, ii) identificación de las reglas extractadas de la línea jurisprudencial

construida y iii) la utilización de una metodología racional y razonable que permita una mejor aplicación de la misma.

Se tendrá en cuenta el concepto de instrumento de intervención, desde dos puntos de vista:

a) Orgánico: normas emanadas del pueblo como constituyente primario, las dictadas por órganos preestablecidos como constituyente secundario; las dictadas por el órgano legislativo; las dictadas por el órgano ejecutivo y las dictadas por otros órganos o entidades públicas. b) Sustancial: las normas básicas o fundamentales; las generales, impersonales, abstractas y obligatorias; y las reglamentarias, que concretan o hacen posible la aplicación de las normas generales a las situaciones particulares, debidamente publicadas y oponibles, entre ellos se encuentran la ley, los diversos tipos de decretos, ordenanzas, acuerdos, acto legislativos, actos administrativos de carácter general y particulares, entre otros, que puedan vulnerar los derechos fundamentales en la aplicación de un caso concreto.

1.1.2.2 ¿Por qué es el estudio de la interpretación constitucional y la argumentación jurídica?

Interpretar es indicar el significado de una cosa, o determinar su significado. La primera definición indica que la interpretación es función del conocimiento, la segunda de su voluntad. (Troper, 2004, p.37.).

Como lo indica Sagües (Sagüés, 1998.p. 1.) “el valor de cada precepto de la Constitución depende, en definitiva, del significado que le den sus intérpretes-operadores”.

Rodolfo F. Vigo señala la importancia de la interpretación constitucional en los siguientes términos: “La Constitución puesta en manos de juristas-estadistas prudentes y sensibles a los verdaderos intereses de la sociedad, no sólo contribuye a que los mandatos contenidos en la misma, tengan una vigencia real, sino que evitan innecesarios esfuerzos destinados a su reforma”. (Vigo, 1993)

En virtud a las características de los mandatos constitucionales: generalidad, la síntesis y su significación valorativa, abierta y con énfasis en principios, la interpretación de los mismos tienen mayor intensidad y extensión que la interpretación de la ley o los contratos. (Rubio Llorente, 1984, p. 196.)

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Existen diferentes teorías acerca de la interpretación constitucional: la escuela exegética; la libre investigación científica de Geny; la escuela del derecho libre de Kantorowicz; la jurisprudencia de intereses de Philipp Heck; la jurisprudencia sociológica de Holmes y Brandeis; el método teleológico de Ihering; el realismo jurídico de Jerne Frank; la teoría egológica de Cossio; la teoría pura de Kelsen; el método histórico evolutivo de Saleilles; el método de Dualde; la tópica de Viehweg y la teoría de la argumentación de Perelman (Monroy Cabra M. G., 2003, p.135.), en una primera etapa, y MacCormick, Alexy y Atienza, en una segunda etapa de teorías estándar de la argumentación jurídica. El esfuerzo ha sido sostenido por proveer a los decisores racionales de diversas herramientas para argumentar e interpretar los conflictos jurídicos.

La interpretación constitucional tiene dos objetos principales: fija sentido a una norma constitucional y fija sentido a una norma o un comportamiento en relación con la Constitución. (Vigo, 1993), p. 82)

El tratadista Manuel Aragón Reyes señala de manera enfática que la Constitución no es lo que el intérprete quiere que sea, en los siguientes términos:

“De este modo, la Constitución no tiene por qué “ser sólo” lo que su interprete “quiere” que sea, porque la norma constitucional no resulta enteramente disponible en su aplicación, el órgano judicial no “crea” la norma constitucional, sino que la “recrea”. La Constitución no “es lo que los tribunales dicen que es” por la sencilla razón de que el órgano jurisdiccional tiene unos límites teóricos (lo que la Constitución dice de sí misma), normativos (lo que el precepto constitucionalmente literalmente dice) y argumentativos (el razonamiento jurídico) que le vienen dados y que no puede legítimamente traspasar....No cabe negar que es en la aplicación judicial de la Constitución existe un margen de superior de “concretización, de “recreación”, de adaptación de la norma, y la aplicación judicial de la ley”. (Aragón Reyes, 1998, p. 117.)

En consecuencia de lo anterior, el operador jurídico tiene el deber de interpretar las normas constitucionales, por sus características al ser: incompletas, generales, de textura abierta, especialmente de las zonas denominadas de penumbra para resolver casos difíciles como lo menciona Hart. (Hart, 1958, p. 594.)

De igual manera deben tenerse en cuenta las nuevas teorías de la argumentación, especialmente la teoría estándar de la argumentación del tratadista Manuel Atienza, las cuales

proporcionan herramientas y lineamientos para decidir racionalmente, teniendo en cuenta su relación con la interpretación y sus resultados, a partir de las características especiales de las normas constitucionales, esto es la existencias de principios, directrices y reglas que se presentan en el ordenamiento jurídico. Argumentar implica el discurso justificativo de los jueces, es decir, las razones que son el fundamento de sus decisiones tanto a nivel externo como interno (contexto de justificación y contexto de descubrimiento). Todo lo anterior, partiendo de las concepciones del derecho de las Escuelas: el formalismo jurídico, el positivismo normativista, el realismo jurídico, el iusnaturalismo y el escepticismo jurídico. Así como las tres concepciones de la argumentación: la formal, la material y la pragmática.

En un Estado Social de Derecho, la Constitución debe ser interpretada por todos: las personas, la sociedad, los abogados, los especialistas, pero sobre todo por los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, de tal suerte que se brinde protección a sus postulados como norma jurídica suprema, teniendo en cuenta el avance histórico que se le ha dado al constitucionalismo.

De tal manera, que cuando un operador jurídico decide aplicar la excepción de inconstitucionalidad, tiene el deber de: i) el concepto de Constitución y sus alcances, ii) desarrollo histórico y alcances del constitucionalismo, iii) conocer las características de la interpretación constitucional y su relación con la argumentación jurídica, iv) el desarrollo histórico de los métodos de interpretación, con el fin de preservar idóneamente los postulados constitucionales y no vulnerar el respeto al legislador democrático, iv) las concepciones del derecho para la argumentación jurídica, así como las tres concepciones de la misma: formal, material y pragmática.

1.1.2.3 ¿Por qué el estudio de la Proporcionalidad?

Desde su origen la proporcionalidad ha tenido una relación fuerte con los conceptos de racionalidad y razonabilidad, haciendo alusión a la coherencia interna y externa al momento de realizar la interpretación jurídica. Al decir de Oscar José Dueñas:

“(…) En el mundo jurídico, se van a manejar con frecuencia criterios de racionalidad o de razonabilidad. La racionalidad es la coherencia interna. Un ejemplo es el Código Civil napoleónico que no tiene contradicción alguna en sus textos. La razonabilidad profundamente ligada al pragmatismo norteamericano es la coherencia externa. Por lo tanto, factores extraños al mundo jurídico pueden entrar a jugar en la interpretación de las normas (…)”. (Dueñas Ruiz, 2011, p.105).

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

En los casos trágicos no se permite endilgar respuestas correctas, pero se pueden buscar respuestas racionales, donde se analicen las diversas opciones de solución, estableciendo una argumentación que identifique cuales son mejores que las otras, caso en el cual el juez debe optar por el mal menor, al decir de Atienza. (Atienza, 2010, p. 150).

Jhon Rawls señala la diferencia de los conceptos de racionalidad y razonabilidad términos:

“Para RAWLS, en conclusión una sociedad razonable no es ni una sociedad de santos (agentes meramente razonables) ni una de egocéntricos (agentes meramente racionales), sino una sociedad en la que “todos los ciudadanos tienen sus propios objetivos racionales que esperan favorecer, y todos están dispuestos a proponer términos justos que se esperan razonablemente acepten los demás”...” (Lamprea Montealegre, 2001, p. 37).

Estas consideraciones han sido retomadas por la Corte Constitucional, especialmente cuando el Estado debe intervenir en los derechos de las personas, exigiendo como condiciones de constitucionalidad de las mismas sopesarse en cuestiones razonables y proporcionales.

Desde 1992, la Corte Constitucional uso la técnica de la proporcionalidad en desarrollo del control abstracto de constitucionalidad, con criterios y metodologías diferentes, las cuales se iban decantando con el pasar del tiempo, hablando de cuatro etapas al decir de Quiroga Natale (Quiroga Natale, 2016, p. 119 y ss): a) Aproximación a los criterios de racionalidad y razonabilidad, b) Aplicación de la proporcionalidad mediante la adopción del sistema Norteamericano, c) Aplicación de la proporcionalidad mediante la adopción del sistema continental. Europea y d) Aplicación de la proporcionalidad mediante la adopción del sistema mixto.

En este contexto, se pretende verificar si la técnica de la ponderación es aplicable también al control de constitucionalidad por vía de excepción. Razón por la cual se estudiará: i) Diferencia entre principios y reglas. ii) Etapas de desarrollo de la técnica de la proporcionalidad, señalando las características de cada una de ellas, con el fin de verificar si se puede otorgar de mejores herramientas a los operadores jurídicos al aplicar la excepción de inconstitucionalidad.

1.1.3 Delimitación espacio – temporal

1.1.3.1 ¿Análisis del Control Constitucional a partir de 1811?

Por la relevancia histórica que representa el desarrollo y complementariedad del control constitucional en Colombia, realizando un estudio de derecho comparando actual, dándole prioridad y relevancia al control difuso.

1.1.3.2 ¿Análisis de la excepción de inconstitucionalidad a partir de la Constitución de 1886?

En razón al alcance de la figura de la excepción de inconstitucionalidad dada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la actual Corte Constitucional, así como la normatividad legal pertinente.

Dentro de esta investigación se permite evidenciar principalmente el análisis jurisprudencial, que se desarrolla siguiendo muy de cerca las técnicas de análisis dinámico y estático descritas en extenso en la obra del profesor Diego López (López Medina, 2009, p. 109 y ss). Por ello la necesidad de la utilización de las fuentes oficiales de divulgación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado así como algunas bases de datos (lexbase, leyex.info y multilegis) revisando las principales providencias que se han proferido.

1.1.3.3 ¿ Por qué la interpretación constitucional y la argumentación jurídica de manera histórica y la técnica de la proporcionalidad desde 1991?

El desarrollo de la interpretación de manera histórica, la relación de los métodos de interpretación legal con los constitucionales, así como la articulación con la argumentación jurídica, el concepto del derecho con las distintas escuelas y las concepción formal material y pragmática de la misma.

La técnica de la proporcionalidad a partir de 1991, por el ímpetu con que se desarrollaron estas dos temáticas con la Constitución Política de 1991, a cargo del máximo órgano encargado de la guarda y supremacía de la misma: Corte Constitucional, y doctrinarios vigentes que dieron rasgo y características especiales a las mismas.

1.1.4 Delimitación metodológica.

Para el desarrollo del proceso de investigación se acudieron a fuentes primarias y secundarias. Dentro de las fuentes primarias tenemos principalmente la doctrina emitida a través de doctos en derecho, sobre temáticas pertinentes a los derechos fundamentales, la técnica de la proporcionalidad, la excepción de inconstitucionalidad, entre otros. Entre ellos se encuentran textos escritos por Robert Alexy, Manuel Atienza, Juan Manuel Charry, Manuel José Cepeda y Carlos Bernal Pulido, Manuel Atienza, Edgar Quiroga Natale, especialmente. Otra fuente primaria hace referencia a la normatividad legal vigente consultada especialmente la Constitución Política Colombiana, la Ley 1437 de 2011, Ley 142 de 1994, Resoluciones emitidas por el DNP y la Superintendencia de Servicios Públicos, las metodologías de estratificación socioeconómica Inmuebles Tipo I y II, por destacar algunas. En cuanto a derecho internacional se tomaron como fuente los diversos instrumentos que establecen derechos a las personas, algunos ratificados por Colombia y otros como criterio de interpretación, la jurisprudencia norteamericana y alguna alemana.

La jurisprudencia fue la principal fuente secundaria, específicamente la emitida por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia. Aunado a lo anterior se trabajaron algunos textos de autores que estudian temáticas como el control de constitucionalidad, la construcción de líneas jurisprudenciales, el contenido de ciertos derechos específicos, especialmente Diego López Medina, Javier Tobo, Manuel Fernando Quinché, entre otros. De igual manera artículos en que se expresaran temáticas sobre la acción de inaplicabilidad ampliamente desarrollada en Chile.

Dentro de las técnicas de recolección de datos, fue la técnica de investigación documental o análisis de documentos, donde se revisó principalmente la normativa legal vigente nacional e internacional, la jurisprudencia y la doctrina, también con carácter nacional e internacional, a través de una revisión bibliográfica exhaustiva que respondiera a las necesidades del problema planteado. En cuanto a la recolección normativa se empieza desde el año 1811, a través del link <http://www.secretariassenado.gov.co>, realizando un control de vigencia de la norma; la jurisprudencial desde los inicios de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a la fecha, priorizando las Sentencias de constitucionalidad y tutela en la Corte Constitucional y las

sentencias de cualquier medio de control expedida por el Consejo de Estado que se relacione con la excepción de inconstitucionalidad.

Así mismo, con base en los postulados ofrecidos por el doctrinante se Diego López Medina, se buscó estructurar la línea jurisprudencial de la excepción de inconstitucionalidad en Colombia. (López Medina, Diego. Teoría Impura del Derecho, el Derecho de los Jueces) Finalmente, para la aplicación del test de proporcionalidad para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad se recurre a la técnica de la observación de un trámite administrativo desarrollado por los propietarios de los apartamentos del Conjunto Mirador de Andalucía y el Municipio de Tunja – Oficina de Planeación.

Las variables a profundizar nacen de las hipótesis establecidas, referentes prácticamente a:

a) la figura de la excepción de inconstitucionalidad derecho comparado, verificar su desarrollo legal y jurisprudencial en Colombia y en derecho comparado, su contenido y alcance, los límites respectivos, la posibilidad de contradicción con principios como la igualdad y la seguridad jurídica, y finalmente la elaboración de una línea jurisprudencial y b) la interpretación constitucional desarrollando sus características y derecho comparado, su relación con la argumentación jurídica y las diversas concepciones del derecho e implicaciones de la supremacía constitucional. Se trata de variables independientes cuyo objetivo es combinarlas para mejorar la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

Por tratarse de una investigación jurídica no se trata de llegar a una verdad absoluta sino a una verdad objetiva (Ferrajoli, Luigi, Epistemología Jurídica y Garantismo), tratándose de una investigación cualitativa que se basa en dos conceptos básicos: es lógico y racional.

Finalmente, para el procesamiento de datos y análisis se utilizó una metodología cartesiana (analítico – deductiva), en donde inicia con la revisión del marco teórico y categorías dogmáticas que estructuran el objeto de estudio.

Posteriormente se utiliza una metodología constructivista para elaborar una propuesta propia de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad en a través de la proporcionalidad, nutrida por el diseño de aplicaciones prácticas en la resolución de casos concretos mostrando la correspondencia entre el fundamento teórico con la posibilidad de utilizarlo en decisiones

administrativas o judiciales. Lo anterior, utilizando herramientas sustantivas y metodológicas provenientes del derecho constitucional.

1.2 Objetivos

1.2.1 Objetivo general

Creación de un test de proporcionalidad *sui generis* para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, a partir de la naturaleza jurídica y el alcance legal y jurisprudencial dado a la figura, y el soporte otorgado por la interpretación constitucional y la argumentación jurídica, como mecanismo para la protección eficaz de los derechos fundamentales.

1.2.2 Objetivos específicos

- Determinar el alcance jurisprudencial de la excepción de inconstitucionalidad a nivel nacional e internacional: el objeto, los sujetos, el procedimiento, el interés para alegarla, su relación de con otras figuras jurídicas y principios como la seguridad jurídica e igualdad y el régimen de responsabilidad al que se enfrenta el operador jurídico al aplicar la excepción de inconstitucionalidad.
- Verificar las características de la interpretación constitucional, su desarrollo histórico, los métodos de interpretación, su incidencia en el contexto colombiano, especialmente el avance de la técnica de la proporcionalidad.
- Establecer los rasgos característicos de la teoría estándar de la argumentación jurídica con base en las concepciones del derecho de las distintas escuelas y la descripción de la concepción formal, material y pragmática de la misma.
- Aplicar el desarrollo de la técnica de la proporcionalidad para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

1.3 Hipótesis

En un caso concreto cuando un instrumento de intervención vulnera derechos fundamentales de las personas, la implementación de la técnica de la proporcionalidad para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad a través del desarrollo de un test de proporcionalidad *sui generis* que responda a la naturaleza de la figura jurídica en cuestión otorga mayores garantías para la preservación de la supremacía de la norma superior, en concordancia con

el control de constitucionalidad realizado al instrumento de intervención y los principios de libertad de configuración legislativa y cosa juzgada.

1.4 Plan de Trabajo

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado en la presente investigación, se desarrollarán cuatro capítulos. En el primer capítulo se analizará el desarrollo legal y jurisprudencia de la figura de la excepción de inconstitucionalidad en Colombia y en los sistemas constitucionales contemporáneos, al igual que el importante desarrollo jurisprudencial otorgado inicialmente por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, así como la Corte Constitucional, la cual ha tenido un papel protagónico en su desarrollo, así como el Consejo de Estado, señalando las características y relaciones con otras figuras jurídicas dadas por cada una de las Corporaciones, para finalmente, fijar reglas derivadas de la línea jurisprudencial respectiva. Aunado a lo anterior, debe indicarse el desarrollo doctrinal realizado, el cual es escaso, pero de obligatorio análisis, con el fin de identificar si son suficientes los elementos otorgados a la figura de la excepción de inconstitucionalidad para que el operador jurídico la aplique sin ser objeto de algún tipo responsabilidad. Este capítulo a pesar de ser descriptivo termina finalmente en la elaboración de una línea jurisprudencial con los pronunciamientos emitidos por las corporaciones mencionadas, identificando las reglas concluyentes.

En el capítulo segundo se analizarán los aspectos característicos de la interpretación constitucional, estableciendo inicialmente el concepto de constitución, el desarrollo del constitucionalismo y el alcance del principio de supremacía constitucional. Una vez determinada una adecuada acepción integral de constitución se identificarán los métodos de interpretación constitucional, resaltando la técnica de la ponderación por ser la más utilizada y desarrollada por la Corte Constitucional en los últimos tiempos, en su calidad de máximo intérprete de la misma, de conformidad a lo establecido en el artículo 241 de la Carta Política, desarrollando con más ahínco el test integrado de razonabilidad o test mixto de razonabilidad, por tratarse de una elaboración de la jurisprudencia Colombiana. Se trata pues de una descripción, donde se trata de armonizar el concepto de constitución, con los métodos de interpretación, la argumentación jurídica, con base en el principio de supremacía constitucional dado.

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

En el capítulo tercero, después de desarrollar los elementos cognitivos indispensables, se plasma la idea innovadora de la articulación de la excepción de inconstitucionalidad con la técnica de la proporcionalidad, con el fin de establecer un método más adecuado para su aplicación, mitigando la vulneración de otros principios constitucionales que pueden implicarse en un caso concreto, buscando un argumento lógico para la utilización de la proporcionalidad para inaplicar un determinado instrumento de intervención. Posteriormente, se hace un análisis exhaustivo de los conceptos de cosa juzgada constitucional y la libertad de configuración legislativa, tratando de identificar el tipo de escrutinio a utilizar, partiendo del derecho vulnerado y los alcances de estos conceptos en cada clase de test: leve, intermedio y estricto. Aunado a lo anterior, otro determinante para la elección formal del escrutinio, es la clase de control de constitucionalidad realizado al instrumento de intervención, en razón a el alcance del mismo. Luego, se analiza cada uno de los sub principios de la técnica de la proporcionalidad, señalando elementos nuevos y complementarios indispensables para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, teniendo en cuenta que no se trata de un control de constitucionalidad en sentido abstracto sino en sentido concreto. Finalmente, en el capítulo IV se presenta la aplicación de un caso concreto del test de proporcionalidad de la excepción de inconstitucionalidad, por medio de un test estricto donde se desarrollan cada uno de los subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto con las complementaciones realizadas.

2. Capítulo I. La excepción de inconstitucionalidad: mecanismo para la protección eficaz de los Derechos Fundamentales

El Control de Constitucionalidad ha sido una herramienta 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, han encontrado una garantía viable a la comunidad en general (parte dogmática) y la organización estatal (parte orgánica) para el logro de los fines establecidos por el Estado, sumado a la legitimidad del poder, los principios y los valores establecidos, entre otros.

Sin embargo, el consenso logrado al construir mano a mano la Carta Magna, no puede vulnerarse por el capricho de los particulares, de los funcionarios administrativos o judiciales, como norma fundante, al decir de Kelsen (Kelsen, 1993, pags. 201, 201, 2014 y 232) en la Teoría Pura del Derecho “y por ende no puede derogarse ni desconocerse del ordenamiento jurídico”, por ello la Carta de 1991 establece límites explícitos acerca de su cumplimiento los particulares pudiendo realizar todas aquellas cosas que no le están prohibidas por las leyes y los servidores públicos por la misma razón ni por la omisión o la extralimitación de sus funciones (Const, 1991) Art. 122 y 123.

Dicho tratadista brindó una teoría jurídica jerarquizada de las normas jurídicas en el ordenamiento del Estado, para lo cual ideó una pirámide sobre la cual se extrae dicha jerarquía normativa, que comúnmente recibe el nombre de supremacía constitucional, considerada en los albores del presente siglo como un principio constitucional y en las modernas Constituciones como una preceptiva normativa.

Esta teoría parte de la norma fundante básica como el fundamento de validez de un orden normativo y de la propia dinámica jurídica del ordenamiento del Estado.

Los principales aspectos jurídicos de esta teoría se sintetizan a continuación:

"Si se concibe al derecho como orden normativo, como un sistema de normas que regula la conducta humana, surge el interrogante: qué funda la unidad de una multiplicidad de normas-. Por qué pertenece una norma determinada a un orden determinado-. Y esta pregunta está en estrecha relación con ésta por qué vale una norma-.Cuál es su fundamento de validez-.

Como se indicó, la norma que representa el fundamento de validez de otra norma es, en su respecto, una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda por la causa de un efecto. Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema. Como norma suprema tiene que ser presupuesta, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Su validez no puede derivarse ya de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez. Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como norma fundante básica (Grundnorm). Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo. La norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden. Que una norma determinada pertenezca a un orden determinado se basa en que su último fundamento de validez lo constituye la norma fundante básica de ese orden. Esta norma fundante es la que constituye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de la validez de todas las normas que pertenecen a ese orden.

El sistema normativo que aparece como un orden jurídico, tiene esencialmente un carácter dinámico. Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y sólo por ello, pertenece la norma al orden jurídico, cuyas normas han sido producidas conforme a esa norma fundante básica.

“Puesto que la norma fundante básica es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituye ella la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas.

“Dado que, atento el carácter dinámico del derecho, una norma vale en tanto y en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma; esta última configura el fundamento inmediato de validez de la primera. La relación entre la norma que regula la producción de otra norma, y la norma producida conforme a esa determinación, puede representarse mediante la imagen espacial de la supra y subordinación. La norma que regula la producción es una norma superior, mientras que la producida conforme a esa determinación es una norma inferior. El orden

jurídico no es un sistema de normas de derecho situada en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante básica presupuesta. La norma fundante básica, hipotética en ese sentido, es así el fundamento de validez supremo que funda la unidad de esta relación de producción". (Kelsen, 1993, pags. 201, 201, 2014 y 232)

La Constitución Política Colombiana establece en el artículo 4 la supremacía constitucional en los siguientes términos: "*la Constitución es norma de normas*". Lo cual tiene tres principales consecuencias: la aplicación inmediata de la Carta, la interpretación constitucional y la justicia constitucional.

Con respecto al primer aspecto, la doctrina ha establecido la vinculación directa de todos los servidores públicos y particulares en la aplicación directa de la Constitución, donde la norma superior adquiere carácter vinculante, automático y obligatorio, hablándose de la constitucionalización del Derecho, al punto de que la ley 393 de 1997, no admite la acción de cumplimiento de dichas normas, ya que son el sostén de la organización del Estado.

La interpretación constitucional, por ende, es un elemento indispensable para el desarrollo armónico, dinámico y cambiante de la Carta Política, pues tiene que ver con situaciones abstractas donde el Estado, la sociedad y el individuo se interrelacionan para obtener el Bien Común anhelado por los filósofos del Derecho: Aristóteles, San Agustín y Santo Tomás de Aquino por mencionar algunos.

La propia constitución en el artículo 230 establece que para la interpretación constitucional existen normas especiales que coadyuvan la labor: la jurisprudencia, los principios generales del derecho, el derecho Comparado, dándole un matiz no definitivo a la norma, ya que sufre las contingencias de la realidad, y se les da un contenido de justicia de acuerdo con la realidad.

En consecuencia de lo anterior, el papel del juez como principal actor llamado a respetar la Constitución, se dinamiza, por tanto además de propender por el cumplimiento del ordenamiento jurídico (la supremacía constitucional y el imperio de la ley) con responsabilidad, actuando conforme a derecho, debe cumplir no solo una función declarativa, es decir la utilización del

silogismo judicial, no se exige solo interpretar la ley, sino valorarla; teniendo en cuenta la Constitución y la protección de los derechos, obligándose a realizar un juicio previa de constitucionalidad de la ley que va a aplicar; además debe ejecutar una función creadora del derecho, motivando fórmulas de solución innovadoras capaces de solucionar con eficacia la problemática del entorno, analizando el sentido, el alcance y la finalidad de la norma, integrando ingredientes apartados por la ley, pero admitidos por el juez, como la preponderancia de un derecho vivo, los derechos e intereses individuales y su protección inmediata, la realidad sociológica, el verdadero espíritu de la constitución por mencionar otros. Teniendo la posibilidad de ilustrar a los demás funcionarios para resolver casos controvertidos constituyendo un precedente jurídico que permita mayor seguridad y certeza en el ejercicio de sus labores.

El tercer aspecto relevante, es la consolidación de la Justicia constitucional, a través de los factores orgánico y funcional. El primero de ellos, justifica un órgano especializado para la guarda y supremacía de la Carta, siendo en Colombia una labor ejercida por dos entidades: la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, éste último con competencia residual solo en casos establecidos en la norma superior (Artículo 237). Por otro lado, cuando todos los jueces se encuentran en ejercicio de una acción de tutela, tiene la obligación de dar aplicación inmediata y forzosa a la misma, conformando el factor funcional (Sarmiento, 2012).

Las tres consecuencias emanadas de la Supremacía constitucional, confluyen en la aplicación del Control de Constitucionalidad antes enunciado, elemento indispensable para el desarrollo del Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho, consolidando la voluntad popular delegándolo en la representación constituida.

2.1 El Constitucionalismo

Antes de analizar los diversos sistemas de control constitucional, debe analizarse el constitucionalismo entendido como la reflexión de la experiencia jurídico política de la organización del poder, de sus elementos estructurales, entendiendo que existen dos clases de constitucionalismo: a) Constitucionalismo descriptivo, mediante el cual se expone la realidad constitucional de una sociedad y b) Constitucionalismo prescriptivo, mediante el cual además de lo anterior, se propone un modelo ideal de gobierno con base en valores éticos, formas de legitimación del poder, lo fines de la sociedad y el papel central de la ideología político jurídica.

A través de la historia se presentan las siguientes etapas del constitucionalismo:

- a) Constitucionalismo Antiguo. En el cual se relacionan el modelo griego, cuyo mayor representante se encuentra Aristóteles con el texto de la Política, y el modelo romano del período de la república, con pensadores como Polibio con el libro sexto de sus Historias y Cicerón con sus dos obras El que surge con las primeras constituciones escritas mediante las cuales se establece que el gobierno no es de los hombres sino de las leyes, tratándose de un gobierno limitado por el derecho, como poder político de la ciudad, su legitimidad está dado por el pasar del tiempo, la tradición, la razón y voluntad de Dios, conceptuándose en los postulados historicistas y teocráticos.
- b) Constitucionalismo Moderno. Dentro de las características de este constitucionalismo se encuentran las siguientes: formalización del derecho constitucional en un documento escrito como un medio para lograr que el gobierno este limitado, el límite del poder se justifica en la protección de los derechos y libertades; nueva concepción de soberanía no en cabeza del rey sino del pueblo, ya que los ciudadanos participan en el ejercicio del poder; se establecen conceptos mínimos como la concreción de derechos fundamentales, la separación de poderes, la legitimidad de la Constitución se da en los conceptos de justicia y racionalidad de las normas; la Constitución es norma jurídica obligatoria; sustracción del derecho positivo a la voluntad de los gobernantes y en defensa de los derechos de los ciudadanos; establecimiento de control jurídico del poder en un Estado Unificado; se introducen reglas intangibles denominadas reglas constitucionales; distinción entre lo público y lo privado y entre el Estado y la sociedad civil. Así mismo, es evidente la tensión entre el ideal del proceso político participativo y el ideal del gobierno limitado, los cuales se armonizan con la concepción de libertades positivas y negativas. Dentro de esta etapa surge el Constitucionalismo democrático a finales del siglo XIX, a través del cual se materializa el sistema democrático representativo.
- c) Neoconstitucionalismo. Surge después de la segunda guerra mundial, como una evolución del constitucionalismo, donde se especifican altos contenidos de normas materiales o sustantivas, que limitan la actuación del Estado a través del establecimiento de fines y objetivos del mismo de conformidad a la realidad constitucional. Como ejemplo de este constitucionalismo encontramos la Constitución Española de 1978, la Constitución Brasileña de 1988 y la Colombiana de 1991. Dentro de las características del

neoconstitucionalismo están: la eliminación de restricciones a la participación política, el nivel mínimo de igualdad a partir del reconocimiento de derechos sociales y económicos e intervención del Estado en otros ámbitos económico, social, entre otros. Aunado a lo anterior, el tratadista Luis Prieto Sanchís establece las características del neoconstitucionalismo en los siguientes ítems: 1. Más principios que reglas, 2. Más ponderación que subsunción, 3. Omnipresencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario, 4. Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes y 5. Coexistencia de una constelación plural de valores. (Prieto, 2003, pág. 131-132)

Este modelo ha recibido entre otras las siguientes denominaciones: “Estado constitucional de derecho” o “Estado Social y democrático de derecho”, que recoge aspectos del Estado Liberal del siglo XIX, del Estado democrático y del Estado Social, del primero aspectos como la separación de poderes, el establecimiento de libertadores y la ausencia de interferencia en la autonomía individual; del Estado Democrático la fundamentación en la soberanía popular, la participación de todos en las instituciones, especialmente en la formación de la voluntad política, finalmente, del Estado Social, retoma la necesidad de buscar la justicia materia mínima, la igualdad social a través de la acción estatal por medio de prestaciones positivas.

Se trata pues de un constitucionalismo Social, donde el papel del Estado modifica su rol volviéndose más activo con el fin de lograr una sociedad más igualitaria en lo material y lo político, impulsando el desarrollo de la sociedad mediante la transformación de estructuras sociales y económicas.

El neoconstitucionalismo como modelo constitucional tiene tres tipos: a) Neoconstitucionalismo como teoría del derecho, basado en el positivismo jurídico, describiendo el derecho como es y lo distingue del deber ser; b) Neoconstitucionalismo metodológico el cual da una visión científicista del positivismo jurídico, no sólo explica los fenómenos jurídicos sino que también lo crea, evidenciándose una relación entre derecho y moral más fuerte en razón a la relación entre principios constitucionales y derechos fundamentales; y c) Neoconstitucionalismo como ideología por medio del cual los derechos fundamentales, incluso frente a actores no estatales.

En razón a que el constitucionalismo y las clases de Estado no han sido estáticas, a su vez han surgido los siguientes sistemas de control constitucional, los cuales se enuncian a continuación:

2.2 Sistemas de control constitucional

2.2.1 Sistema de control de constitucionalidad difuso

Se estructura específicamente por la función específica de la guarda y supremacía de la constitución, siendo partícipes todos los jueces, no existe un órgano especializado. Tiene su origen en el sistema americano Common Law, y creación inmediata en el caso *Marbury vs Madison*. Madison, cuando el Juez Jhon Marshall inaplica una ley federal por considerarla incompatible y contraria a la norma suprema la Constitución Norteamericana según lo dispone la respectiva cláusula de supremacía constitucional: “Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ellas sean hechas y todos los tratados hechos o que se hagan bajo la autoridad de los Estados Unidos, será ley suprema de la tierra y los jueces de cada Estado estarán subordinados a ella, a pesar de lo que en contrario dispongan la constitución o las leyes de cada Estado” (Tobo Rodríguez, 2006, p. 163-164). Se establece pues el principio de la supremacía de la Constitución, como tarea fundamental de la actividad jurisdiccional.

Ésta clase de control se caracteriza por la existencia de una constitución rígida a cargo de los integrantes del Poder Judicial, a petición de parte, emitiendo una decisión concreta, sin sacar la norma del ordenamiento jurídico, el operador no la aplica por considerarla contraria a la Carta Política, de manera evidente, manifiesta y no dar lugar a interpretaciones ambiguas, tratándose de una aplicación in extremis, debido a la inexistencia de otro mecanismo de protección. Sus efectos coinciden con el sistema de control concreto donde los efectos son producidos para el caso particular siendo inter partes. (Nunes de Almeida, 2002, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000100018>.)

También se presenta sistema de constitucionalidad difuso en Argentina, ya que todos los miembros del poder judicial tienen la posibilidad de ejercer el control de constitucionalidad sobre los actos de los poderes públicos.

2.2.2 Sistema de constitucionalidad concentrado

En éste sistema existe un órgano especializado para estudiar la constitucionalidad de las leyes, analizando casos de carácter abstracto, cuya decisión origina el desaparecimiento de la norma inferior con efectos vinculantes. El legitimado por activa es especializado, ciertos órganos permanentes o transitorios de la sociedad. (Tobo Rodríguez, 2006, p. 163-164)

Para garantizar la transparencia y la independencia, el órgano especializado debe ser completamente independiente en la toma de sus decisiones, no depender de ninguna otra entidad, especialmente del poder legislativo, y sus decisiones deben ser fundamentadas en interpretaciones coherentes con el espíritu de la Carta, por ende sus resultas son obligatorias para todos los ciudadanos.

Un ejemplo de Control Concentrado es el caso austríaco, donde el Tribunal Constitucional actuaba como un legislador negativo, ya que expulsaba con fuerza de ley una norma inferior.

En España, también existe un sistema concentrado ejercido por el Tribunal Constitucional, a través de la cuestión de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 163 de la Constitución Española. (Enrique Villas, 2007, p. 119 y ss). La cuestión puede ser interpuesta por cualquiera de las partes en el proceso, o de oficio. En este caso el juez o Tribunal ordinario adelanta todo el proceso hasta antes de la sentencia y eleva la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal quien la decide. El juez ordinario tiene el deber de proyectar y establecer la importancia de la vigencia o no de la norma con base en la Constitución, e indicar las posibles soluciones. Inmediatamente se comunica a las partes, al Fiscal para que indiquen sus alegaciones. Mientras la cuestión se decide, se suspende el proceso, actuando una prejudicialidad constitucional. El fallo puede ser desestimatorio, caso en el cual la norma rige, y no será objeto de control por los mismos hechos. En caso de ser estimatorio, se procede a la declaración de nulidad de la norma, y esta decisión es oponible para los ciudadanos y las autoridades a partir de su publicación en el Boletín Oficial. (Villar Borda, 1994, p. 119 y ss)

Denótese que el trámite de la Cuestión de Inconstitucionalidad ante el Tribunal es admisión, si cumple con los requisitos de procedibilidad, alegación, donde las partes y el Fiscal sustentan las alegaciones pertinentes y la sentencia que decide definitivamente la cuestión. Se trata pues de un

control concentrado de carácter general, únicamente por consulta del Poder Judicial, es inadmisibles la acción de inconstitucionalidad.

Países como Uruguay y Paraguay tiene un sistema de constitucionalidad concentrado, el primero con la Corte Suprema y el segundo con la Corte Suprema y su Sala Constitucional.

2.2.3 Sistema de constitucionalidad concreto

Los efectos producidos para el caso particular siendo inter partes, no niega la validez de la norma para el conglomerado en general, se presenta tan solo la inaplicación de la norma por parte del operador jurídico en virtud a la incompatibilidad de la norma inferior y la Constitución.

2.2.4 Sistema de constitucionalidad abstracto

Se producen efectos *erga omnes*, ya que se define de manera definitiva la vigencia de la norma, expulsándola del ordenamiento jurídico a través de la declaratoria de inexecutable de la misma, lo cual significa que la decisión obliga a todos los ciudadanos y por tanto su aplicación. (Saffon, Molina, & García , pág. 67)

De lo anterior se concluye que la excepción de inconstitucionalidad es característica del control difuso y concreto y la acción pública de inconstitucionalidad del control concentrado y abstracto. En Colombia se presenta un control de constitucionalidad mixto, donde se involucran las clases antes descritas buscando la supremacía y guarda de la Constitución de forma más efectiva a partir del Acto Legislativo No. 3 de 1910.

La aplicación de un control mixto se analizará a fondo, buscando la pertinencia o impertinencia de la excepción de inconstitucionalidad teniendo en cuenta su desarrollo histórico, sus efectos, las providencias jurídicas emitidas, entre otros.

2.2.5 Sistema de control de constitucional dualista

Es el modelo dual “es aquel que existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse” (García, 2001, pág. 133). Es el caso de los países de Perú y Ecuador. Específicamente el Perú el modelo fue establecido por la Constitución de 1979 y

convalidado en la Constitución de 1993, cambiando la denominación del Tribunal de Garantías Constitucionales por la de Tribunal Constitucional.

2.2.6 Sistema de control de constitucional mixto

Es el que combina el sistema de control judicial difuso y el control concentrado, como el que se presenta en países como Brasil, con el Tribunal Supremo y países como Colombia y Bolivia con el Tribunal Constitucional. (Quinche Ramirez, 2014, p.195)

2.3 Marco constitucional y legal

2.3.1 Marco constitucional

2.3.1.1 Constitución 1886

En esta Constitución se consagran varias normas que tienen relevancia las cuales se nombran a continuación:

El artículo 215 superior señalaba “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”, estableciendo tímidamente el principio de supremacía de la constitucional. (Const, 1886)

En el artículo 21 se consagraba “En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta, los militares en servicio activo quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá en el superior que da la orden”. (Const, 1886) Norma que tácitamente trae el principio de supremacía de la constitución, ya que no se debe aplicar la ley cuando contravía la norma fundante.

Además se estableció la posibilidad de que la Corte Suprema de Justicia por insistencia de las cámaras decidiera de las objeciones presidenciales de una ley por inconstitucionalidad, en éste caso el fallo si era afirmativo obligaba al presidente a sancionar el proyecto de ley, en caso negativo se archivaba.

Se trataba de un control sumiso aplicado únicamente a las objeciones presidenciales, pasando de un control político a un control judicial, mostrando el desarrollo paulatino de la institución.

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

2.3.1.2 Acto legislativo no. 03 de 1910

Nace plenamente la supremacía de la Constitución en el artículo 40 al decir “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”.

Además se crea el control constitucional en su concepción actual tanto en la modalidad de acción como excepción. En cuanto a la acción brinda la posibilidad a cualquier ciudadano de instaurarla por considerar que una ley o decreto contravenga la norma superior, con efectos generales, hacia el futuro y vinculantes para todos, encargado a la Corte Suprema de Justicia de la guarda de la integridad de la misma, sumado al estudio de las objeciones presidenciales de manera previa, que ya se le habían encargado. Con respecto a la excepción de inconstitucionalidad faculta a todos los llamados a aplicar la ley, a inaplicarla cuando contravenga los preceptos constitucionales.

Esta forma de control originó innumerables controversias entre los doctrinantes, especialmente en cuanto al funcionario competente para aplicar la excepción de inconstitucionalidad, restringiéndola inicialmente solo al poder judicial, después a algunos funcionarios de la rama ejecutiva y finalizando a todos los funcionarios que ejercen jurisdicción, algunos de ellos Carlos Restrepo Piedrahita, Alfredo Araujo Graú, Miguel Moreno Jaramillo, entre otros.

2.3.1.3 Reforma constitucional 1945

Se reitera la supremacía constitucional, pero el control constitucional adquiere un rasgo más difuso por:

a.- Se otorga al Consejo de Estado funciones de control constitucional de algunos aspectos puntuales.

b. A los Gobernadores se les da la potestad de objetar por motivos de inconstitucionalidad, inconveniencia o ilegalidad los proyectos de ordenanza.

Además se exigió la intervención del Procurador General de la Nación en las acciones de inexequibilidad.

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Finalmente, se codifica la jurisdicción constitucional, sin tener la amplitud merecida, ya que solo se conocían las jurisdicciones penal, civil, administrativa y laboral teniendo preponderancia las dos primeras en caso de conflictos.

2.3.1.4 Reforma constitucional de 1968

Esta reforma trae consigo la tecnificación del control de constitucionalidad, especificando las razones:

a.- Crea la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, encargada de elaborar los proyectos de sentencia; en caso de inexecuibilidad el Pleno de la Corte era el encargado de decidir.

b.- Establece términos indefectibles para la acción: 30 días para que el Procurador y la Sala Constitucional emitieran dictamen y 60 días para emisión de decisión.

c.- Control constitucional previo y automático de los Decretos del Gobierno dictados en circunstancias excepcionales: Estado de Sitio y Emergencia Económica.

d.- Consagración de sanciones disciplinarias a los magistrados en caso de incumplir términos o tareas establecidas en la reforma.

2.3.1.5 Reforma constitucional de 1979

Se reducen a una tercera parte los términos de la acción de inconstitucionalidad antes referidos, los actos legislativos fueron objeto de control por vicios de forma, y se impone un término de un año de caducidad de las acciones de inconstitucionalidad por vicios de forma.

Esta reforma fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 3 de Noviembre de 1981, por considerar una indebida acumulación de proyectos de reforma haciendo uso de la excepción de inconstitucionalidad, al aplicar una norma más ajustada a la Constitución, pero no la norma superior, razón por la cual Juan Manuel Charry, critica el uso de la figura. (Charry Ureña, J., 1994, 57)

La Corte declaró la inexecutable basándose en la vulneración del derecho a las minorías para integrar las comisiones permanentes de la Cámara de Representantes por vulnerar el cuociente establecido en el artículo 172. La indebida acumulación hace referencia a que en primera legislatura de quince proyectos se formó uno y en la segunda de dos uno.

El desarrollo legal de la figura antes de la Constitución de 1991 puede evidenciarse a continuación:

Figura 1 Desarrollo Normativo de la Excepción de Inconstitucionalidad antes de 1991

2.3.1.6 Constitución Política de 1991

Le anteceden dos proyectos de Reforma Constitucional, la primera presentada por el Presidente Virgilio Barco, quien proponía la eliminación del control difuso y la creación de la Corte Constitucional, la segunda Reforma presentada por el Presidente Cesar Gaviria Trujillo, que pretendía la creación de una jurisdicción constitucional, la creación del derecho de amparo y la cuestión de inconstitucionalidad.

En la Constitución de 1991, se establece la Jurisdicción Constitucional, Título XIV, desarrollada a partir del artículo 248, donde otorga la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución a la Corte Constitucional.

Se establecen como funciones las siguientes (Artículo 249 C.P):

1. “Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.
4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.
6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.
7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.
8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.
10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.
11. Darse su propio reglamento”.

En consecuencia se consagra la acción de inconstitucionalidad (abstracto) y la excepción (concreto), formado un control mixto, complejo, independientes entre sí, tanto que la Corte no

tiene injerencia en las decisiones emitidas en vía de excepción. De igual manera se amplía el ámbito del control pues se acepta en ciertos casos el control material y no solo formal como la anterior Carta Política.

La acción de inconstitucionalidad fue reglamentada mediante el Decreto 2061 de 1991, donde se establece los requisitos de la demanda, el procedimiento, los efectos de los fallos, la participación del Ministerio Público y el trámite de las objeciones presidenciales.

El artículo 4° de la Carta establece la excepción de inconstitucional en los siguientes términos: “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 de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades...”. (Const, 1991).

De manera residual se dan ciertas atribuciones de control constitucional al Consejo de Estado (Artículo 237 C.P.), sobre los decretos emitidos por el Gobierno Nacional que no le correspondan a la Corte Constitucional, rasgo del control difuso.

Además los artículos 6 y 230 superiores ordenan a los particulares, extranjeros y a servidores públicos a cumplir con los preceptos constitucionales y su desobedecimiento origina sanciones, por lo anterior, aplicar normas inconstitucionales a una situación particular es inconcebible, por tanto el control de constitucionalidad al revestir las dos modalidades: acción y excepción materializa el principio de supremacía de la constitucional y la aplicación directa de la Carta con carácter normativo.

2.3.2 Marco legal

2.3.2.1 Ley 57 de 1887 vs ley 153 de 1887

El artículo 5 de la Ley 57 (1887), establece el principio de supremacía de la constitución en los siguientes términos:

“Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella”.

Esta norma originó gran controversia, hasta el punto de ser modificada en el mismo año, por el artículo 6 de la Ley 153 de 1887 (Ley 57, 1887), que indicaba:

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

“Una disposición expresa de ley, posterior a la Constitución, se reputa constitucional y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución”.

El artículo 9 señalaba que “La Constitución es la ley reformativa 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”. (Ley 57 , 1887).

Las dos normas son completamente contradictorias, uno consagra la supremacía de la Constitución (Lasalle, 1996, p.29), y la otra el principio de constitucionalidad de las leyes posteriores a la expedición de la Carta; ésta última clausula peligrosa, la cual tuvo poca vigencia, ya que fue derogada mediante artículo 40 del Acto Legislativo No. 3 de 1910.¹

En éste caso la excepción de inconstitucionalidad tendría uso únicamente en aquellas normas expedidas antes de la Norma Superior, con apoyo directo del artículo 9 señalado.

2.3.2.2 Ley 02 de 1904

Con la confusión normativa presentada en el año 1887, se procede en virtud del artículo 2° a que la Corte Suprema de Justicia analice la validez o nulidad de los decretos legislativos, previa solicitud de cualquier ciudadano y con audiencia del Procurador General de la Nación, con lo cual se avanza, máxime cuando existía previa presunción de legalidad y constitucionalidad de las leyes. Sin embargo tiene poca vigencia, fue derogada mediante Ley 8° de 1905.

2.3.2.3 Ley 130 de 1913

La norma en mención amplía el control difuso, pues otorga competencias para estudiar la constitucionalidad o ilegalidad de un acto administrativo a los Tribunales Administrativos Seccionales, en cuanto a las ordenanzas y ciertos actos emitidos por las Asambleas Departamentales y los acuerdos municipales y actos emitidos por el Concejo Municipal y los actos ejecutados por las autoridades administrativas del orden municipal, invalidándolos a través de la acción de nulidad, emitiendo fallos de carácter general o *erga omnes*, en razón a que la norma

¹ Artículo 40: “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

infractora se expulsa del ordenamiento jurídico, cuando se concluya después del cotejo del acto con la ley y la constitución que revisten de ilegalidad o inconstitucionalidad.

2.3.2.4 Decreto 2067 de 1991 (Decreto 2067, 1991)

El decreto reglamenta los juicios ante la Corte Constitucional por vía de acción, estableciendo el procedimiento, los efectos, el trámite de las objeciones de inconstitucionalidad, entre otros aspectos, se trata pues de una reglamentación extensa y detallada.

Con respecto a la excepción de inconstitucionalidad el Decreto no establece parámetros específicos, tan solo el artículo 24 que establece:

“La declaración de constitucionalidad de una norma no obsta para que proceda la acción de tutela respecto de acciones y omisiones de las autoridades o de los particulares derivadas de ella”. (Decreto 297, 1991, art. 24)

En consecuencia de lo anterior, cuando la Corte Constitucional haya emitido un concepto de constitucionalidad de una norma, no obsta para que en caso de vulneración o amenaza de un derecho constitucional no tenido en cuenta en el respectivo daño proceda la acción de tutela para su protección.

De igual manera el mismo artículo faculta al juez de conocimiento de oficio a elevar consulta a la Corte Constitucional para que amplíe y especifique los alcances de su decisión con respecto al caso concreto, debiendo dar la solución respectiva a los diez (10) días.

2.3.2.5 Ley 270 de 1996 (Ley 270, 1996)

Realiza un análisis profundo de la Jurisdicción Constitucional aduciendo el criterio orgánico y funcional. Así el artículo 43 de la norma señalada indica:

“Estructura de la Jurisdicción Constitucional. La Corte Constitucional ejerce la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos de los artículos 241 al 244 de la Constitución Política”.

“El Consejo de Estado conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.”

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

“También ejercen jurisdicción constitucional, excepcionalmente, para cada caso concreto, los jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales”. (Ley 270, 1996, art. 43).

De lo anterior se colige que según el criterio orgánico tan solo hacen parte de la Jurisdicción Constitucional: la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Con respecto al criterio funcional los jueces y corporaciones excepcionalmente conocen de funciones de control de constitucionalidad al conocer de la acción de tutela, pero ello no significa que hagan parte de la jurisdicción mencionada.

2.3.2.6 Ley 393 de 1997 (Ley 393, 1997)

Esta norma desarrolla el artículo 87 de la Carta Política, la acción de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos por parte de la autoridad competente, previa prueba de la renuencia de la misma a su cumplimiento a través de una acción administrativa.

Sin embargo, esta norma en su artículo 20 nos habla de la acción de inconstitucionalidad en los siguientes términos:

“Cuando el incumplimiento de norma con fuerza de ley o Acto Administrativo sea proveniente del ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, el Juez de cumplimiento deberá resolver el asunto en la sentencia. Lo anterior sin perjuicio de que el juez la aplique oficiosamente.

PARÁGRAFO.- El incumplido no podrá alegar la excepción de inconstitucionalidad sobre normas que hayan sido objeto de análisis de exequibilidad por el Consejo de Estado o la Corte Constitucional, según sea el caso” (Ley 393, 1997, art. 20).

Como se observa se trata de imponer al juez de cumplimiento la revisión de la excepción de inconstitucionalidad planteada en el caso *sub examine*, en consecuencia, ante la posición de la autoridad que aduce haber inaplicado una norma inferir, el juez de cumplimiento establecerá si se configura o no el motivo de justificación que la autoridad acude. Si el juez no encuentra fundada la inaplicación como consecuencia de la excepción de inconstitucionalidad, habrá de declarar que el incumplimiento se configuró y deberá impartir la orden que haga efectivo el mandato inobservado, con efectos exclusivos en ese caso y sin que su sentencia sustituya las providencias que hayan de proferir aquellos tribunales en ejercicio de sus respectivas competencias.

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

A tal punto que sí, habiendo hallado fundada la inaplicación en el caso examinado, se produce después una sentencia *erga omnes* en sentido contrario, ésta prevalece y, respaldada por el tribunal competente la ejecutabilidad de la disposición por ser constitucional, bien podría hacia el futuro intentarse de nuevo la acción de cumplimiento sin que el funcionario encargado de aplicar la norma pudiese ya escudarse en la excepción de inconstitucionalidad para justificar su abstención.

En efecto, en el caso de los fallos en los que la Corte Constitucional declara la exequibilidad de un precepto, a menos que sea ella relativa y así lo haya expresado la propia sentencia -dejando a salvo aspectos diferentes allí no contemplados, que pueden dar lugar a futuras demandas-, se produce el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, prevista en el artículo 243 de la Constitución.

Lo estipulado en el párrafo cierra el plano del control difuso, ya que un juez no puede proponer la excepción de inconstitucionalidad sobre normas cuyo fallo de exequibilidad previo ya fue emitido por el Consejo de Estado o la Corte Constitucional.

2.3.2.7 Ley 1437 de 2011

La Ley 1437 de 2011 establece el medio de control de Nulidad por Inconstitucionalidad en los siguientes términos:

“Artículo 135. Nulidad por inconstitucionalidad. Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución.

También podrán pedir la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional.

Parágrafo. *El Consejo de Estado no estará limitado para proferir su decisión a los cargos formulados en la demanda. En consecuencia, podrá fundar la declaración de nulidad por inconstitucionalidad en la violación de cualquier*

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

norma constitucional. Igualmente podrá pronunciarse en la sentencia sobre las normas que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras demandadas que declare nulas por inconstitucionales”. (Ley 1437, 2011, art. 135)

En consecuencia de lo anterior, el Consejo de Estado está facultado para realizar control abstracto de constitucionalidad de manera integral a decretos o actos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional o por otras entidades u organismos constitucionalmente señalados (cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional), en aplicación inmediata de preceptos constitucionales, en concordancia con el preámbulo de la Carta Política y los art. 2, 29 y 229 ibídem, ya que de conformidad a lo preceptuado en el párrafo del artículo 134, el Consejo de Estado en las nulidades por inconstitucionalidad no está limitado en su decisión a los cargos formulados en la demanda y que, en consecuencia, podrá fundar la tal declaración en la violación directa de cualquier norma constitucional. Lo anterior significa que podrá declarar la excepción de inconstitucionalidad y/o la declaración de nulidad por inconstitucionalidad al advertir violación de cualquier norma constitucional así mismo, podrá conformar la unidad normativa, es decir pronunciarse sobre otras normas que considere inconstitucionales diferentes a las demandadas, materializando los principios superiores de supremacía e integridad de la Constitución Política Colombiana, tratándose de un examen integral potestativo no imperativo.

Lo anterior fue ratificado por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-415 de 2012, donde se analiza la constitucionalidad del párrafo mencionado. En dicha providencia se indica

“3.5.2. De esta forma, el Legislador no ha hecho cosa distinta que consagrar normativamente lo que es una doctrina constitucional con plena vigencia: el ejercicio del control constitucional abstracto de manera integral, tal como quedó expuesta en los párrafos precedentes. Por este aspecto, entonces, no se advierte transgresión del preámbulo y del artículo 2 constitucional, puesto que la disposición demandada tiene sólido fundamento en los artículos 4, 237.2 y 241 de la Constitución, que consagran la supremacía e integridad de la Carta Fundamental. Por el contrario, puede argumentarse que el párrafo acusado, al fortalecer los poderes y atribuciones del Consejo de Estado como juez constitucional, en aras de garantizar y preservar la supremacía constitucional,

lo que logra es consolidar la prevalencia de los fines esenciales del Estado, previstos en el precitado canon constitucional”.

“3.5.3. Es más, la jurisprudencia constitucional ya había aceptado de tiempo atrás, esta facultad conferida al Consejo de Estado, cuando consideró, en la sentencia C-197 de 1999, que *"tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no la haya invocado expresamente"*.

“3.5.4. No se advierte tampoco que el precepto acusado, exceda la potestad de configuración del legislador. La regulación que ha hecho de la acción de nulidad por inconstitucionalidad radicada en cabeza del Consejo de Estado, es legítima, razonable y proporcionada, y en modo alguno contraria a principios o valores superiores de la Carta Fundamental. Al ejercer su amplia libertad de configuración normativa, el Legislador ha buscado radicar en cabeza del Consejo de Estado, una facultad similar a la que ya había conferido a la Corte Constitucional, fortaleciendo de esta manera el control constitucional y, por ende, los mecanismos y procesos a través de los cuales se busca garantizar la supremacía de la Carta Fundamental. (Corte Constitucional, C-415, 2012)

Con respecto a la unidad formativa se indica lo siguiente:

“Para determinar la procedencia de la unidad normativa esta Sala pasará a recordar la doctrina de esta Corporación respecto de la integración de unidad normativa, la cual sólo procede en tres hipótesis y de manera excepcional: (i) en primer lugar, en el caso cuando se demanda una disposición que no tiene un contenido normativo claro y unívoco, razón por la cual resulta necesario integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada, a fin de completar el enunciado normativo demandado y evitar así una decisión inhibitoria; (ii) en segundo lugar, cuando el enunciado normativo demandado se encuentra reproducido en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas, a fin de evitar que el fallo de constitucionalidad resulte inane; y (iii) cuando la disposición demandada se encuentra íntima o intrínsecamente vinculada o relacionada con otra disposición, respecto de la cual se yerguen serias sospechas de constitucionalidad. Así y respecto de este último requisito esta Corte ha establecido que éste

requiere a su vez la verificación de dos requisitos: (i) en primer lugar, la existencia de una estrecha e íntima relación entre la norma demandada y algunas otras disposiciones no demandadas, con las cuales formaría una unidad normativa; y (ii) que respecto de las disposiciones no demandadas emerjan a primera vista serias dudas o cuestionamientos respecto de su constitucionalidad”. (Sentencia C-415, 2012)

2.3.3 Papel protagónico de la jurisprudencia en la definición y alcance de un concepto de control constitucional por vía de excepción

2.3.3.1 La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado

2.3.3.1.1 Concepto jurisprudencial de la excepción de inconstitucionalidad

En cuanto al concepto la excepción de inconstitucionalidad la Corte Suprema de Justicia ha dicho que: “tanto nacionales como extranjeros, concurda con la facultad de atribuir a los jueces en cada caso determinado la excepción de inconstitucionalidad de un precepto legal; cuando quiera que exista incompatibilidad entre las normas de la Carta y la ley, en cuyo evento se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia 26 de abril, 1961).

En efecto, la cuestión relativa a la existencia de leyes inconstitucionales ha sido tratada por prestigiosos autores de derecho público. Conforme a sus doctrinas, no cabe la menor duda de que la ley inconstitucional no es obligatoria, por lo menos para la rama jurisdiccional, cuando en un caso particular tenga que aplicarla y así se solicite por parte legítimamente interesada en el juicio”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia 26 de abril, 1961).

A su vez el Consejo de Estado da con mayor especificidad características propias de la figura en los siguientes términos: " La excepción de inconstitucionalidad se conoce también con el nombre de control de constitucionalidad por vía de excepción, el cual explicaremos a continuación. Este control de constitucionalidad está consagrado en el artículo 4 de la Constitución, cuyo texto expresa: En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. El control de constitucionalidad por vía de excepción es un mecanismo de defensa que las personas pueden proponer en una actuación administrativa, al

contestar una demanda o en cualquier etapa de las actuaciones judiciales o de policía, sea procesal o extra procesal, con la finalidad que se implique en el caso concreto una ley por ser incompatible con la Constitución Política. Sin embargo, la excepción de inconstitucionalidad como control constitucional es aplicable oficiosamente por el juez o funcionario administrativo que esté facultado para aplicar la ley en casos concretos y particulares, a fin de inaplicarla por ser incompatible con las normas constitucionales correspondientes, en aras de la supremacía constitucional, enunciada en el artículo 241 inciso 1 y consagrada expresamente en el artículo 4 de la Carta, cuando preceptúa que "la Constitución es norma de normas". No siempre es necesario que la parte interesada solicite la aplicación del control constitucional por vía de excepción, sino que es suficiente que se advierta la incompatibilidad entre la Constitución y la ley, porque claramente el artículo 4 establece su procedencia al estipular que "En todo caso... se aplicarán las disposiciones constitucionales". Cuando el juez o funcionario administrativo vislumbre la transgresión normativa, en cualquier caso, es su deber hacer prevalecer el ordenamiento fundamental sobre la normatividad inferior, con el objeto de mantener incólume el orden jurídico, en su escala jerarquizaste y, además, propendiendo por el equilibrio de la distribución de competencias y garantizando la protección de los derechos de las personas, sean o no fundamentales; pilares jurídico-políticos del Estado Social de Derecho". (Consejo de Estado, Exp. 7864, 1996).

Se especifican los siguientes parámetros:

1. La excepción de inconstitucionalidad debe ser aplicada tanto por autoridades judiciales como administrativas, en definitiva cualquier autoridad encargada de aplicar las normas jurídicas, los cuales están llamados a hacer valer la primacía constitucional. De oficio, cuando el juez o funcionario administrativo vislumbre la transgresión normativa, en cualquier caso, es su deber hacer prevalecer el ordenamiento fundamental sobre la normatividad inferior, con el objeto de mantener incólume el orden jurídico, en su escala jerarquizante y, además, propendiendo por el equilibrio de la distribución de competencias y garantizando la protección de los derechos de las personas, o a solicitud de la parte interesada. (Rey, 2009, p. 84 y 85)
2. En cuanto al objeto se establece que el Control de Constitucionalidad de los actos administrativos de carácter nacional lo ejerce el Consejo de Estado (artículo 237-2 C.N.) y el de los actos departamentales y municipales lo ejercen los tribunales contencioso-

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

- administrativos. (Consejo de Estado, Sección Quinta, Ref. no 1122, 1123, 1124, 1125, 1126, 1127, 1133, 1134 y 1152)
3. El Consejo de Estado establece que los efectos de la excepción de inconstitucional es inter partes, pero también se evidencia el caso inter pares, ya que al examinar un proceso de similares características, llega a la conclusión de su aplicabilidad a éste nuevo caso. (Consejo de Estado, Sección Quinta, Ref. no 1508, 1996).
 4. El Consejo de Estado reitera que cuando la Corte Constitucional o el Consejo emiten un pronunciamiento definitivo, los jueces no pueden seguir aplicando la excepción para casos concretos. (Consejo de Estado - Sección Cuarta, Rad. 8210, 1997) (Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Rad. 1176, 2006)
 5. Debe existir una contradicción directa entre los efectos de la norma legal y la constitucional, y que ambas regulen la situación específica, de tal manera que el asunto concreto pueda quedar gobernado por el canon constitucional. (Consejo de Estado-Sección Cuarta, Rad. 8366, 1997)
 6. El Consejo de Estado acepta la posibilidad de solicitar aplicar la excepción de inconstitucionalidad por vicios de procedimiento. (Consejo de Estado - Sección Quinta, Rad. 0826, 2002).
 7. Establece que la incompatibilidad de la norma inferior con la Carta Magna debe ser palmaria y flagrante, siendo esta manifiesta. (Consejo de Estado, Sección Primera, Rad. 02499, 2007)
 8. En cuanto a los efectos se establece en virtud del artículo 66 del Decreto 01 de 1984, sanciones para las autoridades con jurisdicción, cuando de manera palmaria, las normas inferiores quebrantan los ordenamientos constitucionales, con fundamento en la supremacía constitucional, debe acatarse el mandato contenido en el artículo 4° de la Carta, que ordena que “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente de que trata el artículo 6° de la misma, por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación, por parte de los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones. (Consejo de Estado, Sección Quinta, Ref. no 1122, 1123, 1124, 1125, 1126, 1127, 1133, 1134 y 1152, 1996)

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

9. Se establece la improcedencia de la excepción de inconstitucionalidad por errónea interpretación, por aplicación indebida de una norma, no puede disponerse que tal norma debe dejar de aplicarse en un caso concreto, pues no es su aplicación la que resulta violatoria del ordenamiento superior, sino la interpretación errónea e indebida que de ella se hace y la falta de aplicación de las disposiciones pertinentes. Por esta razón no es viable acceder a declarar la excepción de inconstitucionalidad. (Consejo de Estado, Sección Primera, Rad. 4860, 1998).
10. Norma aplicable al caso concreto debe ser vigente, es decir que no medie sentencia de inexecutableidad o ilegalidad de la norma inferior. (Consejo de Estado - Sección Cuarta, Rad. 8210, 1997). (Consejo de Estado, Sección Segunda, Rad. 01420 2014) (Consejo de Estado, Sección Primera, Rad. 90030).
11. Improcedencia de la excepción de Inconstitucionalidad ante el establecimiento de nuevas cuantías. Se le indica que es facultad del legislador la configuración de los procedimientos judiciales y dentro de ella se incluye la de señalar en qué casos éstos se tramitarán en una o dos instancias. La misma ley puede fijar los efectos de las nuevas disposiciones, en atención a diferentes factores, entre ellos, agilizar la efectiva y pronta culminación de los procesos a cargo de esta jurisdicción, sin que por ello pueda entenderse vulnerado algún derecho ni el principio de la buena fe o confianza legítima. (Consejo de Estado, Sección Cuarta, Rad. 00863, 2007).
12. La aplicación de la excepción de inconstitucionalidad en una providencia judicial no puede fijar nuevos esquemas procesales fuera de los previstos por el legislador, ni alterar factores como la competencia, la cual hace parte de las normas catalogadas como de orden público, las cuales tienen tal naturaleza para garantizar el equilibrio de las partes dentro del proceso judicial. (Consejo de Estado, Sección Segunda, Rad. 01061, 2014). La excepción de inconstitucionalidad no puede llevar a la aplicación de una segunda instancia en todo proceso, cuando el legislador no lo ha previsto de esa manera, en virtud a la libertad legislativa. (Consejo de Estado, Sección Cuarta, Rad. 00361, 2003).
13. Una disposición anterior a la Carta Política no podría ser inconstitucional por contrariarla, porque si esto llegara a ocurrir, aquella estaría derogada. (Consejo de Estado, Sección Quinta, Ref. no 1122, 1123, 1124, 1125, 1126, 1127, 1133, 1134 y 1152, 1996)

14. La excepción de inconstitucionalidad no tiene efectos en relación con las sentencias ejecutoriadas, pues ello atentaría contra la cosa juzgada que es valor fundamental de la seguridad jurídica. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad. 6670, 2001)
15. La excepción de inconstitucionalidad no se puede interponer mediante el derecho de petición cuando la sentencia ya se encuentra en firme, teniendo como agravante la no interposición de los recursos a que haya lugar. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad. 16442, 2001).
16. El Consejo de Estado señala que la excepción de inconstitucionalidad y la nulidad por inconstitucionalidad son mecanismos distintos. La excepción busca que una autoridad que tenga a su cargo aplicar una norma, para un caso particular, se abstenga de hacerlo por ser contraria a la constitución, lo cual no implica que dicha norma pierda vigencia en el ordenamiento jurídico aun cuando no produzca efectos para el asunto concreto, mientras que la nulidad por inconstitucionalidad prevé que el juez declare la nulidad de un acto de interés general con efectos *erga omnes*. (Consejo de Estado- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Rad. 01176, 2003)
17. El Consejo de Estado mediante sentencia del 31 de marzo de 2014, establece que la autoridad que sea competente para el estudio del medio de control respectivo, el que debe analizar la legalidad del acto administrativo pertinente, también es el competente para analizar la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad. (Consejo de Estado, Sección Segunda, 00871, 2014) (Consejo de Estado, Sección Segunda, Rad. 01045, 2014)

2.3.3.2 La jurisprudencia de la Corte Constitucional

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha nutrido con bastantes elementos la excepción de inconstitucionalidad dándole vigencia, coherencia y amplitud en su aplicación, estableciendo las relaciones con otras figuras jurídicas. Se enuncian los aspectos más relevantes:

1. Se establece claramente el principio de supremacía de la Constitución, el cual impone el grado más alto dentro de la jerarquía de las normas, de manera que el contenido de las leyes y de las normas jurídicas generales está limitado por el de la Constitución. “...*Así pues, debe existir siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango, y si no la hay, la Constitución Política de 1991 ordena de manera categórica que se apliquen las disposiciones constitucionales en aquellos casos en que sea manifiesta y no caprichosa, la incompatibilidad entre las mismas, por parte de las*

autoridades con plena competencia para ello...” (Corte Constitucional, Sentencia C-600, 1998)

2. Indica el deber de la autoridad con jurisdicción para realizar el juicio de constitucionalidad de la norma aplicable, en todos los casos.
3. La excepción de inconstitucionalidad surge como el mecanismo judicial viable para inaplicar un precepto a un caso particular, en virtud, justamente, de la especificidad de las condiciones de ese preciso asunto. (Corte Constitucional, T-103, 2010). Puede tratarse de una norma que en abstracto resulte conforme con la Constitución, pero al utilizarla en un caso concreto vulnere disposiciones constitucionales. (Corte Constitucional, C- 803, 2006).
4. La aplicación de la ley no queda al arbitrio, la voluntad, el deseo o la inconveniencia del juez, debe existir una incompatibilidad manifiesta entre el contenido de la norma y los preceptos constitucionales. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la incompatibilidad en términos generales como "*repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí*". En el sentido jurídico que aquí busca relieves, son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe (Corte Constitucional, Sentencia T-614, 1992).
5. En cuanto a los sujetos la Corte Constitucional establece que la excepción puede ser interpuesta por la parte interesada dentro del litigio o de oficio por el juez, siendo ella titular de la misma, en un caso concreto, por considerarla contraria a la Carta sin que ésta haya sido declarada inconstitucional. En este sistema el proceso ya no es ofensivo: para invocar la inconstitucionalidad de la ley es necesario que ésta haya sido aplicada; es decir, que no interviene sino de manera incidental, a propósito de un proceso, y a título de excepción presentada por una de las partes en él. En este caso si el juez encuentra fundada la demanda de inconstitucionalidad, dejará de aplicar la ley, pero únicamente para quien lo solicitó. (Corte Constitucional, Sentencia T-049, 2002) (Corte Constitucional, T 006, 1994)

6. La Constitución Política establece el objeto del control de constitucionalidad por contenido de fondo o de forma, en cuanto a la acción, por tanto la excepción de inconstitucionalidad se aplicará para los mismos casos. Aunado a lo anterior señala la necesidad de que tanto la acción como la excepción se traten de normas o proposiciones jurídicas integrales, y que los contenidos, no fragmentos normativos, sin contenido comprensible como regla de derecho, expresiones aisladas carentes de sentido. (Corte Constitucional, Sentencia C-565, 1998)
7. Los efectos de la excepción son inter partes, o circunscrito a quienes tienen interés en el caso. Y la norma inaplicada no se afecta en su vigencia general, aunque, por motivo de la inaplicación, no haya producido efectos en el asunto particular del que se trata. La excepción de inconstitucionalidad no ocasiona consecuencias en abstracto, ni puede significar la pérdida de vigencia o efectividad de la disposición sobre la cual recae, ni tampoco se constituye, dentro de nuestro sistema jurídico, en precedente forzoso para decidir otros casos que, bajo distintas circunstancias, también estén gobernados por aquélla. Desde luego que la norma inaplicable por ser contraria a la Constitución en forma manifiesta, no queda anulada o declarada inexecutable, pues esta función corresponde a los organismos judiciales competentes, en virtud del control constitucional asignado por la Carta Fundamental en defensa de la guarda de la integridad y supremacía de la norma de normas (Const, 1996, art. 237 y 241).
8. Se establecen los conceptos de cosa juzgada absoluta y relativa, en ejercicio del control constitucional. La cosa juzgada absoluta ocurre cuando, se confrontan los preceptos demandados frente a todo el ordenamiento constitucional, lo que implica que dichas disposiciones no pueden ser posteriormente objeto de nuevo pronunciamiento en ese sentido. A su turno, la cosa juzgada relativa se presenta cuando el pronunciamiento se limita al análisis de las normas acusadas frente a alguno o algunos artículos del Estatuto Superior o cuando se pronuncia únicamente sobre los cargos formulados o sobre un determinado aspecto constitucional (Corte Constitucional, Auto 311, 2011). De modo que es claro que la segunda hipótesis permite que posteriormente se presenten nuevas demandas o se planteen en los respectivos litigios excepciones de inconstitucionalidad contra las normas sobre las cuales ha recaído un examen de constitucionalidad. Pero ello será posible,

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

como fácilmente se deduce de lo dicho, solamente por cargos o violación de cánones constitucionales distintos a los analizados en la respectiva sentencia de constitucionalidad.

9. La Corte establece que los fallos del Consejo de Estado no declaran la exequibilidad de actos emitidos por el Gobierno Nacional, en ese caso se debe hablar de Nulidad por inconstitucionalidad. (Corte Constitucional, Sentencia C-069, 1995)
10. Los fallos de Nulidad por Inconstitucionalidad emitidos por el Consejo de Estado son obligatorios, por tanto, no es admisible que una autoridad administrativa o judicial subalterna se abstenga de cumplirla. Sin embargo, la Corte Constitucional, al sentar doctrina constitucional integradora sobre el alcance de las normas superiores con las cuales el Consejo de Estado hizo la confrontación, llegare a conclusiones diversas de las acogidas por aquél, evento en el cual tendrían que prevalecer, para todas las autoridades públicas los contenidos y las consecuencias jurídicas de esa doctrina constitucional. (Corte Constitucional, Sentencia C-069, 1995)
11. Las sentencias que profiere la Corte Constitucional tienen el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares. (Corte Constitucional, Sentencia C-600, 1998) (Corte Constitucional, Sentencia, C-492, 2000).
12. Se establece responsabilidad a las autoridades públicas como a los particulares que ejercen funciones públicas por ejecutar normas inconstitucionales.
13. La excepción de inconstitucionalidad es aplicable para casos generales y particulares, hablando de actos administrativos.
14. Las excepciones de inconstitucionalidad que profieren las autoridades judiciales, administrativas o los particulares cuando tengan que aplicar una ley, no elimina la posibilidad que tiene la Corte Constitucional de realizar el control de constitucionalidad de determinado precepto.
15. En consecuencia de lo anterior, una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma,

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos erga omnes si la norma exceptuada es constitucional o no, es decir, no se elimina la posibilidad que tiene la corporación de realizar el control de constitucionalidad de determinado precepto. Una vez exista pronunciamiento definitivo de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado en lo de su competencia, y no antes, los jueces no pueden seguir aplicando la excepción de inconstitucionalidad en los casos concretos. (Corte Constitucional, Auto 015, 2003). El pronunciamiento definitivo sobre la constitucionalidad de una norma, es posterior en el tiempo a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, por tanto no afecta la validez de las decisiones en las cuales se aplicó la excepción de inconstitucionalidad.

16. Cuando se interpone la excepción de inconstitucionalidad debe demostrarse la vulneración de la Constitución en el caso particular y concreto, lo cual es indispensable para analizar la pertinencia de la aplicación de la misma. (Corte Constitucional, Auto 052, 2014).

La Corte Constitucional otorga la posibilidad de “aplicar la excepción de inconstitucionalidad y la excepción de ilegalidad en los casos en que la aplicación de una norma de orden legal vulnere los derechos fundamentales de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, o resulte en un impedimento para la protección efectiva de las personas, de conformidad a los mandatos de la Sentencia T-760 de 2008”. (Corte Constitucional, Auto 035, 2009). Finalmente, la Corte advierte que antes de aplicar la excepción de inconstitucionalidad debe informarse al CONPES sobre las normas legales o administrativas que se inaplicarán, los argumentos respectivos, con el fin de verificar si existe alguna objeción.

Así mismo, se brinda la posibilidad de aplicar la excepción de inconstitucionalidad con mayor facilidad cuando existe un pronunciamiento de la Corte Constitucional que lo autoriza para la protección de un derecho fundamental, en virtud a la dificultad que tienen los funcionarios administrativos para su aplicación. Por el contrario, de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos *erga omnes*, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual

cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompasarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado.

17. Cuando la Corte Constitucional ha aplicado la excepción de inconstitucionalidad de una determinada norma (Ley 860 de 2003) por considerarlo regresivo a la protección de un derecho, en éste caso la seguridad social, en razón a la disminución de los niveles de protección, esta debe ser acatada por todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales. Aunado a lo anterior, la Corte aplica el test de proporcionalidad para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, sin decirlo expresamente, lo cual se concluye de lo siguiente: “En esos asuntos, este Tribunal procedió a aplicar la excepción de inconstitucionalidad del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, previa verificación de la falta de razonabilidad y proporcionalidad de la norma frente a la situación específica, en aras de garantizar el acceso del accionante a la prestación solicitada”. (Corte Constitucional, Sentencia T-671, 2011). En la Sentencia T-248 de 2012, el Tribunal indica claramente que aplica el test estricto de proporcionalidad para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, concluyendo en ese caso que la orientación sexual como criterio para diferir la donación de sangre de hombres homosexuales, es un criterio sospechoso y constitucionalmente prohibido, reiterando que lo que se debe identificar son las prácticas sexuales altamente riesgosas, según las conductas sexuales. (Corte Constitucional, T-248, 2012). Finalmente, mediante Sentencia T-977 de 2012 hacen relación a uno de los componentes del test de proporcionalidad, específicamente en la idoneidad, ya que se puede aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando se busque la obtención de un propósito o fin legítimo como en el caso respectivo, ya que un hombre cambio por una vez su nombre, y posteriormente solicito un nuevo cambio, que no se encuentra autorizado en el artículo 94 del Decreto 1260 de 1970 que dice “El propio inscrito podrá disponer, por una sola vez, mediante escritura pública, la modificación del registro, para sustituir, rectificar, corregir o adicionar su nombre, todo con el fin de fijar su identidad personal”, sin embargo el Tribunal señala que cuando existe un fin legítimo este debe protegerse a través de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad. (Corte Constitucional, T-977, 2012).
18. La Corte Constitucional relaciona la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad con la interpretación histórica, lingüística y sistemática para determinar si su aplicación es

acertada, cada una de ellas por separado, señalando los argumentos específicos. En el caso expedito el Tribunal indica que el accionante no tiene razón en establecer que las únicas minorías que pueden participar en las mesas directivas de las Comisiones del Congreso, son las minorías de oposición, estas pueden ser múltiples: oposición, neutrales y minoritarios de coalición. (Corte Constitucional, C- 122, 2011).

19. La excepción de inconstitucionalidad debe aplicarse cuando se busque proteger derechos de grupos de especial protección por parte del Estado. La Sentencia T- 291 de 2009 protegió lo derechos de un grupo de trabajadores de un relleno sanitario que fue clausurado, razón por la cual la Corte ordena aplicar la excepción de inconstitucionalidad para proteger el derecho a la vivienda de los mismos, por considerarlos sujetos tradicionalmente excluidos, que merecen especial protección por parte del Estado. (Corte Constitucional, T-291, 2009). Así mismo procedió la Corte, en un caso de discriminación racial, cuando el Secretario de Gobierno del Departamento de Guainía, expidió una circular que prohibía la realización de conferencias radiales y políticas en un idioma distinto al castellano, en vulneración de los derechos de la población indígena, lo que generaba incomunicación entre los miembros de la comunidad. (Corte Constitucional, T-384, 1994). Similar caso se presenta, en la Sentencia T-331 de 2014 en la cual se aplica la excepción de inconstitucionalidad para la imposición de una multa racional por la infracción de normas urbanísticas de conformidad a las condiciones socioeconómicas del infractor, la Corte concluye: “i) La administración vulnera el derecho al debido proceso de un administrado que afronta un estado de vulnerabilidad manifiesta cuando le impone una sanción pecuniaria por infracción a las normas urbanísticas, sin antes, ofrecerle un acompañamiento para que la persona pueda adecuar la situación irregular a las normas legales vigentes. Esta protección se fundamenta en el deber del Estado de proteger a las personas vulnerables, además de que tal protección debe ser mayor cuando se trata de una persona que tiene a su cargo niños o personas inválidas, quienes gozan de protección constitucional reforzada. (ii) La vulneración de las normas urbanísticas implica sanciones, pero estas deben imponerse atendiendo las circunstancias socioeconómicas de las personas, de tal manera que no resulten desproporcionadas y se adecuen a plazos amplios y montos que faciliten a los ciudadanos su cumplimiento”. (Corte Constitucional, T-490, 1992).

20. La Corte Constitucional de manera explícita señala la obligatoriedad de aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando ella lo ha manifestado al decir “...se solicitó de manera expresa al funcionario judicial que la norma fuera inaplicada y se aportó como elemento de juicio una sentencia de constitucionalidad de la Corte que excluyó del ordenamiento jurídico el mismo sentido normativo de la disposición que sería aplicada para decidir en el caso concreto. Los funcionarios judiciales no pueden ser indiferentes ante esta situación, ya que es su deber aplicar de manera preferente la Carta Fundamental.” (Corte Constitucional, T- 522, 2001) (Corte Constitucional, T- 150, 1996)

2.3.3.3 Componentes de la excepción de inconstitucionalidad otorgados jurisprudencialmente

A nivel jurisprudencial la Jurisdicción Constitucional ha reglamentado el uso de la excepción de inconstitucionalidad, dándole contenido y límites específicos, con los cuales los operadores judiciales y autoridad con jurisdicción pueden aplicar con más argumento la excepción de inconstitucionalidad, como ya se había indicado.

Cada una de las Cortes maneja claramente el concepto de excepción de inconstitucionalidad, pero existen rasgos que es importante señalar:

En cuanto al Concepto el Consejo de Estado se basa en las sentencias expedidas por la Corte para la aplicación de la correspondiente figura, lo cual es muy usual, según el análisis jurisprudencial realizado. Cabe destacar que esta situación era más tajante con la Constitución de 1886, ya que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado tenían una ambición de poder, donde cada corporación imponía sus postulados, tratándose de una figura de carácter político como lo expresa el tratadista Edgar Quiroga en su artículo “La excepción de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano. Aproximaciones elementales para su estudio y comprensión”. (Quiroga, 2015, p. 31)

Se establece claramente el principio de supremacía de la Constitución.

El concepto de inconformidad manifiesta se mantiene, pero el Consejo de Estado lo ha desarrollado en más perspectivas: debe tratarse de la inaplicación de una norma completa, con sentido, y no una mera parte de la misma; es improcedente la excepción por una errada interpretación de la norma; tampoco es viable la excepción cuando se modifican las cuantías en un

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

proceso administrativo; no se puede ejercer la excepción de inconstitucionalidad mediante derecho de petición cuando existe una sentencia judicial, entre otros aspectos.

En cambio, si procede entablar mediante derecho de petición la excepción, con el fin de que decidan de fondo, e inicien una completa actuación administrativa.

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. La Corte Constitucional señala la capacidad jurídica que posee para aplicar la excepción de inconstitucionalidad.

De igual manera concuerdan 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*. Adicionalmente señala que: “la denominada “excepción de inconstitucionalidad”, derivada del artículo 4o fundamental, es una forma de control que puede ser ejercida por cualquier juez o autoridad administrativa; sin embargo el primero de ellos no hace parte por ese sólo hecho de la jurisdicción constitucional, y la segunda, como es sabido, no hace parte ni siquiera de la rama judicial.” (Corte Constitucional, C 400, 2013)

La diferencia más tajante de las Cortes radica en los **efectos** del fallo de la excepción y la acción pública de inconstitucionalidad, los cuales son analizados por las dos Corporaciones. La Corte Constitucional señala el concepto de doctrina constitucional (Prieto, 1997, p.67) y su obligatoriedad, señala que los efectos de la excepción son inter-partes únicamente, sin que un fallo se convierta en obligatorio en casos similares. Señala los conceptos de cosa juzgada absoluta y relativa, y hasta los fallos condicionados, entre otros aspectos. Se trata pues no solo de inaplicar una norma sino de aplicar la constitución directamente a un caso concreto.

El Consejo de Estado, señala entre otros el fenómeno de la derogatoria tácita, el efecto inter-pares, es decir que en casos similares se debe aplicar la decisión anteriormente aceptada, lo cual amplia el efecto de la figura jurídica estudiada. En ejercicio de la acción de cumplimiento, se ha estipulado tajantemente que cuando alguna corporación haya emitido un concepto de exequibilidad

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

éste no puede desconocerse aplicando la excepción, por tanto el fallo es inoponible para los particulares y los servidores públicos de forma inmediata.

Las dos corporaciones enuncian las mismas normas por las cuales se pueden sancionar en caso de la aplicación de una norma inconstitucional.

Lo anterior permite denotar tres aspectos fundamentales:

a.- El control constitucional por vía de excepción es aplicado, tanto por la rama judicial, como autoridades administrativas con jurisdicción. En consecuencia se trata de una herramienta útil para la guarda y protección de la Carta Magna. No se trata de una decisión caprichosa y arbitraria, en cada caso el esfuerzo argumentativo es palpable.

b.- Existen normas que contradicen los postulados constitucionales, y por tanto todos los operadores jurídicos y autoridades con jurisdicción tienen el deber de realizar el juicio pertinente, ubicando la norma aplicable al caso, y posterior análisis con la norma fundante.

c.- Falta una regulación específica que denote los requisitos, los efectos, entre otros aspectos, para que ésta clase de control sea más usado y riguroso en aplicación, necesita definir un régimen de responsabilidad claro para dar respuesta a la supuesta desestabilización jurídica planteada por varios doctrinantes.

Aunado al anterior desarrollo jurisprudencial existen doctrinantes del derecho como Natalia Bernal Cano, que en el año 2002, (Bernal Cano, 2002, pp. 1 y ss.) con base en el análisis jurisprudencial realizado, establece de manera articulada ciertos elementos desde el punto de vista conceptual de la excepción de inconstitucionalidad como: a) la Constitución como norma de normas, b) el examen de una norma jurídica de inferior jerarquía, c) la incompatibilidad entre las disposiciones legal y constitucional, d. la interpretación preferente de la Constitución. Así mismo concluye con ciertos aspectos de orden procesal como sujetos intervinientes, objeto de la excepción y sus efectos.

2.3.3.3.1 Diferencias entre acción y excepción de inconstitucionalidad

En cuanto a la diferencia entre la acción y excepción de inconstitucionalidad se pueden mencionar las siguientes:

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

La acción pública de inconstitucionalidad, ejerce un control general y abstracto, por tanto, no se debe demostrar un interés legítimo para alegarla, solo la primacía de la Constitución; la excepción es un control difuso concreto, pues quien la alega debe poseer un interés legítimo: la protección de un derecho fundamental que puede lesionarse si la norma jurídica es aplicada.

En cuanto a la titularidad de la excepción el doctor Charry Ureña en su texto “La excepción de inconstitucionalidad” ha mencionado lo siguiente:

“Para decidir sobre la acción de inconstitucionalidad, la Corte tiene competencia privativa. Para decidir sobre la excepción de inconstitucionalidad, es competente cualquier ejecutor jurídico que deba aplicar la ley. Pues la norma constitucional establece un 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”. (Charry, 1994, p. 124).

Con respecto a los efectos de la Sentencia es necesario tener en cuenta que en la vía de acción son de carácter *erga omnes*, oponible a todas las personas y autoridades pública, sin excepción alguna, mientras que en la vía de excepción solo produce efectos para las partes en litigio. Actualmente las sentencias de la Corte Constitucional pueden ser condicionadas a través de la modulación sobre el contenido o los efectos temporales del fallo; dentro del contenido se encuentran las sentencias interpretativas, sentencias aditivas y las sentencias sustitutivas; en cuanto a los efectos temporales encontramos las sentencias de inexecutableidad hacia el futuro, sentencias con efecto retroactivo y las de constitucionalidad diferida.

El Consejo de Estado, también con carácter general, ante el ejercicio de acciones de nulidad por inconstitucionalidad, decide si están llamadas a prosperar las pretensiones de los accionantes, y en caso afirmativo anula el acto administrativo correspondiente, retirándolo del ordenamiento jurídico. (Revista Tutela acciones populares y de cumplimiento, 2000)

Por vía abstracta, la presunción de legalidad solamente puede ser desvirtuada mediante fallo de inexecutableidad proferido por la Corte Constitucional, o de nulidad por inconstitucionalidad, dictado por el Consejo de Estado, según la jerarquía de la norma examinada. Este último, según la propia Constitución (art. 238), tiene además la potestad de suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los actos administrativos que sean susceptibles

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

de impugnación por vía judicial. Pero, si se trata de actos administrativos de carácter general, o de una norma con esa misma fuerza, la suspensión provisional también tiene normalmente el mismo efecto abstracto, que no desvirtúa de modo definitivo la presunción de constitucionalidad y legalidad del acto administrativo, pero que lo priva temporalmente de todo efecto jurídico, a la espera del fallo.

La titularidad de la acción de inconstitucionalidad corresponde a cualquier ciudadano según los parámetros descritos en la ley; en la excepción, como ya se mencionó, solo puede instaurarla la persona lesionada o con la virtualidad de llegar a lesionarse por la eventual aplicación de la norma que se cuestiona.

2.3.3.4 Relación de la excepción de inconstitucionalidad con otras figuras jurídicas

Se pueden mencionar algunas relaciones con otras figuras jurídicas que son indispensables para su aplicación:

2.3.3.4.1 Acción de cumplimiento (Ley 393, 1997)

Con la acción de cumplimiento, se da la posibilidad al Juez respectivo, de que verifique la abierta e incontrovertible oposición de la norma inferior a la Carta Magna y la justificación dada por el juez que la inaplicó. El juez de cumplimiento no resuelve si la norma o el acto en cuestión son constitucionales o inconstitucionales, y su dictado no afecta la obligatoriedad ni el vigor jurídico general de aquéllos. En caso de que considere injustificadas las razones expuestas, ordenará la aplicación de la norma; en caso contrario en la sentencia se aceptará la excepción, con efectos para el caso concreto, hasta el punto de la ejecutabilidad del fallo, así se haya producido pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional o el Consejo de Estado sobre la inexecutable de la norma. En éste último caso, podrá intentarse una nueva acción de cumplimiento. (Corte Constitucional, Sentencia C-600, 1998)

‘En efecto, en el caso de los fallos en los que la Corte Constitucional declara la exequibilidad de un precepto, a menos que sea ella relativa y así lo haya expresado la propia sentencia -dejando a salvo aspectos diferentes allí no contemplados, que pueden dar lugar a futuras demandas-, se produce el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, prevista en el artículo 243 de la Constitución. Y, entonces, si ya por vía general, obligatoria y *erga omnes* se ha dicho por quién tiene la autoridad para hacerlo que la disposición no quebranta principio ni precepto alguno

de la Carta Política, carecería de todo fundamento jurídico la actitud del servidor público que, sobre la base de una discrepancia con la Constitución -encontrada por él pero no por el Juez de Constitucionalidad- pretendiera dejar de aplicar la norma legal que lo obliga en un proceso, actuación o asunto concreto.” (Corte Constitucional, Sentencia C-600, 1998).

En conclusión, si bien puede indicarse entonces que la excepción de inconstitucionalidad no es contraria a la competencia que tienen la Corte Constitucional para determinar de manera definitiva la inexecutable de un precepto, lo que si es cierto es que dicha excepción es inaplicable cuando ya ha mediado un pronunciamiento en abstracto, en tanto dicha decisión produce un efecto de cosa juzgada y de alcance *erga omnes*.

De igual manera mediante Sentencia C-492 de 2000 la Corte Constitucional analiza la cosa juzgada constitucional con la excepción de inconstitucionalidad en materia de acción de cumplimiento, estándose a lo resuelto en Sentencia C- 600 de 1998, pero enfatiza en la distinción entre cosa juzgada relativa y cosa juzgada condicionada, la constitucionalidad condicionada consiste en que la Corte delimita el contenido de la disposición acusada para, en desarrollo del principio de conservación del derecho, poder preservarla en el ordenamiento. Así, la sentencia condicionada puede señalar que sólo son válidas algunas interpretaciones de la misma, estableciéndose de esta manera cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuales no son legítimos constitucionalmente. Pero si la Corte no limita el alcance de la cosa juzgada, entonces ese pronunciamiento material de constitucionalidad condicionada tiene efectos jurídicos definitivos y *erga omnes*.(Corte Constitucional, Sentencia C-492 de 2000).

2.3.3.4.2 Acción de tutela (Decreto 2591, 1991)

La excepción de inconstitucionalidad se puede alegar en el proceso de tutela cuando la aplicación de una norma es causa de una lesión o amenaza de un derecho fundamental. En esa hipótesis es indudable que surge la posibilidad de ejercitar en forma simultánea la llamada excepción de inconstitucionalidad y la acción de tutela, la primera con el objeto de que se aplique la Constitución a cambio del precepto que choca con ella, y la segunda con el fin de obtener el amparo judicial del derecho. La vigencia de la norma no se controvierte, ni tampoco se concluye en su inejecutabilidad o nulidad con efectos "*erga omnes*". Apenas ocurre que, con repercusión

exclusiva en la situación particular, se ha desvirtuado la presunción de constitucionalidad; ella seguirá operando mientras no se profiera un fallo del tribunal competente que defina el punto por vía general. (Corte Constitucional, Sentencia T-067, 1998) (Corte Constitucional, 357, 2002). Como se indica a continuación:

“En el proceso de tutela, la excepción de inconstitucionalidad tiene relevancia en la medida en que la aplicación de la ley o una concreción suya se vinculen como causa de la lesión de un derecho fundamental. Si ante la flagrante violación de la Constitución por parte de la ley, el juez se inhibe de examinar su constitucionalidad, incumplirá con ello el deber superior de imponer la norma constitucional por encima de las normas que le sean contrarias y, además, dejará de proteger de manera efectiva los derechos fundamentales violados con ocasión de la actualización singular de dicha ley.” (Corte Constitucional, Sentencia T-067, 1998)

Adicionalmente, el Auto 101 de 2002 reitera la jurisprudencia establecida mediante auto 071 de 2001, inaplicando el artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, ya que se establece nuevos criterios para la competencia de la acción de tutela. Posteriormente el Auto 060/2002, reitera la jurisprudencia mencionada, adicionando una suspensión provisional del Decreto por parte del Consejo de Estado, pero como no existía decisión de fondo aún se aplica la excepción de inconstitucionalidad. (Corte Constitucional, Auto 101 de 2002).

2.3.3.4.3 Actos administrativos de carácter particular

Con respecto a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad en actos administrativos, no se ha proferido una orientación determinada, ya que es aceptada o rechazada según el caso, por ejemplo en Sentencia C-069 (Corte Constitucional, C-069, 1995) no es aceptada en razón a que se trata de un acto de contenido particular, individual y concreto, que crea derechos en favor de un particular, la cual no puede dejar de aplicarse a través de la excepción de inconstitucionalidad, en presencia de la garantía de que gozan los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles, hasta tanto no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción

competente, o revocados por la misma administración con el consentimiento expreso y escrito de su titular.

En igual sentido se establece en el Consejo de Estado (Consejo de Estado - Sección Quinta, Rad. 01400, 2001) “Es claro que los actos administrativos de contenido particular y concreto, al no alcanzar la categoría de leyes o normas jurídicas en sentido formal, como que carecen de muchos de sus atributos, no pueden ser objeto de inaplicación por supuesta oposición a la Constitución; de admitirse la posibilidad de aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de actos administrativos de carácter subjetivo, se daría cabida al desconocimiento de su propia esencia, vale decir de medio exceptivo y transitorio para impedir la violación de la Constitución, puesto que en estricto sentido no se estaría dando una inaplicación sino la revocatoria o la extinción de ese acto de contenido particular y concreto, que por obvias razones a futuro no podría ser objeto de aplicación, en pocas palabras perdería toda eficacia. Además, una conducta tal sería del mismo modo inconstitucional e ilegal en la medida que configuraría el desconocimiento de las competencias que a cada uno de los órganos de la administración entregó la Constitución, así como el hacer justicia de manera directa o por propia mano sin acudir a la jurisdicción como encargada de ello”.

A su vez, la Sala Plena de los Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado acepta la posibilidad de aplicar la excepción de inconstitucionalidad frente actos administrativos generales y particulares, no solo frente a preceptos de orden legal, dando lugar a decisiones de contenido particular, en aplicación de la concepción jurisprudencial de la Sala Plena del año 1961. Sin embargo, la Sala reiteró “...su posición en el sentido de que si bien, los actos administrativos gozan de presunción de legalidad mientras no sean suspendidos o anulados por la jurisdicción competente, también estimó procedente la figura de inaplicación por razones de inconstitucionalidad”. (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Rad. S-394, 2004).

Por otro lado, en Sentencia T-658/07 concluye que cuando en la aplicación de un acto administrativo, cobijado por presunción de legalidad, resulten vulnerados claros preceptos contenidos en la Constitución, el operador jurídico debe darle prevalencia a ésta, aplicándola de manera preferente. Sin embargo, los efectos tienen una repercusión exclusiva en la situación

particular, aceptando la posibilidad de instaurar la acción de tutela como mecanismo transitorio para precaver un perjuicio irremediable. (Corte Constitucional. T-658, 2007).

2.3.3.4.4 Actos administrativos de carácter general

De igual manera el Consejo de Estado en sentencia de la Sección primera (Consejo de Estado, Sección Primera, Rad. 90038, 2002) reconoce la posibilidad de aplicación de la excepción inconstitucionalidad, a pesar de la regla de vigencia que se encontraba definida en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, según el cual, salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo y, claro está, mientras no hayan sido derogados o revocados por un acto posterior. Con base en los siguientes argumentos:

“Por tanto, la vigencia de las normas y, en particular, de los actos administrativos generales, se ubica en un ámbito distinto al de su inaplicabilidad por oposición a la Constitución Política o a la Ley (excepciones de inconstitucionalidad e ilegalidad, respectivamente). En uno y otro caso, se busca que frente a casos concretos y determinados de aplicación del derecho, el acto de inferior jerarquía no desplace o deje sin efecto las normas superiores en que debe fundarse, las cuales por su ubicación en el sistema de fuentes jurídicas tienen un valor prevalente y condicionante de las primeras”. (Consejo de Estado, Concepto 1956, 2009).

“Pero, como ha señalado esta Sala y se ha reiterado por la Corte Constitucional, a diferencia de las figuras anulatorias, la inaplicación de un acto administrativo de carácter general en razón de su oposición a las normas superiores que condicionan su validez, sólo tiene efectos para el caso concreto y, por tanto, no afecta su vigencia, la cual se mantiene hasta tanto no sea declarada su nulidad o suspensión por la jurisdicción contenciosa administrativa, a quien corresponderá definir con efectos generales y *erga omnes*, sobre la validez o no del respectivo acto. En ese sentido, la inaplicabilidad de un acto administrativo general en un caso concreto, no tiene la virtualidad de hacer desaparecer su presunción de legalidad y, por ende, de afectar su vigencia”. (Corte Constitucional, Sentencia T-389 de 2009)

De lo anterior se colige que, a pesar de que exista una decisión administrativa adoptada de conformidad con el ordenamiento jurídico superior, cobijada por presunción de legalidad y de

constitucionalidad, la Constitución debe prevalecer en el caso de incompatibilidad con la misma. La Sentencia T-1015 reitera esta postula al decir:

“Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la vigencia de la norma no se controvierte; por tanto, los efectos de su inaplicabilidad no se traducen en nulidad. Apenas ocurre que, con repercusión exclusiva en la situación particular, se ha desvirtuado la presunción de constitucionalidad; ella seguirá operando mientras no se profiera un fallo del tribunal competente que defina el punto por vía general.” (Corte Constitucional, T-1015, 2005)

Esta tesis ha sido acogida por la doctrina administrativista (García de Enterría & Tomás-Ramo, 1993, p. 210), ya que la inaplicabilidad de los actos reglamentarios es una técnica de reacción contra el reglamento ilegal, pero no es suficiente para hacer desaparecer definitivamente sus efectos, pues aquél permanece vigente hasta que no sea formalmente excluido del ordenamiento jurídico. De ahí que se considere una técnica pasiva de control frente a las técnicas activas que se dirigen a la exclusión definitiva del ordenamiento jurídico del reglamento ilegal.

Aquí no está de por medio la definición por vía general acerca del ajuste de un precepto a la Constitución -lo cual es propio de la providencia que adopte el tribunal competente al decidir sobre el proceso iniciado como consecuencia de acción pública, como lo puede ser la acción de nulidad por inconstitucionalidad contra los actos administrativos adelantada ante el Consejo de Estado- (Corte Constitucional, T 1015, 2005)

2.3.3.4.5 Vía de hecho

Se presenta una relación directa entre la excepción y la vía de hecho, ya que en caso de que exista una disposición legal que conlleve injusticias manifiestas en su aplicación y que contradiga la naturaleza del Estado Social de Derecho Colombiano y el funcionario administrativo no aplique la excepción de inconstitucionalidad, tal actuación constituiría una vía de hecho y perdería su validez. (Corte Constitucional, Sentencia T-049, 2002)

Así mismo la sentencia SU 918 (2013), hace referencia al fallo T-067 de 1998 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en donde señala que:

“En el proceso de tutela, la excepción de inconstitucionalidad tiene relevancia en la medida en que la aplicación de la ley o una concreción suya se vinculen como causa de la lesión de un

derecho fundamental. Si ante la flagrante violación de la Constitución por parte de la ley, el juez se inhibe de examinar su constitucionalidad, incumplirá con ello el deber superior de imponer la norma constitucional por encima de las normas que le sean contrarias y, además, dejará de proteger de manera efectiva los derechos fundamentales violados con ocasión de la actualización singular de dicha ley.” (Corte Constitucional, SU 918, 2013).

En virtud a lo anterior, a pesar de que exista una decisión administrativa o judicial adoptada de conformidad con el ordenamiento jurídico superior, cobijada por presunción de legalidad y de constitucionalidad, la Constitución debe prevalecer en el caso de incompatibilidad con la misma. Así, la no aplicación de la excepción de inconstitucionalidad da lugar a un defecto susceptible de ser declarado en el escenario de la acción de tutela. El actual modelo de ordenamiento constitucional reconoce valor normativo superior a los preceptos constitucionales, y ellos contienen mandatos y previsiones de aplicación directa por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los particulares, resulta posible que una decisión judicial pueda discutirse a través de la acción de tutela cuando desconozca o aplique indebida e ir razonablemente tales postulados; por tanto, a los jueces no les es dable en su labor apartarse de las disposiciones consagradas en la Constitución, y cuando lo hacen, se configura una causal de procedencia de la acción de tutela contra la decisión adoptada.

La acción de tutela procede especialmente contra sentencias judiciales por la inaplicación de la excepción de inconstitucionalidad por el defecto de violación directa de la Constitución, como causal específica, porque: “(i) en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, (ii) se desconoce un precepto constitucional de aplicación inmediata, (iii) el juez aplica una disposición de orden legal o reglamentaria al margen de los dictados de la Constitución, y (iv) aplica un precepto abiertamente inconstitucional en el caso concreto, lo que equivale a no hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad” (Corte Constitucional, SU 918, 2013).

2.3.3.4.6 Suspensión provisional

En cuanto a la diferencia entre la suspensión provisional y la excepción de inconstitucionalidad estipula que tanto su naturaleza como la finalidad es distinta. Así, en cuanto a su naturaleza jurídica, la excepción de inconstitucionalidad establecida en el artículo 4° de la C.P.

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

es un mecanismo de control constitucional de carácter difuso, que opera cuando la autoridad judicial y excepcionalmente administrativa, a petición de las partes o de oficio, detecta un vicio de inconstitucionalidad en una norma de inferior jerarquía e inaplica la norma prefiriendo la Constitución solo para el caso en cuestión, es decir con efectos interpartes. Mientras que la suspensión provisional es una “institución jurídica gracias a la cual el juez administrativo, sin alterar las condiciones de existencia del acto administrativo acusado, interrumpe los efectos que por ley produce, en forma inmediata. En lo atinente a la finalidad, la excepción de inconstitucionalidad busca preservar la supremacía constitucional con el coste de desvirtuar, para el caso concreto, la presunción de constitucionalidad de la que gozan las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico; la suspensión provisional por su parte busca preservar la supremacía de la ley sobre los actos administrativos de tal manera que cuando ella opera se suspende la presunción de legalidad de la que disfrutaban los actos administrativos. (Corte Constitucional, Sentencia C-803, 2006)

2.3.3.4.7 Derecho de petición (Const, 1991, Artículo 23)

La excepción de inconstitucionalidad puede solicitarse a través de un derecho de petición, originando una verdadera actuación administrativa, a efecto de definir intereses o derechos particulares que debían ser presentados ante la Administración para obtener una decisión sobre ellos. No es procedente alegar la excepción de inconstitucionalidad por derecho de petición de providencias judiciales ya que como medio de control de éstas se establecen los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho establecidas en los artículos 137 y 138 respectivamente, a través de las cuales si se puede proponer la excepción de inconstitucionalidad pero de los actos administrativos. No se puede pretender restituir los términos mediante el ejercicio del derecho de petición proponiendo la excepción de ilegalidad del fallo desestimatorio de las súplicas de la demanda, pues no es viable a la luz de nuestro ordenamiento jurídico ya que tal derecho se predica para las actuaciones administrativas más no en las jurisdiccionales que se encuentran regladas por procedimientos especiales consagrados en la ley. (Consejo de Estado - Sección Cuarta, Rad. 1903, 2002). Se resalta que esta sentencia se profirió en vigencia del Decreto 01 de 1984.

2.3.3.4.8 Acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento

Finalmente, el Código Contencioso Administrativo anterior, establecía como medio de control de los actos administrativos las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho establecidas en los artículos 84 y 85, respectivamente, acciones en las cuales se puede proponer la excepción de inconstitucionalidad de los actos administrativos. (Consejo de Estado - Sección Cuarta, Rad. 1903, 2002).

Adicionalmente, el Consejo de Estado establece que la Administración posee mecanismos para que al interior de ella retire sus propios actos, como acontece con la revocatoria directa (art. 69 C. C. A.) o con la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad (art. 4 C. N), pero reconoce que en algunas ocasiones estos mecanismos no pueden emplearse porque la situación evaluada no encuadra en los supuestos que se prevén para la aplicación de aquellas; caso en el cual deben ejercitarse las acciones establecidas en el Código Contencioso Administrativo. (Consejo de Estado - Sección Quinta, Rad. 00039, 2014).

2.3.4 La capacidad de desarrollar el control por vía de excepción es limitado por varios factores

A nivel jurisprudencial ya se ha mencionado que la excepción de inconstitucionalidad no obedece al capricho del juzgador, sino a la preservación de la supremacía constitucional. Se han establecido los elementos doctrinales, sujetos, objeto, efectos y sanciones, dando relevancia al contenido de la figura jurídica y el procedimiento para instaurarla, como ya se explicó. Además se especifican ciertos límites precisos en aplicación, entre ellos los siguientes:

a.- Los órganos de la Jurisdicción Constitucional son los máximos intérpretes de la Carta por ende sus decisiones tiene efectos *erga omnes* y por tanto una vez exista pronunciamiento no podrá alegarse la excepción de inconstitucionalidad.

b.- A través de la acción de cumplimiento, una acción constitucional, se prevé la revisión de las actuaciones de la autoridad que ha alegado la excepción de inconstitucionalidad.

c.- En la acción de tutela se puede alegar la excepción de inconstitucionalidad, cuando ello vulnera o amenaza un derecho fundamental.

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

d.- Se interrelaciona el derecho de petición con la excepción de inconstitucionalidad para tener una decisión de fondo oportuna.

e.- Se establece de manera tajante que procede la interposición de la excepción de inconstitucionalidad a sentencias judiciales.

f.- Se plantean los conceptos de cosa juzgada absoluta y relativa.

g.- Establecimiento de la doctrina constitucional como obligatoria, hasta para el órgano de control residual: “...la Corte Constitucional, al sentar doctrina constitucional integradora sobre el alcance de las normas superiores con las cuales el Consejo de Estado hizo la confrontación, llegare a conclusiones diversas de las acogidas por aquél, evento en el cual tendrían que prevalecer, para todas las autoridades públicas y desde luego para el juez de cumplimiento, los contenidos y las consecuencias jurídicas de esa doctrina constitucional...”. De igual manera se señala “Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes”. (Corte Constitucional C-600 de 1998)

Ésta disposición establece de manera categórica la diferencia existente entre doctrina constitucional y jurisprudencia. Es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión.

2.3.5 Sistemas de responsabilidad que limitan la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad (García Villegas, Jaramillo, Rodríguez, & Uprimny Yepes, 2007)

De igual manera se establece un sistema de responsabilidad directo no sólo del servidor público o particular que cumpla funciones públicas, sino del Estado, en caso de causar perjuicios a un tercero.

Se consagran pues sanciones penales, disciplinarias, administrativas y hasta civiles.

En caso de **responsabilidad penal** se habla de la comisión de conductas punibles como el prevaricato por acción como por omisión consagrados en los artículos 413 y 414 del Código Penal Colombiano, modificado por el artículo 33 de la Ley 1474 de 2011. En el caso de prevaricato por acción se contemplan como sanciones la multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios

mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años. Para el caso de prevaricato por omisión la sanción establecida incluye la prisión de dos (2) a cinco (5) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años. Denótese que la conducta penal descrita establece la acción u omisión, por tanto el hecho de desconocer la excepción de inconstitucionalidad se encuadra típica y antijurídicamente.

En materia **disciplinaria**, la Ley 794 de 2002, establece los derechos y deberes de los servidores públicos, en primera instancia el obedecimiento de las normas Constitucionales y legales, y como causal de falta disciplinaria gravísima (artículo 48).

El régimen de **responsabilidad administrativa** de los funcionarios se encuentra establecido en el Capítulo VI de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, establece desde el artículo 65 establece *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales. En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad”*.²

² Artículo 65. De la responsabilidad del Estado. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales. En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

Artículo 66. Error jurisdiccional. Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley.

Artículo 67. Presupuestos del error jurisdiccional. El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos.

1. El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.

2. La providencia contentiva de error deberá estar en firme.

De igual manera el artículo 71 ibídem establece que cuando el Estado sea condenado por los daños antijurídicos causados la actuación dolosa o gravemente de sus agentes judiciales, caso en el cual deberá repetir contra el mismo.

Esta normatividad es desarrollo de lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política, el cual establece la **responsabilidad patrimonial del Estado** por los daños antijurídicos que sean causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, ya que se trata de una falla en el servicio, que nadie está en obligación de soportar, razón por la cual se debe reparar.

Se establece un régimen de **responsabilidad administrativa independiente**, en teorías originarias como la falla presunta, la falla del servicio, el riesgo excepcional entre otros.

Como se analiza, existe un amplio régimen de responsabilidad de los jueces, y por tanto ellos deben cumplir con honestidad, rectitud, objetividad y responsabilidad la labor encomendada, y no serán objeto fácil de imprecisiones.

- LIMITES JURISPRUDENCIALES FIGURA

- REGIMEN DE RESPONSABILIDAD

Artículo 68. Privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.

Artículo 69. Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación”.

Figura 2. Límites del Control de Constitucionalidad por vía de Excepción

2.3.6 ¿La excepción de inconstitucionalidad vulnera otros principios constitucionales?

2.3.6.1 Excepción de constitucionalidad vs certeza jurídica e igualdad ante la ley

Como lo ha expresado esta Corte Constitucional, el principio que rige la operatividad del Estado de Derecho y que hace posible el funcionamiento de las instituciones es el de la obligatoriedad y ejecutabilidad de las normas que, dentro del esquema de la organización política, profieren los organismos y las autoridades competentes, según la Constitución.

En general, la norma jurídica, independientemente de su jerarquía, obliga a sus destinatarios y es deber de las autoridades públicas, en el ámbito de las atribuciones que a cada una de ellas corresponda, hacerla efectiva. Es cabalmente la inobservancia de ese deber lo que provoca, cierto desconcierto cuando un operador jurídico inaplica una norma, por encontrarla contraria a los preceptos constitucionales, generando dos aspectos negativos: inseguridad jurídica y la no igualdad ante la ley.

La seguridad jurídica hace referencia al reconocimiento que el *ius gentium* hizo sobre la naturaleza falible del raciocinio humano y por ello consideró oportuno establecer un mecanismo en el cual pudiera haber una apreciación más objetiva de los hechos. Esto es, evitar lo que en lógica se llama el juicio problemático -simples opiniones judiciales- para establecer en lo jurídico únicamente los juicios asertóricos y apodícticos, según el caso, los cuales descansan siempre sobre la certeza jurídica, de tal manera que brindan la estabilidad necesaria que exige el orden social justo. Con la certeza jurídica se puede establecer lo que los clásicos manifestaron: *Res iudicata pro veritate habetur* (la cosa juzgada la tenemos por verdadera). (Corte Constitucional, Sentencia de Tutela n° 158, 1993)

En mérito de lo anterior se establece un principio de legalidad de las normas frente al principio de supremacía de la Norma Superior, y en caso de incompatibilidad se aplicarán los postulados de ésta última.

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Al parecer éste postulado da lugar a una anarquía normativa, ya que cualquier particular puede solicitar la no aplicación de una norma, que es obligatoria para todos. Lo cual genera una zozobra colectiva, y hasta la inestabilidad del Estado.

En cuanto a la vulneración del principio de igualdad ante la ley, se indica que un juez puede apartarse de aplicar una norma en un caso concreto y en otro aplicarla, lo cual aparenta una discriminación y una subjetividad no aceptable en un Estado Democrático.

En este caso se critica el control difuso y se propone su expulsión, transformándolo en un control concentrado, como lo consideraron los dos proyectos de reforma constitucional presentados por los presidentes Virgilio Barco y Cesar Gaviria Trujillo.

2.3.6.2 El control constitucional por vía de excepción: ¿una intromisión en la esfera del juez natural?

El derecho a un Juez Natural, no solo tiene relevancia la jurisdicción y competencia creadas con anterioridad, sino la posibilidad de procedimientos que garanticen la independencia e imparcialidad de los administradores de justicia.

La imparcialidad e independencia del poder judicial se encuentra consagrado en el artículo 230 C.P., sujeto al imperio de la ley, sin embargo tienen una vinculación directa a la Constitución.

El Juez por tanto debe conocer a fondo un caso concreto, verificar la norma aplicable, y aprobar los efectos jurídicos previstos.

El control constitucional por vía de excepción materializa la independencia del Juez, ya que su raciocinio lógico, axiológico y cultural prevén situaciones de incompatibilidad entre una norma inferior y la Carta Política, y por tanto de manera justificada y objetiva decide no aplicarla.

Se trata pues de mayor libertad en términos de responsabilidad, idoneidad y valoración objetiva del entorno para aplicar el concepto de justicia vigente.

El juez es un protagonista del proceso, por ende tiene la obligación de pedir pruebas de oficio y culminar con un fallo de fondo, para lo cual debe seguir de manera directa las directrices constitucionales, buscando sobre todo la protección de los derechos consagrados.

En consecuencia de lo anterior, el papel del juez como principal actor llamado a respetar la Constitución, se dinamiza, por tanto además de propender por el cumplimiento del ordenamiento jurídico (la supremacía constitucional y el imperio de la ley) con responsabilidad, actuando conforme a derecho, debe cumplir no solo una función declarativa, es decir la utilización del silogismo judicial, no se exige solo interpretar la ley, sino valorarla; teniendo en cuenta la Constitución y la protección de los derechos, obligándose a realizar un juicio previa de constitucionalidad de la ley que va a aplicar; además debe ejecutar una función creadora del derecho, motivando fórmulas de solución innovadoras capaces de solucionar con eficacia la problemática del entorno, analizando el sentido, el alcance y la finalidad de la norma, integrando ingredientes apartados por la ley, pero admitidos por el juez, como la preponderancia de un derecho vivo, los derechos e intereses individuales y su protección inmediata, la realidad sociológica, el verdadero espíritu de la constitución por mencionar otros. Teniendo la posibilidad de ilustrar a los demás funcionarios para resolver casos controvertidos constituyendo un precedente jurídico que permita mayor seguridad y certeza en el ejercicio de sus labores.

2.3.7 Aspectos de seguridad y estabilidad jurídica que se desprenden del control

El artículo 4 de la Carta contempla el principio de constitucionalidad, según el cual en caso de incompatibilidad entre el Estatuto Fundamental y otra norma jurídica de rango inferior, deberá prevalecer aquél. En consecuencia, la autoridad pública que detecte una contradicción entre tales normas está en la obligación de inaplicar la de menor jerarquía y preferir la aplicación de la Carta Política.

Los límites establecidos en la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad configuran una estructura real de la figura jurídica estudiada, con sujetos, objetos y efectos precisos, lo cual da confianza en la aplicación de la excepción, cuyo fin único es la inaplicación de normas inconstitucionales o *contra legem*, la aplicación directa de los preceptos constitucionales y la protección de los derechos establecidos.

En consecuencia de lo anterior, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad es una garantía a la efectividad de los preceptos establecidos en ella, consecuencia del valor normativo de la misma, hasta el punto de ser igual o superior que las demás acciones constitucionales: acción de tutela, acción de grupo, acción popular o acción de cumplimiento.

"El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción"

Las ventajas de la figura misma son entre otras la celeridad del proceso, la posibilidad que tienen las partes y el juez de alegarla, la inmediatez de la misma para el caso concreto, el análisis del resultado del fallo con ambas directrices, la ampliación de la autonomía judicial, la prevalencia de los derechos y la aplicación directa de la Carta. Sumado al efecto social del conglomerado, en cuyo caso, la obligatoriedad del respeto por la Carta Magna se aplicara con la identidad y legitimidad necesaria del Estado Social de Derecho. (Const., 1991, art. 1)

Lo anteriormente mencionado, sumado a los controles y límites sumariamente señalados, son mayores que los riesgos tomados. No se podría hablar de una anarquía legal, ya que como anteriormente lo señalamos el régimen de responsabilidad de los funcionarios del Estado no lo permite.

El Estado Social de Derecho presupone el control constitucional de las leyes y la efectividad de los valores, principios y derechos fundamentales del ordenamiento jurídico. En esta perspectiva, la ley pierde la posición de criterio último y definitivo de interpretación, para dar lugar a la preponderancia del texto constitucional.

La seguridad jurídica no se vulnera, al aplicar la excepción de inconstitucionalidad, al contrario, se robustece, ya que la Constitución es el eje central del ordenamiento jurídico, y de su interpretación, doctrina constitucional se materializan los postulados del Estado Social de Derecho. (Kriele, 1980, p. 53-61)

En cuanto al derecho a la igualdad, la Carta Política realiza la superación plena de la igualdad formal con la adopción de los postulados del Estado Social de Derecho, plasmados en procedimientos judiciales para el control y adecuación del contenido de las leyes a los valores y principios constitucionales. Así, dentro del marco constitucional se ha pretendido extender el principio de igualdad hasta cubrir aquellos casos en los cuales no existe fundamento razonable derivado de la naturaleza de las cosas u otra razón capaz de justificar la diferencia introducida por el legislador.

La transformación del sistema jurídico permite hablar - en relación con el principio de igualdad - de un cambio en el parámetro valorativo o "patrón de igualdad". La voluntad legislativa queda subsumida dentro de un referente superior: la constitución. La ley se convierte así en un medio normativo a través del cual los postulados esenciales del Estado se realizan.

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

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, sino se permean todas las situaciones de un caso concreto, se estudian la decisión con base en una norma cuyos postulados contrarían a la constitución, y se toma la mejor decisión, de acuerdo a la finalidad perseguida en los preceptos constitucionales, se trata pues de un caso justificado.

Esta interpretación es, además, la única compatible con el postulado de la efectividad de los derechos consagrado en la constitución política y con los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos (Uprimny Yepes, 2007, p 1 y ss), en los cuales se prohíbe la discriminación por cualquier tipo de condiciones.

La justificación del trato jurídico distinto de una situación jurídica equiparable, sólo es posible si se demuestra que ella resulta claramente de la finalidad perseguida por la norma que establece la distinción. En términos de la Corte Europea de Derechos Humanos:

"No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas". En este orden de ideas, es necesario tener en consideración los objetivos de la norma que establece la distinción, "los cuales - continúa la Corte - no pueden apartarse de la justicia y de la razón, vale decir no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana" (Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 23 de julio de 1968, p. 34)

“Para que quien aplique el derecho justifique un trato diferenciado debe probar tres elementos: 1) empírico: que se trate de casos diferentes; 2) normativo: que exista un fin normativo que justifique racional y proporcionalmente la diferencia de trato y 3) valorativo: que la medida adoptada sea adecuada - razonable - a la luz de los principios y valores constitucionales”. (Corte Constitucional, C 552 , 2001)

De lo anterior se concluye que un trato diferenciado soportado en la supremacía de la Constitución es posible en un Estado Social de Derecho, a través del uso de la excepción de inconstitucionalidad, lo cual cambia el papel del juez, volviéndolo un agente activo capaz de materializar el concepto de justicia.

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Del estudio realizado anteriormente se puede concluir que la jurisprudencia y la ley han estructurado de manera eficiente el control de constitucionalidad por vía de excepción (objeto, sujeto, efectos, relación con otras figuras jurídicas, límites de la figura), de tal manera que la autoridad encargada de aplicar una norma, debe analizar su constitucionalidad, y en caso de no encontrarla ajustada, tiene el deber de usar la excepción, cuando observe que dicha disposición vulnera derechos fundamentales. Esta situación es normal en un Estado Social de Derecho, donde la persona es el centro de toda la estructura estatal y donde la supremacía constitucional irradia todo el ordenamiento jurídico y, en especial, es exigible en la aplicación e interpretación de la ley. No se vulneran principios como la seguridad jurídica y la igualdad, al contrario se hacen efectivos derechos de manera inmediata cumpliendo los fines establecidos y respetando la autonomía del juez natural.

Todo lo analizado en este capítulo hace referencia a las reglas establecidas en la ley y la jurisprudencia, las cuales le dan la estructura necesaria para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad. Como se verifica a continuación:

¿La inaplicación de una norma jurídica por medio de la figura de la excepción de inconstitucionalidad en Colombia ha conllevado a la protección de derechos fundamentales?			
Primacía de los derechos fundamentales a través de la inaplicación de una norma jurídica en desarrollo del control difuso de constitucionalidad: validez de la norma	<ul style="list-style-type: none"> ♦ T-490/1992 ♦ T 614/1992 ♦ T-490/1992 ♦ T 614/1992 ♦ T-206/1994 ♦ T-206/1994 ♦ T-178/1994 ♦ T-384/1994 ♦ T123-1996 ♦ T123-1996 ♦ T-067 de 1998 ♦ T-1290/2000 ♦ Auto 071 de 2001 ♦ T-522 de 2001 ♦ T-461/2003 ♦ T1015/2005 ♦ C-803 de 2006 ♦ T-289 de 2007 ♦ Autos 251 de 2008 ♦ T-1033/2008 ♦ T-772/2008 ♦ T-174 DE 2008 ♦ C-485/09 ♦ C-485/09 ♦ T-389/2009 ♦ T-291 /2009 ♦ T- 702 DE 2009 ♦ T-090 DE 2009 ♦ T-275 DE 2010 ♦ T-671/2011 ♦ T-248/2012 ♦ T-977/2012 ♦ SU 918/2013 ♦ T-331/2014 ♦ T-075/2015 	<ul style="list-style-type: none"> ♦ Exp. 4128-2000 ♦ S-394/2004 ♦ Auto 027/2006 ♦ 25000-3-24-000-2008-90104-01 ♦ T-103-2010 ♦ T-207-2010 ♦ 11001-03-27-000-2011-00028-00 19072 ♦ C-122-2011 ♦ Acta No.29 SCL ♦ T-704/2012 ♦ 319-2012 ♦ 11001-02-03-000-2012-01123-00 ♦ Acta No. 12 Corte Suprema de Justicia ♦ T-283/13 ♦ SU-132/2013 ♦ 11001-33-35-015-2013-00057-01 ♦ 13001-23-31-000-2003-90030-01 ♦ 11001-03-25-000-2013-01045-00 (2370-13) 	Primacía del principio de constitucionalidad de las leyes, como mecanismo de protección de la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad: vigencia de la norma

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Las reglas obtenidas de la línea jurisprudencial realizada son las siguientes, las cuales se desarrollan con mayor énfasis en el capítulo III del presente trabajo:

1. Cuando se aplique la excepción de inconstitucionalidad el pronunciamiento debe ser motivado.
2. Se podrá utilizar la excepción de inconstitucionalidad cuando: a) El contenido normativo de la disposición sea evidentemente contrario a la Constitución, *porque la Corte Constitucional así lo declaró* b) Que se constate que la aplicación de las normas administrativas o legales amenaza o impide la protección de los derechos constitucionales. c) Que no existe vía alternativa igualmente eficaz para remover el obstáculo en el momento necesario, d) Deducción clara de que el obstáculo normativo es la causa de la vulneración del derecho fundamental respectivo y e) Que la excepción ha de servir exclusivamente para superar un obstáculo infranqueable como reformar el acto administrativo o modificar la ley dentro del plazo necesario para adoptar las decisiones conducentes a superar las fallas en la regulación, cumplir una orden específica impartida por la Corte o proteger de manera efectiva el derecho fundamental.
3. La excepción de inconstitucionalidad no puede ser utilizada como consecuencia de una omisión, ni simplemente para corregir la ley.
4. El control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto.
5. El control de constitucional difuso puede ser aplicado dentro de un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica.
6. Cuando se aplica la excepción de inconstitucionalidad la norma legal o reglamentaria continúa siendo válida, con efectos inter partes.

7. Cuando la Corte Constitucional autoriza a aplicar la excepción de inconstitucionalidad para la protección específica de unos derechos, es de fácil aplicación.
8. Debe usarse la excepción de inconstitucionalidad para la protección de derechos de personas que para el Estado se encuentren en situación de estado de protección especial.

2.4 Concreciones del Capítulo

A pesar de lo anterior, es necesario otorgar de herramientas al operador jurídico o administrativo para que aplique la excepción de inconstitucionalidad sin zozobra, duda o temor, trazando un camino certero, que verifique que la incompatibilidad manifiesta exigida sea tal, y que el instrumento de intervención vulnere los derechos fundamentales en tal magnitud que la hagan la herramienta más útil de protección. Razón por la cual se acudirá a la interpretación constitucional pues es menester entender el carácter de las normas constitucionales, para poder aplicarlas de manera directa como lo infiere la excepción de inconstitucionalidad. Debe articularse con los métodos de interpretación legal para desde allí y con base en sus postulados desarrollar la interpretación constitucional que parte de principio y directrices. Para ello, debe acudirse a la argumentación jurídica, como metodología para la expedición de razones para la toma de decisiones que protejan la supremacía jurídica.

Cabe destacar que la Corte Constitucional avanza claramente en la aplicación directa de la Carta Magna, sobre todo a partir de las Sentencias T-025 de 2004 y T-760 de 2008 por medio de las cuales autoriza la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad cuando se vulneren derechos fundamentales en un caso concreto, estableciendo funciones específicas sobre todo a las autoridades administrativas para que cumplan tal labor, y encarga de seguimiento permanente a dichas autoridades.

De igual manera, mediante Autos 251 de 2008 y 237 de 2008, la Corte establecido que frente algunos obstáculos creados por normas legales para diseñar oportunamente los programas de protección del goce efectivo de los derechos de los desplazados, el Gobierno está en la obligación de aplicar la excepción de inconstitucionalidad con miras a dar cumplimiento estricto a las órdenes de la Corte Constitucional.

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Sin embargo, mediante Auto 039 de 2009, establece que antes de aplicarla debe informar al CONPES, lo cual desconoce la naturaleza y alcance de la figura, pues establece un requisito previo que es desmedido, pues como quedo ampliamente explicado, es la protección de los derechos fundamentales en un caso concreto lo que debe ser prevalente.

Con base en lo anterior, se reitera la necesidad de apoyarnos en la interpretación constitucional y la argumentación jurídica para que las autoridades apliquen de manera asertiva la Constitución en un caso concreto para la protección de los derechos fundamentales.

Dentro de las conclusiones del capítulo podemos indicar las siguientes:

a.- El control constitucional por vía de excepción es aplicado, tanto por la rama judicial, como autoridades administrativas con jurisdicción. En consecuencia se trata de una herramienta útil para la guarda y protección de la Carta Magna. No se trata de una decisión caprichosa y arbitraria, en cada caso el esfuerzo argumentativo es palpable.

b.- Existen normas que contradicen los postulados constitucionales, y por tanto todos los operadores jurídicos y autoridades con jurisdicción tienen el deber de realizar el juicio pertinente, ubicando la norma aplicable al caso, y posterior análisis con la norma fundante.

c.- La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado se estructuró los sujetos, objetos, efectos y sanciones que conlleva el control de constitucionalidad por excepción, aspectos que han sido retomados por la doctrina, dándoles mayor argumentación y lógica.

d.- Legalmente existen normas específicas que otorgan límites expresos para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, aspectos que ayudan a estructurar la figura jurídica.

e.- La excepción de inconstitucionalidad es una herramienta útil para la protección de los preceptos constitucionales y los derechos consagrados.

f.- El desarrollo de los criterios orgánico y funcional de la Jurisdicción Constitucional ha coadyuvado el adecuado control constitucional, y la materialización de la democracia.

g.- El papel del Juez se transforma y se percibe como un agente no solo intérprete sino creador de derecho.

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

h.- Finalmente se concluye que el control de constitucionalidad por vía de excepción materializa el principio de supremacía y la integridad de la Carta Política.

i.- Falta una regulación específica que denote los requisitos, los efectos, entre otros aspectos, para que el control difuso sea más usado y riguroso en aplicación, subsanando así la posible vulneración de otros principios constitucionales como la seguridad jurídica y la igualdad.

3. Capítulo II. Interpretación y argumentación acorde con la naturaleza, finalidad y alcance de las normas constitucionales

Figura 4. Interpretación constitucional. Fuente: autoría propia

3.1 Concepción del Derecho

Antes de verificar la interpretación constitucional, debe analizarse de manera indefectible el concepto del derecho ya que de ello dependerá la forma de concebir la interpretación, pues están en una estricta relación.

Para el tratadista Juan Antonio García Amado existen tres concepciones del derecho: a) Concepción Intencionalista, según la cual el derecho proviene de una autoridad legítima, dándole mayor valor al respeto por la autoridad que a la norma dándole su legitimación en ya sea en sus atributos personales y lo que ellos representan; b) Concepción Axiológica o Material, mediante la cual el derecho es la expresión de una razón moral objetiva, donde el último componente de lo jurídico son los valores, que son preexistentes. c) Concepción Lingüística, en la cual el derecho como mensaje significativo que se contiene ciertos enunciados que la comunidad reconoce como jurídicos, su contenido normativo es el de sus propias palabras, que es su verdadera sustancia del derecho su significado.

La Concepción lingüística denota ciertas limitaciones, lo que se ha llamado la zona de penumbra del concepto, razón por la cual nacen las teorías de la argumentación jurídica, pues ante un grado de indeterminación no hay más objetividad que las razones, los argumentos, la calidad y la capacidad de convicción que estas nos brindan. De allí nace otra concepción del derecho, como práctica argumentativa, y de allí la teoría estándar de la argumentación jurídica, la cual ha sido ampliamente desarrollada por autores como Dworkin, Summers, Raz, Alexy, MacCormick, Peczenik y Aarnio, entre otros.

El tratadista Manuel Atienza, señala que en el siglo XX existen cinco concepciones del Derecho: las centrales son el positivismo normativista, el realismo y el iusnaturalismo, y en la periferia se encontrarían el formalismo jurídico y las concepciones escépticas del derecho. A continuación se dirán algunos aspectos de cada uno:

- a) El positivismo normativista es la concepción del derecho más desarrollada entre los teóricos europeos del siglo XX, con dos formas: la radical representada por Kelsen según el cual el derecho es visto como un conjunto de normas, una técnica de control social que se separa de manera tajante de la sociología del derecho, la validez de las normas depende de las cadenas de autoridades, el derecho es un objeto, y niega la posibilidad de la razón práctica, pues entiende la justicia como una idea irracional; y la otra más moderada identificada por Hart, quien considera que existen tres clases de problemas: de carácter conceptual, de razonamiento jurídico y problemas de crítica del derecho, señala las limitaciones de la lógica deductiva debido al carácter indeterminado de la norma, distingue entre el contexto del descubrimiento y el de justificación, y resalta la importancia de los principios para resolver los casos difíciles. Estas dos concepciones no tienen relación directa con la argumentación, a pesar de que a partir de las ideas hartianas se construya una de las teorías de la argumentación más robusta, la desarrollada por Neil MacCormick.
- b) El realismo jurídico, también una forma del positivismo jurídico del siglo XX en la que se ve al derecho como una práctica social, como un medio de construcción social, donde resaltan el carácter instrumental del derecho y el uso de la retórica. También tiene una versión extrema y una moderada. La extrema es representada por Jerome Frank, quien no considera que deba hablarse de justificación de las decisiones judiciales, los juicios

no pertenecen al campo de la razón sino de la persuasión le interesa el plano de la explicación no de la justificación, y resalta la importancia del análisis de los hechos para resolver un caso concreto; la versión moderada el Karl Llewellyn el representante, quien distingue entre el ser y el deber ser, sin que se busque un análisis justificativo sino predictivo, señala que las decisiones de los tribunales responden a la lógica deductiva, y se resuelven con base en reglas del derecho. Otro representante de esta concepción del derecho es Alf Ross, quien tiene concentrada una mayor desconfianza en la razón, concede gran relevancia al derecho no establecido por autoridades, ya que puede ser el que inspire al juez a tomar su decisión, resalta la importancia de los juicios valorativos no cognoscitivos, desarrolla el carácter de técnica social del Derecho. Esta concepción es compatible con una teoría limitada de la argumentación jurídica, especialmente con la de Ross.

- c) El iusnaturalismo, que busco en determinar la esencia del derecho a través de conexiones existentes entre el orden jurídico y el orden religioso, siendo representantes el español Legaz y Lacambra. Para Giorgio del Vecchio lo esencial del derecho es la justicia, el problema de esta concepción es la falta de interés por cuestiones metodológicas de cómo funciona y como puede funcionar el derecho, así como la tendencia aplicar al derecho una filosofía general y no de una filosofía de juristas. Otros exponentes del iusnaturalismo son: Recasens Siches, Viehweg, Esser, Perelman, entre otros. Con Gustav Radbruch se da un renacimiento del iusnaturalismo, después de la Segunda Guerra Mundial, concibiendo al derecho como una forma de realizar los valores en lo que se llamó el “Estado Constitucional”, su idea del derecho contiene tres nociones de valor: la justicia, la adecuación al fin y la seguridad jurídica que se complementan pero también pueden entrar en conflicto. Los principales representantes de la teoría constitucionalista del Dworkin y Alexy. El derecho natural, ha sido duramente criticado, al decir de Luigi Ferrajoli “...el iusnaturalismo es la concepción característica del Derecho en la época anterior a la modernidad, y que habría sido sustituido por el positivismo jurídico con el advenimiento del Estado moderno y la existencia de un sistema exclusivo y exhaustivo de fuentes positivas” (Ferrajoli, 2003, p. 17).

- d) El escepticismo jurídico cuya forma más característica fue el marxismo jurídico, que es escéptico en cuanto al carácter instrumental del derecho, como herramienta de construcción del cambio social. Los marxistas no consideraron al derecho como un eje fundamental para el paso del capitalismo al socialismo, lo importante era transformar la base de la sociedad los modos y relaciones de producción, lucha que se daba en el plano de la política y no del derecho, al contrario este es visto como un obstáculo para dicho cambio (Novoa, Montreal, 1986), se desea modificar el derecho por otra cosa. Esta concepción disuelve la teoría de la argumentación jurídica en argumentación política. Sin embargo el marxismo clásico ha tenido ciertas variaciones del marxismo clásico, debilitándolo, dejando que el derecho sea expresión de la clase dominante y constituyéndolo en un derecho de carácter discriminatorio, pues es imposible la igualdad, sin embargo se reconoce el valor del derecho en la transformación social. Un representante de esta concepción es Boaventura Santos, que señala como componentes estructurales del derecho la retórica, la burocracia y la violencia, que son formas de comunicación y estrategias de toma de decisiones, considerando al derecho como “un cuerpo de procedimientos y estándares normativos regulados que se considera exigible ante un juez o un tercero que imparte justicia y que contribuye a la creación y la prevención de disputas, así como a su solución mediante un discurso argumentativo acompañado de la amenaza de la fuerza” (Santos, Boaventura, 1998,p. 20). Otro representante de la concepción escéptica es el tratadista Duncan Kennedy, cuya tesis central consiste en la radical indeterminación del derecho y el carácter político de la administración de justicia. Estos conceptos los transforma posteriormente en construcción social de la realidad según la objetividad en sentido estricto es imposible, ya que existe en el exterior un mundo externo al que no podemos eludir, el juez busca lograr ciertos proyectos ideológicos y no la respuesta correcta al caso en mención a partir de lo que él denomina socio legalidad (material jurídico caótico y manipulable).
- e) Formalismo jurídico, nace a finales del siglo XIX con la escuela de la exégesis, la jurisprudencia de conceptos y el formalismo jurisprudencial norteamericano, concepción que pretende absolutizar los elementos formales del derecho, tratando todos los casos como si fueran fáciles, su fundamento son términos deductivos y mecánicos. No necesitan la argumentación jurídica, se basan en la lógica deductiva.

De lo anterior se colige que el concepto del derecho ha sido un constructo dinámico, que se entrelaza de manera directa con el concepto de constitucionalismo y con ello la diversidad de posiciones con las que nos podremos encontrar al hablar de interpretación constitucional y métodos de interpretación, y la inexorable relación entre la interpretación y la argumentación jurídica.

3.2 Alcance del concepto de constitución

El origen del concepto de constitución no ha sido estático, obedece a situaciones jurídicas que la van configurando, siendo establecidas cuatro fases generales del constitucionalismo al decir del Profesor Díaz Roca (Roca, 1997, p.131): i) La *fase revolucionaria* (1776-1814) donde se concibe la constitución como un instrumento jurídico político que establece y protege derechos de las personas, estructura el poder del estado y responde a los dictados del poder soberano, ii) la *fase de la monarquía* limitada (1814-1865), tratándose de una codificación formal que “representa el pacto entre dos principios legitimadores del Poder: el principio monárquico, que controla al Ejecutivo y el principio popular que controla al Legislativo”, iii) la *fase de la soberanía parlamentaria* (1868-1945), etapa en la cual la nación es la soberana y se expresa a través del Parlamento en la ley, y la iv) (desde 1945, en adelante) la *fase de la consolidación constitucional* donde se indica que la Constitución no es solo un instrumento jurídico que resume su estructura, sino que adiciona tres conceptos: el reconocimiento de los derechos de las personas que son previos y superiores al Estado, quien debe respetarlos y garantizarlos, el poder político como emanación del pueblo al quien le corresponde la soberanía y el carácter normativo de la Constitución, imponiendo el deber de que el derecho sea aplicado e interpretado conforme a la Constitución, legitimando el control constitucional.

En últimas la Constitución es “un texto que limita el ejercicio del poder político, establece la órbita de los derechos de los gobernados, prevé las atribuciones del Estado, crea los órganos mediante los cuales actúa el Estado y, entre otros elementos consagra los mecanismos que permiten hacer efectivos los derechos estipulados a favor de las personas”. (Tobo Rodríguez, 2006, p. 167)

Otros autores como Smend en el año 1928 establece que la Constitución es “impulso y límite” del poder, teniendo en cuenta que los derechos fundamentales son un sistema unitario de valores, donde el Estado está en un constante proceso de integración. (R. Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3, 1994, pp. 187 y ss.). En el mismo año, C. Schmitt elabora también una teoría

de la Constitución desde una perspectiva dogmática, desde una perspectiva del decisionismo con el desarrollo de ciertas figuras jurídicas protegidas por el legislador como la propiedad o la herencia. Finalmente, Herman Heller acuñó la expresión de Estado Social de Derecho empleando la expresión de Goethe “la Constitución es forma acuñada que se desarrolla de manera viva” (Heller, Herman, Staatslehre, 6, 1983, p. 258).

Entre otras teorías alemanas después de 1949 se pueden mencionar: “la Constitución como “norma y tarea” (U. Scheuner), la Constitución como plan estructural fundamental para la conformación jurídica de una comunidad (A. Hollerbach). De Suiza procede la teoría de la Constitución como “orden jurídico fundamental del Estado” (Schindler, 1945) y una comprensión acentuadamente histórica de la Constitución (R. Baumlin). A. H. Ehmke le debemos el entendimiento de la Constitución como “limitación y racionalización del poder y conformación de un proceso político libre (1963)” (Haberle, 2010, p.p. 379 - 411)

El tratadista Peter Haberle, establece que “La Constitución no es solo un texto jurídico o sistema normativo de regulación, sino expresión de un estado de desarrollo cultural, instrumento para la auto representación cultural de un pueblo, reflejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas”, (Haberle, 2010, p.p. 379 - 411) tratándose de una argumentación científico – cultural de la Constitución, que se puede incorporar de manera flexible den las teorías constitucionales alemanas antes mencionadas.

Así las cosas, la Carta Política de 1991, es concebida como el acto Jurídico- Político fundador del Estado de Social de Derecho, su suscripción establece una estructura institucional que desvincula el poder de los individuos que lo ejercen y por lo tanto nadie se encuentra sobre las reglas de la nación ni sobre sus ciudadanos, es un texto que como compendio de reglas jurídicas organiza la vida política de una comunidad, estableciendo como se accederá a los diversos órganos de poder y los límites tanto formales como materiales del ejercicio de éste, regulando la estructura orgánica de las instituciones y estableciendo el marco axiológico dentro del cual estas deben ejercer sus funciones, es por lo tanto (la constitución) un acto que por naturaleza se despliega en aplicación del poder radicado en la soberanía popular. (Higuera Jiménez, 2009, p. 137-159)

Ahora bien, es claro que no podrá regular todas las situaciones que se susciten en una comunidad, es en cambio la primera declaración de los lineamientos generales y básicos de la

comunidad, por lo tanto están elevados a rango constitucional las reglas y los principios más importantes de la nación, encontramos así la norma suprema de la sociedad civil de la cual se desprenderán las demás reglas que busquen regir las conductas de una comunidad.

En Colombia con la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente a través de la séptima papeleta, se realizó un acto de soberanía popular, republicana (Higuera, 2009, p. 145), y con una forma de gobierno democrática, entendida como ejercicio del poder donde las decisiones son tomadas por la mayoría de los ciudadanos, claro, por razones evidentemente prácticas se reconoce que no todas las decisiones son tomadas por el total de la comunidad, la cual designará a una minoría para que regle la vida de la sociedad.

En consecuencia de lo anterior, la Constitución está encuadrada en un marco democrático y la ley debe ser su instrumento de aplicación, tras ser promulgada por los representantes del pueblo, una ley en sentido material, promulgada conforme al espíritu popular será la materialización de una democracia-republicana, por lo tanto no puede promulgarse o aplicarse cualquier ley, solamente será válida la regla de derecho que este conforme al espíritu de la nación, si bien el legislador material puede proferir reglas jurídicas conforme al trámite y la competencia establecida sí se actúa en contraposición a los valores y principios nacionales elevados a rango constitucional deberá desestimarse esa norma. Dicho de otra forma la Constitución es reconocida como la norma primaria de una sociedad la cual establece las instituciones y los derechos más preciados de una comunidad y por lo tanto las normas que de ella se desprendan no podrán contradecirle.

3.3 Bloque de constitucionalidad

En Colombia, se ha establecido adicionalmente el concepto de bloque de constitucionalidad, en desarrollo del artículo 93 de la Carta Política, mediante el cual se reconocen que los tratados y convenios internacionales en ciertas temáticas tienen la misma jerarquía normativa de los principios contenidos en el texto constitucional.

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-225 de 1995 indicó que el bloque de constitucionalidad está integrado por “(...) aquellas normas y principios que, sin desaparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la

Constitución por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *strictu sensu...*” (Corte Constitucional, C-225, 1995, p. 45)

La jurisprudencia ha establecido dos sentidos del bloque de constitucionalidad: a) *Strictu Sensu*, hacen parte los principios y normas integrados a la constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Constitución, teniendo rango constitucional *verbi gracia* los tratados de derecho humanitario (C.P. arts. 92 y 103) y b) *Lato Sensu*, donde se hace referencia a aquellas disposiciones que tiene un rango normativo superior a las leyes ordinarias, como las leyes orgánicas y estatutarias, sin tener rango de constitucionalidad, sirven de referente del control de constitucional y la creación legal.

A continuación se identifican los elementos integrantes del bloque de constitucionalidad en Colombia:

Tabla 1. Integrantes del bloque de constitucionalidad.

Bloque de constitucionalidad en sentido estricto			
Elemento Integrante del Bloque	Norma de Reenvío en la Constitución de 1991	Valor o Uso otorgado al elemento del Bloque	Jurisprudencia Constitucional de Reconocimiento
Preámbulo	Texto del Preámbulo	Rango Constitucional	C-479 de 1992. C-067 de 2003.
Articulado Constitucional	380 artículos permanentes y 61 transitorios.	Rango Constitucional	C-191 de 1998. C-067 de 2003. C-401 de 2005. C-291 de 2007.
Derechos Innominados	Artículo 94.	Rango Constitucional	T-426 de 1992. C-109 de 1995. C-621 de 1998. C-228 de 2002. T-025 de 2004.
Tratados Limítrofes ratificados por Colombia.	Artículo 102.	Rango Constitucional	C-191 de 1998. C-400 de 1998. C-1022 de 1999.

Bloque de constitucionalidad en sentido estricto			
Tratados de Derecho Internacional Humanitario ratificados por Colombia.	Artículo 214.	Rango Constitucional	C-358 de 1997. C-582 de 1999. C-1490 de 2000 C-067 de 2003. C-988 de 2004. C-291 de 2007.
Tratados de Derechos Humanos (derechos intangibles) ratificados por Colombia.	Artículo 93-1.	Rango Constitucional	C-358 de 1997. C-191 de 1998. C-200 de 2002. C-067 de 2003. C-401 de 2005.
Tratados de Derechos Humanos ratificados por Colombia (diferentes a los que reconocen derechos intangibles).	Artículo 93-2.	Rango Constitucional.	T-483 de 1999. C-010 de 2000. C-067 de 2003. C-028 de 2006. C-394 de 2007.
Convenios Internacionales del Trabajo (OIT) ratificados por Colombia	Artículo 53.	Rango Constitucional.	C-481 de 1998. T-568 de 1999. C-567 de 2000.
Precedente de la Corte Constitucional.	Artículo 241.	Rango Constitucional.	C-836 de 2001. T-330 de 2005. T-292 de 2006. T-441 de 2010.

Autor. Edgar Andrés Quiroga Natale. Interpretación Constitucional p. 203.

3.4 Características y Principios de la Interpretación Constitucional

La naturaleza especial de las normas constitucionales, hacen que su análisis y aplicación sea diferente a las normas de inferior jerarquía. La singularidad de las normas constitucionales es expresada en los siguientes aspectos (López Jurado, 1994, p. 46):

1. Dan cuerpo al fundamento materia y organizativo de la vida del Estado y la sociedad;
2. Están formuladas, con frecuencia, de modo amplio, indeterminado e incompleto;
3. Determinan los acontecimientos políticos;
4. Conllevan consecuencias para la totalidad del orden jurídico, y,
5. Son confiadas para su interpretación última y obligatoria a una jurisdicción específica.

Cabe señalar que el texto constitucional en su mayoría consagra principios, concepto desarrollado por Dworkin (Dworkin, 1978, p 55 y ss.) al diferenciarlo con el concepto de las reglas. Francisco Laporta señala como características de los principios las siguientes:

“1. Los principios no proporcionan razones concluyentes o definitivas para una solución, como las reglas, sino razones prima facie.

2. Los principios tienen una dimensión de peso o importancia que las reglas no tienen.

3. Los principios son mandatos de optimización, es decir, ordenan que algo se realice en la mayor medida posible; y

4. Los principios guardan una profunda afinidad con los valores, y también con objetivos políticos y morales” (Laporta 1996, p. 4).

Robert Alexy definen los principios como mandatos de optimización (Alexy, 1979, p. 63 y ss.), refiriéndose a ciertos estados de cosas ideales que deben alcanzarse y al modo de alcanzarlos, los cuales tienen un carácter de deber ser. Para Aarnio se presenta la siguiente categoría de principios (Aarnio, 2000):

1. Principios que forman parte de la base ideológico- valorativa del orden jurídico, por ejemplo el principio del Estado de Derecho. Estos principios también incluye los morales que expresan concepciones generales como la familia, el cuidado de los niños, etc. Estos principios rara vez son mencionados como razones en las decisiones judiciales.

2. Principios jurídico positivos, los cuales están establecidos en las normas legales o son bases de las instituciones jurídicas. Se les denomina valores o principios –objetivos. A continuación se mencionan los siguientes subprincipios:

2.1.Principios formalmente válidos que se recogen expresamente en textos legales, tratándose de principios que regulan los derechos humanos básicos, sociales o políticos, por ejemplo la protección al trabajador en materia laboral, el principio de buena fe en el derecho privado, entre otros.

2.2.Generalizaciones jurídicas, principios extractados de un conjunto de reglas formalmente validas, sin que tengan configuración legislativa directa. Se presenta en el caso de que

un juez generaliza un principio a partir de normas individuales (reglas). Ejemplo reajuste de contratos a pesar de no estar establecido en la ley, un caso de Finlandia.

2.3.Principios relativos a la toma de decisiones, como por ejemplo “*auditur et altera pars*” o “*nulla poena sine lege*”.

2.4.Principios extrasistemáticos, refiriéndose al principio moral, que pueden ser relevantes para el derecho como una fuente posible.

A su vez Manuel Atienza señala que “los principios, a diferencia de las reglas, son razones (operativas) no perentorias o simplemente *prima facie*: suministran razones para decidir en un determinado sentido, pero no tienen carácter concluyente, esas razones deben sopesarse con otras de otros principios y que pueden tirar en una dirección opuesta: la frecuencia de los conflictos entre principios –entre libertad de expresión y el honor o la intimidad de las personas; entre la libertad y la seguridad; etc. – es consecuencia de que los principios carecen de condiciones de aplicación o de que estas son muy abiertas. Ello hace también que los principios (las razones de los principios) tenga un mayor alcance argumentativo que las reglas”. (Atienza, Manuel, 2006, p. 219). Dicho tratadista distingue entre: principios en sentido estricto y directrices, los primeros establecen obligaciones ya sean estas prohibiciones o permisos para realizar una acción (normas de acción – cumplimiento pleno de valores últimos) razones de corrección y las segundas, se trata de acciones positivas para producir estados de cosas e indirectamente acciones – cumplimiento gradual – razones de fin.

Reconocidas las características, las prescripciones normativas y la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subjuntiva (supuesto normativo – subsunción del hecho – consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación. . n normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional.

El tratadista Peter Heberle señala que los principios de interpretación constitucional constituyen vías de acceso al contenido material de la Carta, los cuales fueron desarrollados en un

Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Público en 1961 en Alemania, ellos son (Haberle, 2010, p. 379 - 411):

- a) “El principio de la unidad de la Constitución que supone una perspectiva global de los principios constitucionales particulares, así en la Ley Fundamental alemana, principios tales como el Estado de Derecho, el Estado social, los derechos fundamentales y las normas de competencia se pueden interpretar desde una visión conjunta.
- b) El principio de concordancia práctica (K. Hesse) o de “un equilibrio moderado entre ambas partes (P. Lerche). En caso de coalición, por ejemplo, entre derechos fundamentales y relaciones de sujeción especial, la Ley Fundamental tiene que hacer posible, marcando límites a ambos bienes, una realización optimizada de los valores y principios constitucionales en conflicto.
- c) El principio de interpretación conforme a la Constitución, por el que una ley no será declarada inválida si puede ser interpretada de acuerdo con la Constitución.
- d) ...Principio de interpretación favorable a Europa y al derecho internacional, en el que se integra el postulado de la interpretación favorable a los derechos de la Ley Fundamental.
- e) ...Principio de Derecho Comparado, en especial en el campo de los derechos fundamentales... se podría hablar de hermenéutica común europea y...hermenéutica común latinoamericana”.

La finalidad primigenia de toda interpretación jurídica es extraer el sentido normativo del texto jurídico para aplicarlo a un caso concreto. El tratadista Arturo Hoyos señala que dentro de las finalidades específicas de la interpretación constitucional son: a) Permitir la actuación práctica del ordenamiento constitucional, lo cual significa interpretar todo el ordenamiento jurídico de conformidad con la misma, actualizando la constitución con la tarea del intérprete. b) Integración del ordenamiento constitucional, hace referencia a la complementación de ordenamiento jurídico por medio de la sentencias de la Corte. c) Control formal de la regularidad de las leyes y otros actos, y control sustancial del contenido de tales actos, por medio de la cual se verifica la aplicación efectiva de la Constitución, d) Elegir la solución más correcta para el caso, desde la perspectiva constitucional y e) Defensa de la formula política contenida en el sistema constitucional. (Hoyos, 2012, p. 52-53)

3.5 Interpretación en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, indica que los tratados deben interpretarse de buena fe, con relación directa de los términos, objeto y fin del tratado. En virtud de lo anterior ha desarrollado los siguientes criterios para la interpretación y protección de los derechos humanos con base en la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

1. Regla General de Competencia expresa y criterio literal de Interpretación: La cual hace referencia a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana en los términos del artículo 62 de la Convención.
2. Interpretación Sistemática: Las normas deben ser interpretadas como parte de un todo, dependiendo el sistema jurídico al que pertenecen.
3. Interpretación Teleológica y principio del Efecto útil: debiendo analizarse el objeto y el fin del tratado, y si se hace necesario la congruencia con los propósitos del sistema regional de protección de derechos humanos. El Estado que suscribe estos convenios adquieren dos obligaciones: la protección de los derechos humanos de los individuos y la creación de un orden legal donde el Estado adquiere obligaciones con los individuos bajo su jurisdicción, no con otros Estados.
4. Criterio Complementario de Interpretación: Los Tratados Preparatorios: en caso de necesidad, se exige acudir a los trabajos preparatorios de manera subsidiaria, de conformidad a lo establecido en el artículo 32 de la Convención de Viena.

3.6 Aplicación del principio de supremacía constitucional por cada uno de los funcionarios con jurisdicción en Colombia

En virtud al principio de la unidad de la Constitución se hace indispensable una articulación entre la interpretación constitucional y la legal, por lo que en la concretización constitucional intervienen los órganos constitucionales, los jurisdiccionales y las autoridades administrativas, en definitiva ellos definen el desarrollo constitucional, para ello deben tener en cuenta que las normas de la constitución son fundamentales ya que expresan unos principios básicos incontrovertibles que apoyan el sostenimiento de la sociedad. Esos principios son de dos clases: en primer término los orgánicos, establecen competencias y los órganos que las desarrollan, bajo las premisas de cooperación y coordinación y control, así como la definición de los procesos de formación y

aplicación de normas; los segundos los procedimentales establecen objetivos y metas del Estado, con base en principios y valores superiores de la sociedad, así como el reconocimiento de los derechos de las personas y ciertos grupos de individuos.

En consecuencia de lo anterior se estableció el valor normativo de la Norma Superior que no se limita a que el Congreso, el ejecutivo y los jueces al ejercer sus funciones y expedir leyes y decretos y proferir sentencias, observen la Constitución. El **valor normativo** de la Constitución explica que a ella igualmente queden sometidos los nacionales y extranjeros y que sea un **deber y una obligación** suyas acatar la Constitución (Const, 1991, arts. 4o. y 95) so pena de **responder** por su infracción (Const, 1991, art 6).

Por tal razón el artículo 4º ibídem establece: "la Constitución -toda, sin distinguir entre su parte "orgánica" y su parte "material", agrega la Corte Constitucional- es norma de normas" y a la misma, en su integridad, deben acomodar sus conductas los servidores públicos -sin excepción- y los particulares. (Corte Constitucional, Sentencia No. T-006, 1992)

La Corte en sentencia C-069 del 23 de febrero de 1995. M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara, señala:

"Considera la Corte que el texto constitucional ha de hacerse valer y prevalece sobre la preservación de normas de rango inferior...

Dentro de la supremacía que tiene y debe tener la Constitución, esta se impone como el grado más alto dentro de la jerarquía de las normas, de manera que el contenido de las leyes y de las normas jurídicas generales está limitado por el de la Constitución. Así pues, debe existir siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango, y si no la hay, la Constitución Política de 1991 ordena de manera categórica que se apliquen las disposiciones constitucionales en aquellos casos en que sea manifiesta y no caprichosa, la incompatibilidad entre las mismas, por parte de las autoridades con plena competencia para ello.

Desde luego que la norma inaplicable por ser contraria a la Constitución en forma manifiesta, no queda anulada o declarada inexecutable, pues esta función corresponde a los organismos judiciales competentes, en virtud del control constitucional asignado por la Carta Fundamental en defensa de la guarda de la integridad y supremacía de la norma de normas (artículos 237 y 241 C.P.).

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Si bien es cierto que por regla general las decisiones estatales son de obligatorio cumplimiento tanto para los servidores públicos como para los particulares, también lo es que, cuando de manera palmaria, ellas quebrantan los ordenamientos constitucionales, con fundamento en la supremacía constitucional, debe acatarse el mandato contenido en el artículo 4° de la Carta, que ordena que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente de que trata el artículo 6° de la misma, por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación, por parte de los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones". (Corte Constitucional, C-069, 1995)

Por tanto es obligación de todas las autoridades con jurisdicción la protección y guarda de la Carta, en cada una de las labores diarias encomendadas, no sólo como intérprete del derecho sino como agente activo creador del mismo, es decir, que buscará opciones de solución ajustadas a derecho, innovadoras, capaces de satisfacer las necesidades sociales, culturales, axiológicas del entorno.

La obligación es tan tajante, que al lado del valor normativo de la Carta se consagra el principio de efectividad de los derechos y garantías lo cual es apremiante en un Estado Social de Derecho.

Con base en lo anterior se establece un control de constitucionalidad mixto, complejo, que abarca la posibilidad abstracta y concreta, tratando de dar mayor alcance en sus resultados, no perdiendo de vista el objetivo buscado: la efectividad de los derechos consagrados.

El control difuso, es una ramificación de ese afán de hacer aplicable la Carta, cuando desafortunadamente una ley la contradice, produciendo efectos para el caso concreto únicamente, claro que el Consejo de Estado ya acepta efectos inter pares. Pero la concepción de la institución del control por vía de excepción no deja al arbitrio caprichoso de quien la aplica, debe tratarse de una decisión motivada, donde la incompatibilidad sea manifiesta y objetiva, y donde se logre la protección de las normas y derechos constitucionales.

Si no se concibiera ésta forma de control difuso, por parte de cada autoridad con jurisdicción, se estaría sometido a un órgano especializado, alejado de la realidad local, cuyo concepto de justicia variaría, con mayor trámite y demora en las resultas finales.

3.7 Métodos de interpretación

3.7.1 Concepto de Interpretación Jurídica

Para el tratadista Juan Antonio García Amado define la interpretación como “...la actividad que explica, aclara o precisa el contenido de ese mensaje que se contiene en la materia prima del derecho. La interpretación del derecho es la actividad consistente en establecer en concreto y preciso sentido de ese algo de que el derecho se compone. El resultado de tal actividad de ese algo en cuanto precisando y aclarado”. (García Amado, 2004, p. 34 y ss.). Las normas son pues la materia prima de la interpretación, cuyos atributos son cuestionados por la teoría de la validez jurídica, de la cual se desarrollan varias doctrinas mediante las cuales se indican los criterios de validez, dentro de los cuales están: a) atributos formales, es decir que sean creados conforme a otras normas, b) emanación de autoridad competente y respaldados por el poder y la fuerza y c) condición material, siendo acorde con la justicia, el derecho natural, el bien común entre otras.

En este contexto se generan los métodos de interpretación como aquellos modos de proceder para indagar el sentido o contenido verdadero y correcto de tales normas.

A su vez el tratadista Manuel Atienza, establece que interpretar “...se refiere a cualquier entidad susceptible de tener sentido (en definitiva cualquier objeto no natural, un acontecimiento histórico, un comportamiento, etc.) o bien tan sólo a objetos lingüísticos (particularmente textos lingüísticos como la ley) o bien (sería el sentido más estricto de interpretación) a textos problemáticos, esto es, textos cuyo significado es, en principio, dudoso y necesitan, pues de un esfuerzo, de aclaración” (Atienza, Manuel, Interpretación Constitucional, 2010. p.5). Adicional, a lo anterior hace alusión a dos tipos de interpretación: como actividad, es decir atribuir sentido y como resultado, es decir el producto de esta actividad.

Gianformaggio, señala que se debe hablar de interpretación en los siguientes planos: noético, lingüístico y dianoético, lo cual se representa así (Gianformaggio, 1987, p. 90 y 91):

Tabla 2. Diferencias entre la interpretación y la argumentación

Plano	Noética	Lingüística	Dianoética
Interpretación			
Actividad	Atribución mental de un significado a un documento	Adscripción de un significado a una disposición	Dilucidar el contenido de un enunciado
	Aprehensión, comprensión, entendimiento	Enunciación de un enunciado interpretativo	Razonamiento, justificación, argumentación
Resultado	Significado, lo que se ha entendido	Significado, pero si existen criterios de validez del acto	Enunciado de tipo S (tiene el significado S) y es la conclusión de un argumento.
Argumentación			
Actividad	N.A.	N.A.	Conclusión del argumento
Resultado	N.A.	N.A.	Argumenta en favor o en contra de algo

Fuente: elaboración propia.

A su vez, argumentar también puede dividirse en actividad (actividad de argumentar) y resultados de la misma (conclusión del argumento, teniendo en cuenta las premisas y la conclusión). La interpretación pregunta entonces por el sentido de algo, la argumentación a su vez por las razones a favor, al decir de Manuel Atienza “...uno interpreta algo, pero no argumenta algo, sino argumenta en favor o en contra de algo” (Atienza, Manuel, 2010 p. 6). Para interpretar basta con establecer algunas preferencias de algo en cierta situación, para la argumentación se deben señalar razones en favor de lo que se dice.

La relación que se da en la interpretación en cuanto a actividad, es en cuanto a: texto –sujeto (interprete) – nuevo texto y en la argumentación la relación se da entre sujeto (orador o proponente) - un discurso (puede ser también un texto) – sujeto (auditorio u oponente).

La relación entre interpretación y argumentación es explicada por Manuel Atienza en los siguientes términos: “...la interpretación es un concepto más amplio que el de la argumentación, esto es que la interpretación en sentido lato o latísimo (equivaliendo a entender o comprender algo) no envuelve ningún tipo de argumentación; sólo cuando hablamos de interpretación en sentido estricto (en cuanto aclaración de algo- de alguna entidad susceptible de tener un significado-que se haya vuelto dudoso) nos parece también la idea de la argumentación, en cuanto procedimiento (o resultado de ese procedimiento) para aclarar esa duda (para pasar, por ejemplo, del enunciado a interpretar al enunciado interpretado)”. (Atienza, Manuel, 2010 p. 6). Sin embargo, posteriormente el mismo autor, señala que al dar argumentos unos pueden ser interpretativos y otros no, por ejemplo los argumentos de carácter deductivo, los usados para resolver problemas de pruebas, por tanto no solo es válido decir que la argumentación se relaciona únicamente con la interpretación en sentido estricto sino en sentido lato, ya que la argumentación implica un entendimiento, la atribución de algún significado de las premisas y las conclusiones.

3.7.2 Diferencia entre interpretación legal y constitucional

Como ya se indicó, es diferente hablar de interpretación legal e interpretación constitucional según los parámetros establecidos en la Carta Política de 1991. (Const, 1991)

El concepto de interpretación nace cuando la oralidad pasa a un segundo plano en los aspectos religiosos o de derecho ya en el siglo XVIII y XIX, conformándose escritos, cuyo contenido debe sopesarse con el fin de descubrir respuestas en dichas codificaciones que satisfagan las cambiantes situaciones y necesidades sociales.

Así se va desarrollando el concepto de hermenéutica crítica (reflexión sistemática sobre los correctos métodos de interpretar textos) que nace paralelamente con la hermenéutica de otras ciencias, por ejemplo la teología, el arte y el derecho. Los alemanes del siglo XIX construyeron un saber histórico-crítico de las escrituras religiosas y jurídicas. Pero fue Carlos Savigny quien aprovechando los logros obtenidos en la interpretación de otras ciencias, las aplica al derecho. Éste autor utiliza la observación de cómo interpretaban los grandes juristas de la antigüedad y los modernos para construir su propia teoría de la interpretación basada en la sistematización de lo observado, naciendo así una rama independiente: la interpretación del derecho.

Savigny establece cuatro clases de interpretación obligatorias, tomadas en conjunto, para la adecuada interpretación de la ley: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático. El gramatical hace referencia a la interpretación del lenguaje de la ley, a las palabras. El lógico a la fragmentación del pensamiento y la obtención de las diversas relaciones que unen sus diferentes partes. El histórico determina la acción de la ley en la época en que es expedida, tratando de resaltar el cambio por ella introducido. Finalmente establece el elemento sistemático, según el cual se interpreta la interrelación de la ley con el ordenamiento jurídico.

La interpretación del derecho realizada por Savigny empieza a ser criticada por tratarse de una forma mecánica, silogística o conceptualista que no tiene en cuenta la realidad social contemporánea, y darle tanta preponderancia al texto escrito del Derecho. Y es Rudolf von Ihering quien empieza a contemplar el fin del derecho y de las normas.

Ihering: señala que se entiende por fin la adecuada comprensión del problema social que busca resolver la ley, y evaluar si en el caso específico, la aplicación de la norma logra dicho propósito. Por ello se exige que el abogado tenga amplios conocimientos en las políticas públicas, social y económicas, con el fin de que el fin de materializar el contenido de las mismas. Así las clases de interpretación gramatical, lógica, sistemática e histórica sirven para descubrir el propósito de la ley.

Otros autores como Geny, padre de la escuela científica, señala que el juez debe realizar una libre investigación científica, ya que la ley no era suficiente para guiarlo; necesitaba identificar el o los problemas sociales a resolver, la norma aplicable y la ejecución conforme a esa política pública. (Geny, 2000, p. 25 y ss.). De igual manera Heck fundador de la escuela alemana de la jurisprudencia de intereses y Ehrlich creador de la jurisprudencia del derecho libre, critican el conceptualismo ya mencionado, indicando que el juez debe, en un primer momento identificar el fin de la norma con base en las necesidades sociales existentes y calcular si una interpretación produce las consecuencias que su fin establecía.

En cuanto a interpretación constitucional el tratadista Juan Antonio García Amado señala que ésta con respecto a la legal no tiene diferencias cualitativas sino cuantitativas, y depende de la concepción del derecho utilizada como se entiende, así: a) en la concepción lingüística la interpretación de la Constitución se entiende como un conjunto de enunciados lingüísticos

expresados en un texto, el cual es de mayor jerarquía en el ámbito jurídico, donde el juez es guardián de las palabras, vela por su significado cuando este es cierto y preciso y debe concretarla cuando se trata de palabras indeterminadas; b) la concepción voluntarista analiza la voluntad establecida en palabras, busca lo que se quiso expresar o conseguir, caso en el cual el juez es el albacea del legislador; y c) la concepción material busca el orden objetivo de valores, siendo una pre configuración ideal (mundos jurídicamente posibles), caso en el cual el juez es el garante del imperio del bien común y la verdad.

Para Manuel Atienza también las teorías de la interpretación constitucional se relacionan con el concepto del derecho que se tenga, teniendo una doble calificación: a) Teorías formalistas donde el intérprete descubre el significado de un texto, por tal razón la labor del interprete es semejante a la de un lógico deductivo, donde deriva unos enunciados de otros sin crear nada, estableciendo en la conclusión lo que no estaba explícito, b) Teorías escépticas o realistas en la cual el intérprete crea o decide; la labor del interprete es debe establecer reglas y justificarlas los límites de la interpretación no están preestablecidas por el derecho, se trata de derecho en cuanto a derecho interpretado; c) entre estas dos posiciones existen unas teorías intermedias que señalan que en los casos fáciles debe descubrirse el sentido, mientras que en los casos difíciles debe adjudicarse el sentido, es decir decidir; d) Teoría Subjetivista, en la cual se indaga sobre la voluntad del legislador ya sea en el momento de creación de la ley o en el de su aplicación, el intérprete analiza todas las características personales y la forma de expresión y declaración de la voluntad; es representante de la misma Carl Georg Von Wachler , y e) Teoría Objetivistas donde se debe analizar es la voluntad de la ley, como una entidad independiente a la voluntad del legislador, ya que la ley una vez promulgada cobra vida propia independientemente a la voluntad del autor, en sentido teleológico, en ese caso el intérprete, el intérprete debe buscar todas los datos, circunstancias, hechos y situaciones que den luz sobre el significado, uno de los representantes son Binding y Kohler. Cabe señalar que en la modernidad se habla es contradicción entre el modelo intencionalista y el constructivo, defendido por Dworkin, donde se debe mostrar el objeto interpretado bajo su mejor perspectiva, sin tener en cuenta la intención del autor.

De lo anteriormente señalado, cabe concluir que para el formalismo predomina el criterio lingüístico para el desarrollo de la interpretación, para el realismo se da un amplio uso de los métodos interpretativos extrajurídicos, por el criterio de corrección, para el subjetivismo dan

prioridad al método pragmático (conocer la finalidad del legislador) y el objetivismo al método teleológico y valorativo.

A continuación se muestra el análisis que se realiza en la interpretación y en la argumentación como actividad:

Tabla 3. Etapas del proceso de interpretación y argumentación

Interpretación	Argumentación
1. Enunciado interpretativo	1. Lenguaje: se trata de una actividad lingüística, argumento producto lingüístico que se plasma en un conjunto de enunciados
2. Enunciado interpretativo	2.Premisas o enunciados con que se abre el argumento (también existen premisas implícitas)
3. Enunciado interpretado	3.Relación entre premisas y conclusión.
	4.Conclusión, punto final de la argumentación.

Fuente: elaboración propia.

La interpretación y la argumentación tienen una amplia conexión, ya que el Estado de Derecho actual, busca evitar la arbitrariedad (justificación de las decisiones no solo de la autoridad que la realiza sino también el procedimiento realizado), por tanto existen mayores posibilidades para el desarrollo de la argumentación, como tendencia a la motivación de las actuaciones, esto es la justificación mediante argumentos cuantitativos y cualitativos válidos, “a la luz de los criterios generales de la racionalidad práctica y de los criterios positivizados en el ordenamiento jurídico” (...) Su presupuesto, obviamente, es una concepción suficientemente amplia de la razón, o sea, el postulado de que la razón no es únicamente razón instrumental o estratégica, sino también razón respecto de los fines, razón práctica” (Atienza, 1995, 15) De igual manera el Estado contemporáneo propende por la garantía de los derechos y libertades fundamentales, es decir la necesidad de hacer justicia y lograr el cumplimiento de ciertos valores, lo que implica no solo la “...identificación y seguimiento de las pautas que rigen una práctica, sino también – e incluso fundamentalmente- como una cuestión de mejora de esa práctica. La obediencia o la deferencia al legislador puede ser un límite –incluso el límite- de la interpretación, pero no su objetivo. En la autoridad puede estar la respuesta al por qué interpreta, pero no al para qué interpreta” (Atienza, 2010, p. 299).

En consecuencia de lo anterior, a continuación se analizarán los métodos de interpretación constitucional, como la relación entre el derecho y la argumentación.

3.7.3 Métodos de interpretación constitucional

En materia de interpretación constitucional también se aplican los métodos antes señalados, pero con ciertas matices:

3.7.3.1 Método gramatical

El método gramatical es usado con reserva, y algunas veces criticado por la Corte Constitucional (Corte Constitucional, T-406/92, 1992), por las características de las normas constitucionales: normas abiertas o indeterminadas, donde el contenido de la misma no da solución al conflicto en concreto, por ésta razón se aplican reglas y principios. Las reglas son proposiciones jurídicas en los que existe un hecho típico y una consecuencia jurídica, la cual requiere poca interpretación ya que el juez sólo tendría que subsumir los hechos en la regla para aplicar la consecuencia jurídica al caso concreto. (Schauer, 1985, p. 58 y 399). Los principios expresan el lenguaje moral y político de un Estado, con alto grado de abstracción, no siendo derecho en sentido estricto por su indeterminación, sin embargo necesario en un Estado como en el que nos encontramos.

Para Juan Antonio García el método a utilizar con preferencia en la interpretación constitucional es la concepción lingüística, que tiene relación con el método gramatical o literal, debiendo darle contenido sentido a las palabras de acuerdo a su uso de conformidad a los márgenes de permisibilidad de dichos usos, ya que las palabras han de entenderse en el marco de la inserción de su contexto, con lo cual se limita las posibles interpretaciones. Es decir, lo importante es identificar el uso jurídico de un término, señalando los posibles determinantes de su significado, dirimiendo si el enunciado legal opta por uno u otro uso, en un caso específico, lo cual es determinante.

3.7.3.2 Método del historicismo

El método del historicismo y originalismo tiene que ver con el significado original de la constitución, sin embargo las actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, no están organizadas, ni completas, razón por la cual es difícil la aplicación del método. Sin embargo la Corte Constitucional utilizó éste método en los primeros años (Corte Constitucional, Sentencia T-

409/92, 1992) (Corte Constitucional, Salvamento de Voto, C- 511, 1994), pero lo ha inaplicado por la problemática antes descrita.

3.7.3.3 Método sistemático y finalista

La interpretación sistemática y finalista se premia en Colombia (Corte Constitucional, Sentencia T-322/96, 1996),³ como reacción de la interpretación formalista. Ésta técnica presupone que la aplicación de una norma requiere una previa identificación del propósito o valor que la norma busca proteger. Debe identificarse el valor objetivo y contemporáneo del fin, es decir, el fin de la ley que se adapte a la moral y política de la comunidad contemporánea, -no tratándose pues de la voluntad del legislador-, por ejemplo el fin puede ser la seguridad, la tranquilidad, la conservación ecológica, entre otras. Sin embargo los fines pueden ser concluyentes o excluyentes, depende de la intención del organismo regulativo. Dentro de los fines establecidos en la Carta Política de 1991 pueden mencionarse el Estado Social de Derecho, la creciente igualación social y la redistribución de recursos y oportunidades, entre otros. La interpretación sistemática identifica varios fines, principios o valores, señalando el fin más poderoso que actúa como telón de fondo en la interpretación de cualquier otra norma. Para López Medina (s.f.), la interpretación sistemática y finalista condujo a que: a) un mayor de derechos fuera tutelable; b) con menos tras meramente procesales y c) con una primacía más clara del derecho constitucional sobre el derecho común.

Sin embargo, no se puede establecer que sólo exista un solo fin estatal: el Estado Social de Derecho, existiendo otros como la maximización de la riqueza, la libre empresa y la libre competencia, el multiculturalismo, y los ya mencionados, hace relevante la colisión cotidiana de los mismos, razón por la cual debe utilizarse la técnica del balanceo o ponderación de los fines, derechos, intereses y valores, donde los intereses contrapuestos son delimitados por el juez, mediante juicios de ideas de valor, según los intereses presentados.

³ Corte Constitucional Sentencia T-322/96. “Tratándose de la tutela, la decisión frente a normas jurídicas en tensión, tiene que ser razonada, lo cual no implica una camisa de fuerza a la interpretación del contenido normativo por parte del operador jurídico. Todo lo contrario, privilegia el método sistemático, el finalístico y como criterios interpretativos el que surge de los Convenios Internacionales, el principio de favorabilidad en lo penal y el principio pro operario”.

3.7.3.4 Técnica del activismo judicial

De esta forma, en la última década resaltan importantes decisiones judiciales basadas en la interpretación de la Corte, como las siguientes: Sentencia T-075 de 2007 donde la Corte inició un proceso de reconocimiento de los derechos patrimoniales de la población homosexual; con la Sentencia T-025 de 2004 se expidieron una serie de órdenes orientadas a la protección integral de la población desplazada por la violencia en el país y la Sentencia T-760 de 2008 se realizaron una serie de órdenes en torno al reconocimiento al derecho a la salud integral.

3.7.3.5 Método de la Comparación Constitucional Cultural

Es propuesto por el tratadista Peter Haberle, de conformidad al principio científico-cultural, a través de la comparación jurídica europea y la comparación jurídica interna en los Estados Federales y la Comunidades Autónomas, un ejemplo del impulso de este método es Austria, que promulgo leyes de promoción cultural. Por ejemplo, en la cultura jurídica Alemana el principio de igualdad produce efectos diferentes a la cultura Suiza, lo cual depende además de las variaciones del tipo de Estado en que nos encontremos. “El Estado constitucional está articulando progresivamente hacia un razonamiento universal en sus elementos, especialmente en materia de Derechos fundamentales”, (Haberle, Peter, 2010). Radbruch señala que el derecho comparado es un razonamiento universal, a su vez Zweigert indica que el derecho comparado como método de interpretación universal, especialmente en lo que refiere a los derechos fundamentales, de lo que se concluye que la interpretación se puede hacerse con base en los textos constitucionales, la jurisprudencia constitucional o la relación con la política de los derechos fundamentales. A. Meier Hayoz señala que si es un hábito para el legislador la aplicación del método comparativo, el juez también tiene la posibilidad de apoyarse en el derecho comparado para complementar la ley en caso de laguna. En todo caso no se trata de unificar, sino de respetar el contexto cultural de la Constitución analizada, tratándose de un proceso activo de recepción, donde se razona sobre el contenido de los derechos recibidos por medio de la comparación jurídica a nivel internacional y se comparan con el derecho local y nacional.

3.7.3.6 El precedente

Jurisprudencialmente se han creado dos técnicas hermenéuticas para que los jueces realicen la interpretación constitucional: el precedente y la técnica de los test. El precedente busca que los

jueces inferiores tengan una comprensión finalista y sistemática de la Carta Política y la aplicación de las reglas y sub-reglas jurisprudenciales creadas.

3.7.3.7 Teoría de los conflictos

La teoría finalista no satisface plenamente las realidades sociales, ya que es demasiado estático y unilateral, ya que tras de una norma no hay sólo un interés protegido por la norma. Atrás de las normas hay mínimo un conflicto bilateral de los intereses. En consecuencia de lo anterior, aparece otra forma de interpretar la constitución denominada “teoría de los conflictos” o “jurisprudencia de intereses”, donde el derecho no depende de los conceptos jurídicos, sino del conflicto de intereses contrapuestos, siendo un contraste de fuerzas, donde la protección de un interés se hace a costa de otros intereses, interpretando de manera integral el derecho. En la teoría conflictivista delimita intereses y resuelve el conflicto de dichos intereses. El representante más destacado de esta teoría es Philip Heck, quien indica que toda norma es al servicio de un fin y este fin se concreta al dar fin a un conflicto de intereses sociales contrapuestos, caso en el cual el juez debe dar a la norma el sentido que permita que en el caso se imponga el inerte querido por el legislador, tratándose por ello de una variante de la teoría subjetiva.

Posteriormente nace la jurisprudencia de valoraciones, mediante la cual se sustituye la teoría subjetiva por la objetiva ya que no se atiende a los fines del legislador sino a los fines del ordenamiento jurídico en su conjunto, cada norma tiene como fin dirimir un conflicto de intereses estableciendo una preferencia entre ellos, la cual depende del sistema de valores que da sentido al ordenamiento.

3.7.3.8 Derecho y Argumentación Jurídica

La teoría estándar de la argumentación ha sido desarrollada por el tratadista Manuel Atienza en muchos de sus textos, en los cuales visualiza al derecho como un empresa encargada de resolver problemas debiendo tomar decisiones a través de medios argumentativos. El decidir implica una acción intencional por ello debe argumentarse a través de razones, las cuales pueden ser: subjetivas refieren a los motivos de la acción y las objetivas las que hacen que algo sea racional, que sea justificado el actuar de una forma u otra. Dentro de los autores que hacen parte de la teoría estándar se encuentran Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, Luis Vega, Summers, Peczenik, entre otros.

Argumentar tiene una relación inescindible con el lenguaje, ya sea oral o escrito, al decir de Atienza “... el lenguaje no es simplemente un medio para comunicar una argumentación, sino que argumentar consiste en usar de una cierta forma el lenguaje: dando razones (que pos supuesto pueden hacer referencia al mundo, a hechos) a favor o en contra de una determinada tesis”. (Atienza, 2006, p. 73). La argumentación además presupone un problema que requiere resolverse a través de razones, tratándose de una actividad racional, no solo porque está dirigida a un fin, sino porque hay criterios de evaluación de la argumentación, pudiendo decir que un argumento es bueno o malo. De igual manera debe señalarse que la argumentación tiene dos formas, como y se indicó: como actividad (actividad de argumentar), es decir la relación entre un término inicial, el problema y un término final y la solución del mismo; y como resultado o producto de la misma es decir los argumentos como conjunto de enunciados en las que se encuentran tres elementos: las premisas, la conclusión y la inferencia.

Para Summers en la argumentación jurídica lo importante es la fuerza justificativa es decir la manera en que los jueces construyen las premisas y razones que sirven de justificación de su decisión, lo denomina razonamiento practico, es decir la deliberación práctica , es decir la técnica que construye y confronta entre sí razones para llegar a una conclusión. (Summer, 1978, p.712, nota 10). En consecuencia de lo anterior, entiéndase el razonamiento práctico como el resultado del balanceo de razones, por ello la conclusión de un razonamiento práctico es una razón para que el agente realice una determinada acción.

Para Aarnio la teoría de la argumentación es una teoría de la justificación jurídica en la que se pueden apreciar tres enfoques distintos: el enfoque lógico que representa la justificación interna, el enfoque retórico donde son importantes las ideas del auditorio y sus formas de vida y en enfoque discursivo (Cabra, 2000, p. 109). Para Aarnio existen dos racionalidades la lógica y la discursiva, en ésta última los principios del discurso serían los de consistencia, eficiencia, sinceridad, generabilidad y fundamentación.

MacCormick, establece que la argumentación en los casos fáciles debe tenerse en cuenta la lógica deductiva, y en los casos difíciles, además de la justificación de primer nivel se presentaría una de segundo nivel donde los criterios de universalidad, consistencia, coherencia y adecuación de las consecuencias son indispensables para el desarrollo de la racionalidad práctica. El articula a

la concepción lógica aspectos de la concepción material de la argumentación, mientras son pocos los aspectos del componente pragmático.

Peczenik, de manera parecida a la de Aarnio señala que la argumentación tiene tres clases de racionalidad: la racionalidad lógica, la discursiva y la centrada (coherencia de las premisas).

Cabe destacar que la teoría estándar de la argumentación hace una importante distinción entre contexto de descubrimiento y el contexto de justificación de las decisiones judiciales. En términos de Klimowski “En el contexto del descubrimiento importa la producción de una hipótesis o de una teoría el hallazgo y la formulación de una idea, la invención de un concepto, todo ello relacionado con circunstancias personales, psicológicas, sociológicas, políticas y hasta económicas o tecnológicas que pudiesen haber gravitado en la gestación del descubrimiento o influido en su aparición. A ello se opondría por contraste el contexto de justificación que aborda cuestiones de validación: cómo saber si el descubrimiento realizado es auténtico o no, si la creencia es verdadera o falsa, si una teoría es justificables, si las evidencias apoyan nuestras afirmaciones o si realmente se ha incrementado el conocimiento disponible” (Klimowski, 1994. p. 29). Sin embargo, en la actualidad dicha diferencia ha sido duramente criticada por autores como Brow y Javier Echeverría, que la consideran como inservible, en razón a que es difícil separar en la realidad tales actividades. En cuanto a su relación con las concepciones de argumentación debe indicarse que dicha distinción se puede aplicar con facilidad en el concepción formal, ya que lo que se busca no es el proceso sino el resultado de la argumentación, lo cual se desarrolla casi plenamente en el contexto de la justificación; pero no es dable hacer de utilidad la distinción en la concepción material ya que el aceptar la corrección o verdad de ciertos argumentos implica la combinación de descubrimiento y justificación; finalmente, en la concepción pragmática esta distinción no tiene sentido, porque lo importante es el proceso de argumentación.

A continuación se desarrollarán las tres concepciones de la argumentación jurídica desarrolladas por Manuel Atienza:

a. Concepción Formal

Es la que se desarrolla a través de la lógica estándar o lógica deductiva, en la cual se define al argumento como una inferencia, de las premisas a la conclusión (silogismo judicial de carácter subsuntivo), lo importante es la estructura, es una inferencia formal,

no importa la verdad o corrección de las premisas. La principal crítica que se realiza es precisamente el hecho de que se trata únicamente de esquemas argumentativos y nos de argumentos. Esta lógica se interesa es en la argumentación como resultado, por tanto no describe como las personas argumentan.

Por tal razón, han nacido lógicas divergentes, las cuales se apartan de la lógica estándar, como la lógica de la relevancia, la lógica no monótonas, borrosas y paraconsistentes.

Dentro de las críticas que se han presentado a esta concepción se encuentra el que ella no se ocupe de los argumentos sino de los esquemas de los argumentos (moldes de la argumentación) y que estos esquemas no son adecuados para dar cuenta de ciertos tipos de argumentos.

b. Concepción Material

La cual parte de la concepción de la tópica jurídica de Viehweg, ya que los argumentos materiales parten de premisas materiales que apoyan en la solución del problema, se refiere a la forma o el tipo de preposición: lo que hace un tópico es que una preposición se ajuste a él, que la considere verdadera y que estas generen premisas de argumentos plausibles. Se parte de una justificación interna (forma deductiva) y una justificación externa (contenido de la argumentación, fuerza justificativa de las premisas o razones), entendiendo por justificar el compromiso de explicar, recomendar, llegándose a hablar de una buena o mala justificación, donde se pueden utilizar las máximas de la experiencia, leyes científicas y reglas técnicas. Esta teoría busca principalmente buscar la verdad y la justicia. Para Raz se trata de la teoría de las razones “la principal tarea de la teoría de la razón práctica es establecer lo que tenemos (*prima facie*) razones para hacer y cómo resolver los conflictos de razones y establecer aquello que debemos hacer, tomando todo en consideración (Raz, 1996, p 28). Lo importante en esta concepción es la relación presentada entre las razones, las creencias (razonamiento teórico) y las actitudes o acciones (razonamiento práctico), por ello un razonamiento es un procedimiento para resolver un conflicto de razones.

En esta concepción las premisas y la conclusión son enunciados aceptados por el que los argumenta como verdaderos o falsos, por tanto lo importante en sí son las premisas, aceptar o no la verdad y/o corrección de las premisas, no de la inferencia lógica.

Adicionalmente, se habla de argumentos teóricos y prácticos depende si se trata de premisas normativas o fácticas.

Summers distingue cinco clases de razones: a) sustantivas, son las que derivan su fuerza justificativa en consideraciones de carácter moral, económico, político, institucional, de estas a su vez existen tres subtipos: finalistas, de corrección e institucionales. Las finalistas son las que propenden por la consecución de un fin social valioso, las de corrección derivan su fuerza justificativa en la aplicabilidad de una norma socio –moral válida a las acciones de las partes, o a un estado de cosas que resulta de esas acciones y las razones institucionales pueden ser razones de fin o razones de corrección que son vinculadas a roles o procesos institucionales específicos. (Summer, 1978, p. 735 y ss.)

A su vez Raz, establece los tipos de razones justificativas que existen y estas como permean el proceso de deliberación del agente, desde un alto grado de abstracción de las premisas de razonamiento práctico, que lo entiende como la “transición (no necesariamente consciente) que va, de creer en las premisas a la aceptación de la conclusión putativa de una inferencia práctica”, tratándose de un conflicto entre razones (Raz, 1978, p. 15-16). Raz divide las razones en completa, operativa y auxiliar. La razón completa es en donde se existe un conjunto de premisas que conllevan a la realización de una acción; una razón operativa es aquella que si se tiene la creencia de la existencias implica tener una actitud crítica práctica, estas son valores, deseos o intereses; y la razón auxiliar es cualquier razón que no sea operativa, “la función de las premisas que afirman razones auxiliares justificar, de alguna forma, la transferencia de la actitud práctica desde el enunciado de la razón operativa a la conclusión, y existen dos clases de razones auxiliares: identificativas que sirven para identificar el acto que hay razón para identificar y otras son razones que afectan a la fuerza o al peso y sirven para ayudar a determinar qué razón tiene más peso”. (Raz, 1991. p. 37)

Carlos Nino también divide las razones en razón completa, operativa y auxiliar. La completa la entiende como el conjunto de premisas no superfluas de un razonamiento práctico válido, la razón operativa es la premisa de deber ser que es sí misma podría constituir una razón completa para alguna acción, y la razón auxiliar es un juicio fáctico que indica un medio para satisfacer una razón operativa. (Nino, 2000 p. 131).

En la concepción también se habla de razones teóricas y razones prácticas, las primeras hacen referencia a hechos negativos o generales, se trata de una conclusión a partir de la evidencia, en este caso se acepta, se concluye o se crea (mente e mundo) y las segundas, las prácticas a normas o valores, donde se realizan acciones, se forma una decisión a partir de ciertas consideraciones (mundo a mente). En conclusión, cuando se cree en algo se habla de una razón teórica, y de razón práctica cuando se trata de un compromiso práctico.

Para Atienza “el razonamiento jurídico tiene que ser considerado como un razonamiento práctico. El derecho, obviamente, tiene que ver con el comportamiento humano, es una técnica de control social, y el razonamiento que tiene lugar en las diversas instancias está orientado hacia la acción y no (o no centralmente al conocimiento)”. (Atienza, Manuel, 2006. P. 197)

Adicionalmente Atienza distribuye los enunciados entre carácter práctico y no práctico, los primeros hacen referencia a normativos o valorativos haciendo referencia a reglas o principios y los no prácticos en definiciones que sirven para identificar otras razones teóricas o prácticas.

A su vez establece que existen dos clases de normas las regulativas (razones operativas) y las constitutivas (razones auxiliares). Dentro de las normas regulativas, están las reglas (normas de hacer) y principios, los últimos se dividen en principios en sentido estricto (normas de acción) y directrices (normas de fin). Las reglas se usan en casos genéricos cerrados, los principios obedecen a categorías categóricas, donde las condiciones de su aplicación surgen del propio contenido.

Atienza establece que dentro de las formas argumentativas a desarrollar están: la subsunción que se utiliza para las normas de hacer, la adecuación de razonamiento finalista se utiliza para las reglas fin y la ponderación para las normas de acción.

La concepción materialista supera la concepción formal ya que tiene en cuenta la relevancia, es decir, el contenido de las premisas en cuanto a: por qué ese enunciado o ese hecho es utilizado como premisa, así como la fuerza o el peso que se le debe dar a esa premisa, lo cual se relaciona de manera directa con la aplicabilidad de la norma al caso concreto, lo cual hace alusión a dos conceptos interpretación y validez. La validez

refiere a que la norma pertenezca al sistema jurídico o que sin pertenecer se pueda reconducir a él. Por ejemplo una norma extranjera. Para que la norma se tenga como válida se utiliza la regla de reconocimiento, entendida en sentido amplio como “ la regla de reconocimiento (que, en todo caso, no es una norma que pertenezca al sistema, sino que tiene el carácter metasistemático) no incluye únicamente criterios que atienden al origen en tal autoridad, a su pedigrí, sino que puede –suele- incorporar además criterios de contenido: en nuestros Derechos del Estado Constitucional , una norma no es válida simplemente porque haya sido dictada por un órgano competente y porque hayan respetado ciertos requisitos de forma (de procedimiento), ***sino poruqe además de ello, no supone la vulneración de algún derecho fundamental o de alguno de los principios o valores del ordenamiento***” (negrilla y cursiva fuera del texto). (Atienza, Manuel, 2006. P. 228)

Para la asignación de peso se habla de argumentación no como resultado sino como actividad, por ello se habla de casos fáciles y difíciles. En los casos fáciles no hay problemas de pesos, pues no hay conflictos de razones ya que allí se aplican es reglas, las cuales se siguen o no. En los casos difíciles se presentan conflictos de razones, ya sea porque existen dos reglas válidas de signo opuesto y aplicable al caso, o por qué no hay regla aplicable o hay regla aplicable pero esta contradice principios o valores del ordenamiento). Para la asignación del peso se busca soporte en la inducción probabilística cuyo esquema es así “si x es P, entonces probablemente x es también Q, x es P, por tanto x es Q” (Atienza, Manuel, 2006. p. 233)

En este caso, la justificación interna se relaciona más con la concepción formal y la justificación externa con la material, donde aparece la dimensión del peso como ya se indicó.

Las razones institucionales antes mencionadas, hacen referencia a que el derecho es una institución que regula la intervención humana y el cual cumple dos clases de funciones las internas y las externas. En cuanto a las internas se refiere al mantenimiento del funcionamiento del sistema al igual que el desarrollo de otras funciones como las sociales, el carácter reflexivo del derecho ya que actúa como autorreferente del derecho. Las funciones externas hacen referencia a resolver conflictos, distribuir cargas y responsabilidades y limitar el poder. En este caso el peso dado a las razones

institucionales depende del mantenimiento de la autoridad del derecho, la sociedad y la seguridad jurídica.

Finalmente, debe mencionarse que existe diferencia entre razones jurídicas y razones morales, lo cual es explicado por Carlos Nino en los siguientes términos: “el razonamiento jurídico justificativo se mueve en dos fases o niveles. En el primero, de carácter más básico, se deben articular las razones que legitiman la práctica social (en Derecho, para Nino, es una práctica social, una obra colectiva) fundamentada en la Constitución; la legitimación depende de que esa Constitución sea expresión de un consenso democrático que, a su vez, resulte de una deliberación lo más amplia y libre posible, de que la Constitución reconozca suficientemente los derechos fundamentales, y de que no existe ninguna alternativa realista a esa Constitución que permitirá fundar una práctica legítima. En el segundo nivel, el razonamiento se haya constreñido por el primer nivel, pues ahora para justificar acciones y decisiones (al interior se referiría a instituciones) quedan excluidas las razones justificativas que son compatibles con la preservación de la Constitución (...). Un principio que tiene impecables credenciales desde el punto de vista de los criterios de validación implícitos en nuestro discurso moral, puede ser sin embargo descalificado o excepcionado si ello es necesario para preservar la vigencia de la Constitución” (Nino, 2000. p. 71). El razonamiento unitario o integral implica que las razones jurídicas estén articuladas con las razones morales, a través del objetivismo moral mínimo, dentro de la pretensión objetiva de corrección. Cabe señalar que la regla de reconocimiento establece dentro del sistema jurídico existan metas extrajurídicas, dentro de las cuales se pueden contar las razones morales, siempre y cuando no contradigan los postulados constitucionales.

La principal crítica establecida a la concepción material, es precisamente la utilización de aspectos extrajurídicos para la resolución de conflictos, donde la moral ocupa un lugar preponderante y donde la discrecionalidad del operador es abierta y flexible.

c. Concepción Pragmática o dialéctica

En esta concepción se toma a la argumentación como un tipo de acción lingüística que se da entre dos sujetos, no entre proposiciones o razones entre sí. Se origina principalmente cuando en medio de un diálogo aparece una duda la cual se resuelve por medios lingüísticos, donde existe un procedimiento para tal fin, el cual está determinado

por ciertas reglas de comportamiento lingüístico. La inferencia se da cuando un enunciado pasa a otro por la aceptación o consenso del otro, las premisas son los enunciados cuya aceptación se presenta en cada momento del proceso y la conclusión es lo que es aceptado por el otro, el proceso está dirigido a lograr la persuasión. Esta concepción hace parte de las teorías de la argumentación desarrolladas por Toulmin, Habermas, Perelman y en alguna medida Alexy.

En la concepción pragmática se relacionan dos conceptos: la dialéctica y la retórica. La dialéctica se entiende al decir de Luis Vega como “el lugar natural de la discusión razonable en torno a cualquier cuestión abierta, si teórica o práctica, de orden especializado... o de interés común o general. Lo que importa ahora no son los productos de la argumentación, sino los procedimientos argumentativos.. y las normas que gobiernan y dirigen el ejercicio de los papeles de defensor u oponente” (Vega, 2003, p. 30). De igual manera manifiesta que la retórica es “el lugar natural de los proceso de argumentación en los que desempeña un papel principal la comunicación personal dirigida a inducir ciertas creencias o disposiciones... o provocar determinadas reacciones y actuaciones (Vega, 2003, p. 31). El principal representante de la concepción retórica es Perelman y Toulmin de la concepción dialéctica.

Aristóteles establece tres clases de pruebas que se obtienen mediante el discurso propias de la retórica: el *ethos* que tiene que ver con el carácter del que habla, el *pathos* que significa predisponer al oyente de alguna manera (relacionado con la pasión) o en el discurso mismo, y el *logos*, refiriéndose a pruebas lógicas especialmente al silogismo e inducción retórica. Las pruebas extratécnicas son aquellas que no se extractan del discurso, ya que son preexistentes: testigos, leyes, confesiones, contratos, etc.

En la retórica lo importante es el discurso público en el que se encuentran y exponen argumentos, cuyo resultado es persuadir, con ciertas reglas técnicas, primando los discursos largos, donde no hay contradicción, el auditorio es el principal actor y el auditorio es completamente pasivo. Es usada principalmente en áreas como la literatura, la psicología y la política. La retórica se desarrolla en cinco partes la *inventio*, *dispositio*, *elocutio*, *memoria* y *actio*. La *inventio* es el estudio desarrollado para identificar la causa y establecer los argumentos necesarios para probar y refutar. La *dispositio* hace referencia a la organización del discurso, ya sea oral o escrito. La *elocutio* es el estilo del discurso, el cual debe ser atractivo al público para lograr la persuasión. La

memoria señala que el discurso debe realizarse de manera fluida y sin recurrir a la lectura. Finalmente, la *actio* son las reglas para el control del cuerpo y la voz.

En la dialéctica existe una interacción entre dos o más personas, donde se deben responder preguntas pros y contras acerca de un tema específico, mediante el desarrollo de discursos cortos, tratándose de un público cualificado, y es utilizado en la filosofía, la cual busca la verdad. La dialéctica es una actividad social, la cual está regida por reglas de procedimiento. Para Frans h. Van Eemeren existen cuatro fases de la dialéctica: la confrontación, la apertura, la argumentación y la conclusión. En la confrontación se presenta una temática de la cual se tiene duda, la discrepancia es la que origina el diálogo. En la apertura se abre la discusión indicando el tipo de diálogo y las reglas de procedimiento a seguir. En la argumentación cada parte presenta sus respectivos argumentos y los contraargumentos son evaluados. Finalmente, en la conclusión, se presenta cuando se ha obtenido el objetivo del dialogo o cuando se pone fin al mismo por acuerdo de los participantes. (Eemeren y Grootendorst, 2004, pp. 59-60). Luis Vega identifica las reglas para el desarrollo del dialogo: juego limpio, pertinencia de los argumentos en favor o en contra y efectividad y eficiencia de la argumentación para resolver la temática o poner fin al debate. (Vega, Luis, 2003, p. 45)

En esta concepción den tenerse cuidado con las falencias, ya sean formales o materiales. Las primeras se presentan cuando existen infracciones en contra de las reglas lógicas, es decir cuando en la conclusión se afirman cuestiones que no estaban en las premisas (falta de coherencia y pertinencia), o cuando las premisas no son adecuadas. En cambio, en las falencias materiales se hace alusión a la vulneración de las reglas metodológicas, específicamente creer en algo falso.

3.7.3.9 Proporcionalidad

La teoría más coherente de la ponderación es la desarrollada por el tratadista Robert Alexy, que de manera enfática señala que cuando se presentan coaliciones entre principios constitucionales estos deben resolverse a través de la utilización del test de proporcionalidad, el cual contiene tres sub principios: la idoneidad, la necesidad y la ponderación en sentido estricto. Los dos primeros hacen referencia a las posibilidades fácticas y la proporcionalidad en sentido estricto a la normatividad.

La fundamentación de la proporcionalidad es la protección más racional o más efectiva de los derechos fundamentales, y comienza con una mirada a la teoría de los principios.

Esta forma de argumentación ha sido retomada por varios Tribunales Constitucionales en Europa y América, por destacar Alemania y varios países de Latinoamérica, un ejemplo de ellos es el Tribunal Constitucional Peruano que fundamentándose en el test alemán de proporcionalidad, limita los tres subprincipios de la proporcionalidad a un test de intensidades, en el que se contrasta la intensidad en la limitación de un derecho frente a la intensidad o grado de satisfacción del otro.

De manera concordante el Tribunal Constitucional de Israel, también establece un cuarto subprincipios: la exigencia de una finalidad social adecuada, complementando la efectividad del test.

Para Alexy la estructura de la ponderación tiene tres elementos: a) la ley de la ponderación, b) la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. La ley de la ponderación se concreta así: “cuando mayor es el grado de la no satisfacción de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”, y se desarrolla a través de tres variables: 1) El grado de afectación de los principios en el caso concreto, 2) el peso abstracto de los principios relevantes y 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas. Alexy además asigna un valor numérico a las variables en cuanto a leve, medio e intenso en cuanto a la afectación del principios y seguras, plausibles y no evidentemente falsas en cuanto a seguridad de las premisas. En caso de que se presente empate, entrarían en juego las cargas de la argumentación .

Sin embargo, esta tesis ha sido duramente criticada por varios autores, especialmente por la utilización de la fórmula del peso, ya que la precisión que se dice alcanzar con ella es una mera ilusión, tratándose de una quimera metodológica, ya que la precisión matemática no debe ser aceptada por el razonamiento jurídico. De igual manera algunos autores señalan que la proporcionalidad es tan solo una cuidadosa formalización del intuitivismo moral.

Las respuestas a estas críticas han sido dadas por el mismo Alexy con base en los siguientes argumentos: a) Si la ponderación fuera una concepción de tipo formal la utilización de la fórmula matemática sería inapropiada, pero como se basa en una concepción material, por tanto es más importante lo sustancial de los derechos constitucionales, b) La proporcionalidad es una estructura compleja que debe ayudar a concretar para sacar conclusiones efectivas y coherentes, c)

La fórmula del peso no es utilizada por los Tribunales Constitucionales, ya que lo asimila a las imperfecciones de un ojo, las cuales solo se pueden ver a través del microscopio, pero sólo debe ser visualizada por el médico, ya que para los demás sería inaprehensible, razón por la cual dichas altas cortes utilizan un lenguaje corriente para que la comunidad en general lo entienda, se trata de un elemento analítico, que ayuda a la aplicación correcta del derecho, d) En cierta medida, la proporcionalidad vincula la concepción formal y la material, superando las limitaciones de cada una de ellas, ya que la fórmula del peso se relacionan con la argumentación y los argumentos con la identificación de una gradación respectiva, en ambos casos se justifica, y e) Los números son utilizados como instrumentos de medición, y en este caso, representan variables de peso: leve, grave y moderado, razón por la cual estas deben ser justificadas al asignar un determinado valor, tratándose pues de proposiciones que se clasifican según el grado asignado.

Cabe destacar que los números han sido aplicados en otros campos del derecho, como en el derecho penal cuando dependiendo el grado de culpabilidad, se identifican los cuartos de la pena a imponer, y a partir de ellos se establece la pena y se justifica de manera detallada, así como el tiempo de la rehabilitación. Aunado a lo anterior, la matemática se utiliza en otras áreas del derecho como el derecho comercial, el derecho tributario, el derecho financiero, el derecho mercantil.

La lógica matemática, al analizar las respectivas preposiciones, coadyuva el proceso de aplicación del derecho, ya que al estudiar las propiedades y establecer relaciones entre los entes abstractos, como números, signos, figuras geométricas, entre otros, otorga más herramientas cuando se busca argumentar. La lógica como disciplina estudia la capacidad de razonamiento mientras que la lógica matemática nos brinda los métodos de razonamiento, es decir técnicas que nos permiten encontrar la validez de un argumento, o la capacidad de identificar cuando un argumento es una falacia. Un abogado capacitado en su ejercicio debe identificar y calibrar las fórmulas de su actuar judicial, y la forma de mostrar la razón por la cual se debe aceptar una decisión jurídica.

La proporcionalidad es criticada por varios autores por ejemplo Juan Antonio Amado ya que no tiene autonomía, ya que su resultado depende de la interpretación de las normas constitucionales y legales de un caso. Afirma además que cuando los Tribunales Constitucionales ponderan lo que realmente hacen es aplicar el método subsuntivo, con menor rigor argumentativo.

Pero esto se contrapone, si se analiza con detenimiento la técnica de la ponderación, ya que esto conlleva dos procedimientos: a) la ponderación en sentido estricto, por medio de la cual se pasa de principios a reglas, creando una nueva y b) se parte de esa nueva regla y se subsume en el caso concreto.

3.7.3.9.1 Existe una jerarquía entre principios? La proporcionalidad es un metaprincipio?

Para Robert Alexy el principio de proporcionalidad es un metaprincipio (Atienza, Manuel, 2010, p. 223). Sin embargo, para el ordenamiento jurídico constitucional colombiano y para el desarrollo de la presente investigación, la proporcionalidad se encuentra en el mismo lugar de los otros principios, todos los principios y derechos son de igual jerarquía, razón por la cual aquí se utilizará como método de argumentación e interpretación, como procedimiento argumentativo, no como metaprincipio, mediante el cual se analiza si un principio debe prevalecer ante otro, al que se le contraponga por tener un fin legítimo, idóneo y necesario, pero sobre todo por representar un beneficio superior en relación con el perjuicio que se cause con la restricción respectiva. El beneficio debe superar la limitación planteada, con base en razones pertinentes y que se atiendan en la medida del óptimo posible para casos concretos.

3.7.4 La excepción de inconstitucionalidad como Caso Difícil

La teoría estándar de la argumentación prevé la existencia de dos tipos de casos los fáciles y difíciles. Los primeros, “...son aquellos en los que no hay más que aplicación pura y simple del Derecho, mientras en los casos difíciles la cuestión en litigio no está determinada por los estándares jurídicos existentes; por eso, estos últimos requieren, a diferencia de los primeros, una labor interpretativa” (Atienza, 2010, p. 240), ya que existen dudas con respecto a la premisa normativa, a la premisa fáctica o a ambas.

Así las cosas, en los casos fáciles lo que se utiliza es la deducción, el silogismo judicial, es decir la subsunción de unos hechos determinados hechos en una regla, “...no controvertible a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo de que se trate (Atienza y Ruiz Manero, 1996, pp.22 y 23); en los difíciles, debe acudir adicionalmente a la razón práctica, debiendo acudir a otros preceptos argumentativos. Esta distinción sin embargo no

ha sido aceptada por algunos tratadistas. Pablo Navarro establece que un caso difícil es el que reúne las siguientes características:

- “a. No hay una respuesta correcta a C.
- b. Las formulaciones normativas son ambiguas y/o los conceptos que expresan son vagos, poseen textura abierta, etc.
- c. El Derecho es incompleto o inconsistente.
- d. No hay consenso acerca de la resolución de C en la comunidad de juristas.
- e. C no es un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley.
- f. C no es un caso fácil y es decidible solamente sopesando disposiciones jurídicas en conflicto, mediante argumentos no deductivos.
- g. Requiere para su solución de un razonamiento basado en principios.
- h. La solución de C involucra necesariamente a juicios morales” (Navarro, 1993, p. 252-3).

Para Ronald Dworkin un caso difícil se presenta cuando “... una cuestión jurídica no tiene respuesta correcta en nuestro sistema jurídico (y, cabe generalizar, en los Derechos de los Estados democráticos) pueden ser mucho más raras de lo que generalmente se supone...” (Dworkin, 1984, p. 119). Para Dworkin la distinción entre casos fáciles y difíciles no es clara ni importante, lo importante que es todos los casos poseen una respuesta correcta. Barak establece en cambio, que los casos difíciles tienen varias respuestas correctas, de tal manera que el juez de manera limitada debe ejercer la discrecionalidad, indicando que solo hay lugar a una solución jurídica, al decir “Cualquier jurista que pertenezca a la comunidad jurídica de que hemos hablado llegará a esta conclusión –de que sólo hay una solución jurídica-, de manera que si el juez fuera a decidir de otra forma, la reacción de la comunidad sería que ha cometido un error (...) En todos estos (...), después de un balance y sopesamiento consciente –que a veces requiere un esfuerzo coordinado y serio- y en el marco de las reglas acertadas todo jurista versado llegara a la conclusión de que sólo existe una posibilidad y de que no hay discreción judicial (Barak, 1987, p. 39-40). Posner a su vez, acepta la división entre casos difíciles y casos fáciles, pero indica que en los difíciles no se puede decidir de manera metódica a través de los métodos del razonamiento jurídico, razón por la cual

debe acudir a la policía, a los valores o a la opinión pública, con lo cual el juez podrá llegar a una decisión que pueda demostrar como correcta.

Adicional a lo anterior, también se han establecido los denominados casos trágicos, es decir aquellos que no tienen una respuesta correcta, “no cabe encontrar ninguna solución (jurídica) que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral” (Atienza, 1991, p. 101)

En los casos difíciles se presenta una contraposición entre principios, que ha de resolverse mediante la ponderación, mediante la cual estos se sopesan y se logra un punto de equilibrio óptimo

Atienza, manifiesta que para resolver casos difíciles los jueces han seguido los siguientes criterios cuando exponen sus razones: lógico, universalización, coherencia, consecuencias, referencias a la moralidad social y crítica y la razonabilidad.

La aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, debe dársele el tratamiento de caso difícil, ya que se trata de la aplicación de un principio o valor constitucional de manera directa para la protección de derechos fundamentales, dejando de lado la aplicación de una ley.

En este caso se trataría de conflicto entre un principio y una regla establecida en una norma vigente, pero la cual tiene como génesis un principio, con el cual se pueda ponderar. Denótese que esta descripción se encaja perfectamente en las características establecidas en para los casos difíciles, específicamente los numerales d a h, de conformidad con lo siguiente:

Tabla 4. Características Caso Difícil Excepción de Inconstitucionalidad

Característica	Concepto
No hay consenso acerca de la resolución de C en la comunidad de juristas	En Colombia existe el control difuso de constitucionalidad, y por tanto se da la posibilidad de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad. Sin embargo, el objeto, alcance y uso de la figura ha sido diferente el tratamiento dado por las altas cortes, como quedo explicado en el capítulo primero.

C no es un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley.	La utilización de la excepción de inconstitucionalidad en Colombia es esporádica, situación que ha sido reconocida por la Corte Constitucional, especialmente a través de los pronunciamientos derivados de la Sentencia T-760 de 2008 y T-025 de 2004.
C no es un caso fácil y es decidible solamente sopesando disposiciones jurídicas en conflicto, mediante argumentos no deductivos.	Con el fin de inaplicar una norma legal y aplicar de manera directa los postulados de la Carta Política, no se puede acudir a la subsunción en razón a las características propias de las normas constitucionales.
Requiere para su solución de un razonamiento basado en principios.	La ponderación es el método utilizado para solucionar las problemáticas que se presenten entre principios constitucionales.
La solución de C involucra necesariamente a juicios morales	Debe analizarse la situación del caso concreto de manera integral, en cuestiones conceptuales, fácticas o normativas, los cuales son relevantes para la obtención de la solución respectiva.

Fuente: elaboración propia.

3.7.5 Desarrollo de la técnica de la proporcionalidad

En este punto es importante reiterar el alcance que en Colombia se ha dado a la proporcionalidad, en la que como se mencionó, existen intereses contrapuestos, donde uno prevalece sobre el otro, sin que se elimine alguno de forma definitiva. La Corte Constitucional Colombiana, con el paso del tiempo ha desarrollado el concepto y los alcances de la técnica de la proporcionalidad, hasta el punto de hablar actualmente de la técnica del sistema mixto, refiriéndose a una confluencia del sistema norteamericano y el sistema continental europeo, como se describe de manera detallada en el siguiente acápite.

La proporcionalidad logra superar el método gramatical, el histórico y el sistemático, tratando que el juez investigue la coalición de intereses que se encuentra en cada norma. Se hablan de dos clases de proporcionalidad la cerrada, donde la interpretación ya la hizo el legislador y el juez debe descubrirla para aplicarla a casos nuevos, y la proporcionalidad abierta donde el juez tiene la potestad de realizar una ponderación fresca como si fuera el mismo legislador.

La utilización del principio de proporcionalidad se ha concluido jurisprudencialmente de varios artículos de la Carta Política. Corte Constitucional ha señalado que el principio de la proporcionalidad ha sido deducido jurisprudencialmente de los artículos 1º (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales)... (Corte Constitucional, Sentencia C-118, 1996) (Corte Constitucional, Sentencia C-070, 1996)”. El artículo 2º de la Constitución, especialmente consagra lo siguiente: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y **garantizar la efectividad de los principios**, derechos y deberes consagrados en la Constitución;...” (Negrilla fuera del texto, Const, 1991, art. 2º), concluyendo que uno de los fines esenciales del Estado es el de “garantizar la efectividad de los principios”, lo que significa que los jueces son los encargados de materializar la prevalencia de los principios y esto conlleva a la concreción de la justicia.

El principio de proporcionalidad estructura el principio interpretativo del contenido y alcance de los derechos fundamentales y sirve de herramienta para el control de constitucionalidad de las leyes, lo cual se entiende con mayor facilidad si se comprende la estructura de los derechos fundamentales. Para Robert Alexy los derechos fundamentales se estructuran sobre la base de tres conceptos: disposiciones, normas y posiciones de derecho fundamental. (Bernal Pulido, 2005, p. 37)

El principio de proporcionalidad estructura una para la interpretación del contenido y alcance de los derechos fundamentales y sirven como herramienta para el control de constitucionalidad de las leyes. Este principio, será más comprendido si se verifica la estructura de los derechos fundamentales, los cuales tienen tres componentes: las disposiciones, las normas y las

posiciones de derecho fundamental al decir del tratadista Carlos Bernal Pulido, retomando los conceptos dados por Robert Alexy.

Las disposiciones hacen referencia a los enunciados que tipifican los derechos fundamentales, tienen un elevado grado de indeterminación normativa, razón por la cual se le pueden adscribir multiplicidad de normas de derecho fundamental. Las normas son el conjunto de significados prescriptivos de disposiciones de derecho fundamental, donde especifican lo ordenado, prohibido o permitido, o atribuyen a un sujeto una competencia de derecho fundamental, indicando el deber ser de las disposiciones.

Finalmente, las posiciones de derecho fundamental son relaciones jurídicas entre los individuos o entre los individuos y el Estado. Se habla pues de un sujeto activo, un sujeto pasivo y una conducta: acción- omisión, endilgando un derecho y un deber. En consecuencia de lo anterior, se hablan de derechos de defensa, que implican una no intromisión del Estado; unos derechos prestacionales que exigen una acción positiva por parte del Estado y las garantías institucionales por medio de las cuales se endilga a los poderes del Estado la abstención de algo, por ejemplo, no eliminar una institución.

Existe un nexo de implicación entre las posiciones y las normas, descrito por Alexy en los siguientes términos: “Si un derecho existe, debe haber una norma que garantice la existencia de ese derecho” (Alexy, 2000, p. 12). Lo que ya había sido expresado por Kelsen en los siguientes términos “el nexo de implicación necesario entre el deber de un sujeto en relación jurídica y la norma jurídica que lo tipifica *“un individuo esta jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción”*. (Kelsen, 1993, p. 121)

De lo anterior se colige que las normas constitucionales que establecen la protección de derechos fundamentales, debe utilizarse la técnica de la proporcionalidad, ya que esta clase de normas debe aplicarse de manera directa a través de la concreción de normas adscritas, como lo veremos en el siguiente acápite.

El principio de proporcionalidad ha sido incluido en el artículo 52.1. de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea así: “Sólo se podrá introducir limitaciones (a los Derechos Fundamentales garantizados por la Carta) respetando el principio de proporcionalidad,

cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

Para el tratadista Carlos Bernal Pulido, indica que “El principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, o ponderación en sentido estricto. (Alexy, 1997, p. 240)

No debe confundirse las acepciones proporcionalidad y ponderación. La proporcionalidad está conformada por los tres principios señalados anteriormente, donde el tercero hace referencia a la ponderación en sentido estricto. A su vez, la técnica de ponderación en sentido amplio se desarrolla por medio de tres “juicios” o fases de examen a saber: i) ley de la ponderación; ii) fórmula del peso; y, iii) respeto a las cargas de la argumentación. Dependiendo la clase de situación que se presente se utilizará el método de proporcionalidad o ponderación ambos en sentido amplio, como se explicará en numeral siguiente.

Se puede discernir que el uso que la Corte Constitucional le ha dado a la proporcionalidad (bajo su acepción en sentido amplio), ha estado marcado por una enorme dinámica producto del debate y la productiva deliberación de las diferentes tendencias y corrientes de pensamiento (representadas en los magistrados que integraron e integran la Corporación), que poco a poco van consolidando una doctrina constitucional sobre la materia la cual en la actualidad, reconoce en la proporcionalidad como una técnica autónoma y eficaz para solventar las colisiones de los principios y lograr una mayor solidez tanto hermenéutica como argumentativa.

A nivel internacional, países como Alemania, España, Argentina y México, entre otros, han utilizado el principio de proporcionalidad para ponderar los principios en colisión cuando los mismos se enfrentan y tienen igual validez para solucionar un determinado caso.

“...Al respecto, cabe señalar que la doctrina europea ha venido considerando, desde principios de los años sesenta, y posteriormente seguida por diversos tribunales constitucionales de ese continente, que el principio de proporcionalidad comprende tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El primero se refiere a que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; el segundo, que la medida legislativa debe ser lo más benigna posible con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para

contribuir a alcanzar el objetivo propuesto, y la tercera, alude a que la intervención en el derecho fundamental intervenido deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general. Otros autores como Carl Heymanns, prefieren referirse a la “interdicción de exceso y de defecto”, la cual estaría compuesta a su vez por dos subprincipios: el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, dentro de las cuales se consideran implícitas las exigencias establecidas por el subprincipio de idoneidad...”. (Corte Constitucional, Sentencia C-872, 2003). “En los últimos años, el principio de proporcionalidad está adquiriendo un creciente protagonismo en la jurisprudencia y doctrina españoles. Tratándose de un principio general de Derecho vinculado tradicionalmente a la idea de justicia y que históricamente se ha ido consolidando de forma progresiva en los ámbitos del Derecho penal, del Derecho de policía y, con carácter general, de los derechos fundamentales, es evidente que este auge del principio de proporcionalidad no se debe a su mera utilización por parte de los diferentes operadores jurídicos. La principal novedad de los últimos años radica, en cambio, en el intento del Tribunal Constitucional español de formalizar este principio, es decir, de llenarlo de contenido mediante diversos criterios que permitan disminuir, en la medida de lo posible, su indeterminación. En este sentido la utilización formal a partir de mediados de la década de los noventa del test alemán de proporcionalidad, esto es, de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, ha convertido a este principio en uno de los protagonistas de la jurisprudencia constitucional de los últimos años. Como suele suceder en los países que tienen en el Tribunal Constitucional a uno de los principales precursores de su dogmática jurídica, ello se ha traducido en un considerable aumento del interés doctrinal por este principio” (González Beilfuss, 2006, p. 3 y ss)

“En Alemania, la formulación del principio de proporcionalidad se debe en gran medida al Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). Si bien al comienzo este tribunal tan sólo utilizaba este principio de forma puntual y sin darle consecuencias sistemáticas, a finales de los años cincuenta se empieza a considerar el principio de proporcionalidad como una máxima constitucional que debe ser respetada por los poderes del estado (legislativo, judicial y ejecutivo) y, por tanto, también por el legislador penal. La jurisprudencia del BVerfG lo considera implícito en la configuración del Estado como un Estado de Derecho... Para la doctrina alemana el principio de proporcionalidad es parte del postulado de justicia...” (Ramos Tapia & Woischnik)
http://www.kas.de/db_files/dokumente/7_dokument_dok_pdf_8332_1.pdf

3.7.5.1 Técnica de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana⁴

La técnica de proporcionalidad adoptada por la Corte Constitucional como método de interpretación de la misma, ha sufrido variaciones con el transcurso del tiempo, en razón a la madurez adquirida por la técnica, que se expresan especialmente con las diversas metodologías y criterios. Para el tratadista Edgar Quiroga Natale, existen cuatro momentos evolutivos aproximados, respondiendo a las tesis mayoritarias:

3.7.5.1.1 Aproximación a los criterios de racionalidad y razonabilidad

En las primeras sentencias en las cuales la Corte comienza a adoptar la técnica de proporcionalidad para resolver tanto casos de control concreto y abstracto, se advierte una especial preocupación por vincular al concepto de proporcionalidad criterios tanto de racionalidad como de razonabilidad para evaluar la legitimidad constitucional de los instrumentos de intervención bajo examen y/o la procedencia o no de un amparo tutelar.

No es ya admisible atender a criterios formalistas, sino que debe satisfacer, como lo dice (Recasens Sitges, 2003), la lógica de lo razonable entendida como la lógica de lo humano: “Por de pronto, ahora empezamos a otear un campo de la razón, diferente al campo de lo racional, a saber: empezamos a vislumbrar en campo de lo razonable como otro de los sectores de la razón. Creo que esta palabra lo razonable es muy expresiva para designar en ámbito y la índole de lo que podríamos denominar también el logos de lo humano... o de la razón vital e histórica”. (Recaséns, 1975, p. 663)

Una providencia que devela la especial importancia que la Corte otorga a los conceptos de racionalidad y razonabilidad, es la sentencia T-330 de 1993 en donde estudiando el caso de una profesora a la que el Ministerio de Educación Nacional le negó una petición de traslado de su lugar

⁴ Este acápite está basado en el libro “Interpretación Constitucional” del PhD. Edgar Quiroga Natale, donde se hace un estado del arte de la proporcionalidad, señalando la evolución de la aplicación de la misma por parte de la Corte Constitucional de Colombia.

de trabajo al sitio donde se domiciliaba (a pesar de sufrir un cáncer que le impedía realizar desplazamientos largos y continuos), la Corporación arriba a las conclusiones a partir de un estudio en términos de racionalidad y razonabilidad jurídica de los criterios de diferenciación y discriminación así:

“(…) Por esta vía se transita hacia la distinción entre discriminación y diferenciación, que es el elemento fundamental para calibrar el alcance del principio de igualdad. Dicho principio, en efecto, veta la discriminación, pero no excluye que los poderes públicos otorguen tratamientos diversos a situaciones distintas -la diferenciación-. El artículo 13 de la Constitución no prohíbe, pues, tratamientos diferentes a situaciones de hecho distintas. La distinción entre discriminación y diferenciación viene, a su vez, determinada porque la primera es injustificada y no razonable. Discriminación es, por tanto, una diferencia de tratamiento no justificada ni razonable, o sea arbitraria, y solo esa conducta está constitucionalmente vetada. A contrario sensu, es dable realizar diferenciaciones cuando tengan una base objetiva y razonable (...) (Corte Constitucional, Sentencia T-330, 1993)

La Corte Constitucional indica que una interpretación literal de una norma no puede conducir a absurdos o efectos diferentes a los buscados por la propia disposición, “es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. El intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática - finalística”. (Corte Constitucional, Sentencia C-011, 1994)

En la sentencia T-422 de 1992, se asume el principio de proporcionalidad en los siguientes términos:

“(…)15. De otra parte, los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir su carácter de legitimidad.

El principio de proporcionalidad busca que la medida no solo tenga un fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo.

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

De esta forma, la comunidad queda resguardada de los excesos o abusos de poder que podrían provenir del empleo indiscriminado de la facultad legislativa o de la discrecionalidad atribuida a la administración(...)” (Corte Constitucional, Sentencia T-422, 1992).

Mediante sentencia C-530 de 1993, la Corte ahonda en los supuestos analíticos para determinar los criterios de restricción a la actividad reguladora del Estado en tratándose del principio de igualdad, en los siguientes términos:

“...El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta permite conferir un trato distinto a diferentes personas siempre que se den las siguientes condiciones: que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad; que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; que el supuesto de hecho -esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga- sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican.

(...)

La razonabilidad hace relación a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad. La racionalidad, en cambio, expresa el ejercicio de la razón como regla y medida de los actos humanos.

Es, simplemente, producto de la esencia racional del ser humano. Por lo anterior es posible afirmar que no es improbable que se presente la eventualidad de que un trato desigual "racional" - el supuesto de hecho, el trato desigual y la finalidad sean coherentes entre sí- no sea "razonable", porque la finalidad perseguida no es constitucionalmente admisible, como tampoco cabe desechar que unos supuestos de hecho distintos con una estructura razonable sea objeto de una diferenciación irracional...” (Corte Constitucional, Sentencia C-530, 1993).

También debe realizarse un análisis de racionalidad y razonabilidad de la situación fáctica respectiva, con el fin de lograr la coherencia en la aplicación normativa y el sistema de fuentes, como se evidencia en la sentencia Sentencia T-124 (1993):

(...) La labor interpretativa del juez se resalta en lo referente al campo de aplicación de los derechos fundamentales que consagra la Carta, y le sitúa en la necesidad de hacer un análisis crítico y razonable de las situaciones fácticas, con el fin de dar una coherencia racional entre lo que expone la Constitución y lo que expresa el ponente en los hechos, lo cual señala su situación particular. Al juez de tutela le corresponde llevar la justicia a los hechos dentro de los parámetros determinados en la Constitución Política; de esta manera le da dinamismo al derecho y busca plasmar en cada fallo el consenso de la sociedad frente al ordenamiento jurídico. Se impone pues, frente al concepto que reduce el derecho a una mera técnica de aplicación abstracta de las normas. Es quien debe desentrañar el contenido material de los derechos fundamentales y procurar su eficacia con base en los límites antes aludidos. Es sobre los criterios de valor legítimamente que debe recaer su sentencia. Esto porque dichos derechos no sólo tienen el carácter de normas jurídicas en su pleno sentido, sino que son también valores que deben orientar el ejercicio de la autoridad (...). (Corte Constitucional, T-124, 1993)

De lo anterior se colige que “en esta primera etapa la Corte Constitucional en punto de desarrollar los presupuestos y criterios analíticos para aplicar la proporcionalidad, se centra en los conceptos de racionalidad y razonabilidad con el fin de lograr coherencia interna en la construcción de los argumentos que edificarían a posteriori el uso extensivo de la técnica”. (Quiroga Natale, 2016, p. 119 y ss)

3.7.5.2 Aplicación de la proporcionalidad mediante la adopción del sistema norteamericano.

Etapa en que se da preponderancia a la utilización del modelo norteamericano de los escrutinios racionales, aproximadamente durante los años 1994 y 2001, sin desconocer la aplicación también del modelo continental europeo de la razonabilidad.

La Corte Suprema de los Estados empieza un desarrollo de líneas jurisprudenciales en las que realizaba ponderaciones abiertas de intereses de conflicto, pero para dicha institución se debe hablar de derechos o poderes, no de intereses. Se trataba no de un método hermenéutico, simplemente era la exposición detallada de dos derechos en colisión.

Dicha práctica se fue decantando, hasta conformar una metodología abierta de interpretación en donde se debía: identificar el fin y objetivo de la norma; la legitimidad de dicho

fin; establecer que la norma es el medio adecuado para conseguir el fin, y de que éste no sea aparente y el fin buscado debe tener un peso suficiente para justificar la limitación de los derechos en contradicción. A éste método se denominó test de razonabilidad, el cual se utilizó inicialmente para balanceo de derechos económicos, posteriormente para el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la igualdad. La utilización del test de razonabilidad origino la inconstitucionalidad de varias normas, a través de la aplicación estricta y rigurosa del mismo. Sin embargo, a partir del año 1938, la Corte indicará que no se trata de un análisis extremadamente riguroso, siendo suficiente una base racional u objetivo racional.

De igual manera la experiencia judicial norteamericana nos otorga otros dos importantes aportes: la teoría de las diversas intensidades de los test y el test de igualdad.⁵ En el test de igualdad se realiza un escrutinio estricto de constitucionalidad de leyes cuando son sujetos de las mismas minorías asiladas o diferenciadas religiosas, nacionales o raciales.

La Corte Constitucional Colombiana adopta la técnica de balanceo entre intereses contrapuestos, ya sea de ley contra derechos y derechos contra derechos, a través de los test, los cuales son los siguientes:

- Test de razonabilidad, el cual revisa la legislación en caso de vulneración de un derecho constitucional.
- Test de Igualdad, se trata de una forma más rigurosa del test de razonabilidad, cuando se revisa la legislación, actos públicos y privados, con el fin sea la protección del derecho a la igualdad.
- Ponderación Concreta para el balanceo de derechos fundamentales en colisión.

El test de razonabilidad tiene tres pasos que imprimen objetividad: a) análisis del fin buscado por la medida, b) análisis del medio empleado y c) análisis de la relación entre el medio y

⁵ “en aplicación de la cláusula *equal protection*, prevista por la decimocuarta enmienda (...) se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los “escrutinios” o “test” de igualdad (estrictos, intermedios, débiles)”. Corte Constitucional. Sentencia C-673 de 2001.

el fin. Cada uno de estos pasos busca absolver diversas preguntas, según se trate de un test estricto, intermedio o leve, según el grado de intensidad.

En la Sentencia C-354/09, la Corte Constitucional establece las características de cada uno de los test de razonabilidad en los siguientes términos:

El test leve se orienta a establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado. En consecuencia, la Corte se limita, cuando el test es leve, por una parte, a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, idóneo para alcanzar el fin propuesto. La regla general en el control de constitucionalidad es la aplicación de un test leve de proporcionalidad en el examen de una medida legislativa, no obstante la Corte lo ha aplicado en casos que versan exclusivamente sobre materias a) económicas, b) tributarias, o, c) de política internacional, o, d) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, f) cuando se trata del análisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente; o, g) cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión. (Corte Constitucional, C-354, 2009).

El test intermedio de razonabilidad (Corte Constitucional, Sentencia C-673, 2001) exige un nivel de análisis mayor, por cuanto se requiere que el fin no sólo sea legítimo sino, también, constitucionalmente importante, en razón a que promueve intereses públicos valorados por la Carta o en razón a la magnitud del problema que el legislador busca resolver y que el medio, no sólo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial. La Corte ha empleado el llamado test intermedio para analizar la razonabilidad de una medida legislativa, en especial a) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o b) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia, o, c) cuando se trata de una medida de acción afirmativa.

Finalmente, en el test de razonabilidad estricto (Corte Constitucional, Sentencia C-417, 1995) (Corte Constitucional, Sentencia C-673, 2001) los elementos de análisis de la constitucionalidad son los más exigentes, en la medida en que, en desarrollo del mismo, el fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso, y el medio escogido debe ser no

sólo adecuado y efectivamente conducente, sino, además, necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, en el test estricto *sensu* se incluye, como cuarto paso, la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida deben exceder claramente las restricciones impuestas por la medida sobre otros principios y valores constitucionales. Se ha aplicado el test estricto de razonabilidad: a) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; b) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; c) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos, *prima facie*, afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental, o, d) cuando se examina una medida que crea un privilegio.

En la Sentencia C-673 de 2001, señala adicionalmente que en “Alemania se desarrolla y aplica el test de proporcionalidad de las medidas legislativas tempranamente por el Tribunal Constitucional que empezó a ejercer sus funciones en 1951; en el fallo sobre ‘droguerías’ (1958) la Corte Constitucional alemana aplica ya un test con intensidad diferencial según la importancia de los bienes en juego y el grado de intrusión de las medidas legislativas en los derechos fundamentales. Señala además que en “Francia en el Consejo Constitucional también ha aplicado un criterio de razonabilidad de las diferenciaciones a partir del objeto que la misma ley ha establecido (...) desde su decisión inicial sobre el principio de igualdad del 27 de diciembre de 1973, este ha sido el referente más frecuentemente empleado por el Consejo Constitucional (...) el juicio de razonabilidad que dicho órgano ha venido aplicando ha evolucionado hasta llegar a una formulación convencional según la cual ‘el principio de igualdad no se opone a que el legislador regle de forma diferente situaciones diferentes ni a que establezca excepciones a la igualdad siempre que, en uno u otro caso, la diferencia de tratamiento que resulte esté en relación directa con el objeto de la ley que la establece”. (Corte Constitucional, C-673, 2001). El Magistrado Ponente indica adicionalmente que en “en Italia desde 1960 la jurisprudencia constitucional ha afirmado reiteradamente que el principio de igualdad es violado cuando una ley, sin un motivo razonable, regula diferentemente la condición de aquellos que se encuentran en la misma situación”. (Corte Constitucional, C-673, 2001). Adicionalmente, indica que en Canadá también aplica el criterio de razonabilidad, la Corte Europea de Derechos Humanos que aplica el test de

proporcionalidad desde 1968 y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que también ha aplicado criterios de razonabilidad en el ámbito del principio de igualdad.

La adopción del modelo norteamericano, tiene un mayor énfasis en racionalidad de la medida, y no en la razonabilidad de la misma.

La estructura de aplicación del modelo norteamericano de los escrutinios racionales es mostrada por el tratadista Edgar Quiroga Natale, en la siguiente tabla:

Tabla 5. Interpretación Constitucional

Intensidad del Control	Fin	Medio	Relación medio - fin	Carga argumentativa aplicable
LEVE	Legítimo	Legítimo	Adecuada	<i>Indubio Pro-legislature</i>
INTERMEDIO	Legítimo Importante	Legítimo	Adecuada Conducente	Depende del Caso
ESTRICTO	Legítimo Importante Imperioso	Legítimo	Adecuada Conducente Necesaria	<i>Indubio Pro-libertate</i>

Autor: Elaboración Edgar Quiroga Natale. P. 133.

3.7.5.3 Aplicación de la proporcionalidad mediante la adopción del sistema continental-europeo.

El sistema continental europeo (Martínez Cardenas, 2011, p. 25-52), utiliza unos criterios y una metodología cercana al concepto de razonabilidad, utilizando los principios de idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto (Corte Constitucional, Sentencia C-417, 2009)

Un ejemplo de la utilización de este modelo se evidencia en la Sentencia C-022 de 1996 (Corte Constitucional, C-022, 1996), mediante la cual se indica:

"(...) La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad.

El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno

implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado.

(...)

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes(...).”

La Corte acoge nuevamente el modelo continental mediante Sentencia SU-642 de 1998, en la cual se abordan las etapas de proporcionalidad de acuerdo con lo siguiente:

“(...) Sólo aquellas limitaciones que tengan un explícito asidero en el texto constitucional y no afecten el núcleo esencial del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, son admisibles desde la perspectiva de la Carta Política. Empero, aquellas restricciones que se produzcan en la zona de penumbra del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad son susceptibles de ser controladas por el juez constitucional, quien deberá constatar, a través del denominado juicio de proporcionalidad, que éstas sean razonables y proporcionadas y, por ende, ajustadas a las normas del Estatuto Superior.

El anotado juicio consiste en establecer si la medida limitativa persigue una finalidad constitucional, si es idónea respecto del fin pretendido, si es necesaria por no existir alternativa razonable menos limitativa de la libertad e igualmente eficaz y, finalmente, si el sacrificio a la autonomía resulta adecuado y estrictamente proporcional en relación con la finalidad pretendida.

Adicionalmente, la intensidad del juicio de proporcionalidad será mayor en cuanto mayor sea la cercanía del ámbito en que se produce la restricción, con el núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad(...).” (Corte Constitucional, Sentencia SU-624, 1998)

El tratadista Carlos Bernal Pulido, desarrolla los subprincipios de conformidad con lo siguiente:

- a. El subprincipio de idoneidad es conocido también con el nombre de subprincipio de adecuación. Regla 18. *“Sobre el concepto del subprincipio de idoneidad. De acuerdo con este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Según esta definición, el subprincipio de idoneidad impone dos exigencias a toda medida de intervención en los derechos fundamentales: en primer lugar, que tenga un fin constitucionalmente legítimo y, en segundo término, que se sea idónea para favorecer su obtención”*. (Bernal Pulido, 2005a, p. 689)
- b. El subprincipio de necesidad. Regla 35. *“...toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto”*. (Bernal Pulido, 2005b, p. 736)
- c. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, o proporcionalidad en sentido estricto. Regla 48. *“...la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa”*. (Bernal Pulido, 2005c, p. 759)

Se trae a colación la estructura dada por el tratadista Quiroga Natale (2016, pág. 136), del estudio jurisprudencial realizado en aplicación en el precedente constitucional del modelo de origen continental europeo:

Tabla 6. Test de Proporcionalidad Sistema Continental Europeo

Juicio que se aplica	Contenido del juicio que se aplica
Idoneidad	Competencia, verificación de fines constitucionalmente admisibles y relación medio – fin
Necesidad	Del conjunto de instrumentos idóneos para el fin propuesto que se hay elegido el menos gravoso para los derechos intervenidos.
Proporcionalidad en estricto sentido	Relación costo – beneficio de la medida

Elaboración Edgar Quiroga Natale. Interpretación Constitucional. Pág. 136.

3.7.5.4 Aplicación de la proporcionalidad mediante la adopción del sistema mixto.

A partir del año 2001, aproximadamente la jurisprudencia de la Corte al utilizar la técnica de proporcionalidad, aplica aspectos entremezclados entre el modelo norteamericano y el modelo continental europeo, tratando de interrelacionar de manera coherente los conceptos de razonabilidad y razonabilidad, a través de un modelo híbrido denominado por la Corte “test integrado de razonabilidad”, potencializando los beneficios de ambos y disminuyendo el margen de discrecionalidad judicial.

En sentencia T-352 de 1997, se indica que:

“Combina las ventajas del análisis de proporcionalidad de la tradición europea y de los test de distinta intensidad estadounidenses (...) Implica entonces que la Corte comienza por determinar, según la naturaleza del caso, el nivel o grado de intensidad con cual se va a realizar el estudio de la igualdad, para luego adelantar los pasos subsiguientes con distintos niveles de severidad... Así, la fase de “adecuación” tendrá un análisis flexible cuando se determine la aplicación del juicio dúctil, o más exigente cuando corresponda el escrutinio estricto. Igualmente sucederá con los pasos de “indispensabilidad” y “proporcionalidad en estricto sentido”. (Corte Constitucional, T- 352, 2007).

El test integrado de razonabilidad blindará a la Corte Constitucional de ataques ante la supuesta arbitrariedad en la toma de decisiones, ya que no interrumpe de manera arbitraria la libertad de configuración legislativa del Congreso, ya que el límite de la norma precisamente está en la norma constitucional.

Teniendo en cuenta la metodología del juicio integrado de constitucionalidad, se identificarán las etapas desarrolladas por la Corte para su desarrollo, que son de manera general las siguientes: a) Identificación de los hechos que originan la problemática, b) Identificación del problema jurídico planteado, c) Identificación del test de igualdad a desarrollar, con el fin de determinar la intensidad (leve, intermedio o estricto) con que debe revisarse el caso concreto, d) Aplicación del juicio de proporcionalidad (Corte Constitucional, Sentencia C-093, 2001).

Con el fin de clarificar los aspectos mínimos de cada una de los modelos se indica a continuación:

En el modelo norteamericano, el principio de proporcionalidad se divide en los aspectos señalados a continuación para Robert Alexy: *“En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro”*. (Carbonell, 2005, p. 11-38)

El Tribunal Constitucional Alemán señaló que el principio de proporcionalidad, debe seguir de manera escalonada tres subprincipios para evaluar la injerencia estatal en las libertades de las personas: la idoneidad, la cual permite que la acción estatal o las medidas legislativas sean analizadas a la luz de la consecución de un fin legítimo; la necesidad, que identifica la medida menos lesiva para el individuo y eficaz, con la cual se permita alcanzar el mismo objetivo; y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, garantizando que se impida la no satisfacción de los derechos fundamentales, pese a la aprobación de los anteriores principios, subsista el requerimiento de afectar un derecho.

El test integrado de razonabilidad, favorece la interpretación en la medida en que, como señala Luis Prieto (Prieto Sanchís, 2008, p. 77-144), permite que las normas constitucionales se revisen *“a la luz de la necesidad y justificación de la tutela de otros derechos o principios en pugna”*; en consecuencia, no existen respuestas exactas ni estandarizadas frente a una situación de conflicto.

La sentencia Sentencia C-093 de 2001 se define el test integrado de razonabilidad, señalando que: *“(...) Un análisis elemental muestra que estos dos enfoques, lejos de ser contradictorios, son complementarios. Así, ambos pretenden determinar si el trato diferente tiene o no un fundamento objetivo y razonable, para lo cual examinan si dicho trato es o no un instrumento idóneo para alcanzar ciertos propósitos admitidos por la Constitución. Esta complementariedad explica que esta Corte, cuando ha tenido que estudiar problemas de igualdad, ha privilegiado en ocasiones el juicio de proporcionalidad mientras que en otras sentencias ha preferido recurrir a la metodología de los escrutinios de distinta intensidad(...)*”. (Corte Constitucional, Sentencia C-093, 2001).

Los postulados que desarrollan el test integrado de razonabilidad son los siguientes:

- a) *Hechos*. El artículo 89 del Decreto Ley 2737 de 1989, establece que la edad mínima para adoptar es de 25 años.

- b) *Problema Jurídico*: la exigencia de que los padres adoptantes tengan una edad mínima de 25 años vulnera o no el derecho a la igualdad y a constituir una familia, o si por el contrario ese requisito se ajusta a los preceptos constitucionales. Las inquietudes concretas planteadas fueron las siguientes:
- ¿La relación entre la edad cronológica y la madurez emocional es o no estricta, de suerte que pueden existir personas que a los 18 años sean mucho más responsables psicológicamente para enfrentar las complejas tareas de la paternidad que otros individuos de 25 años?
 - ¿Podría argumentarse que el requisito de tener 25 años no tiene un fundamento objetivo y razonable en la medida en que el legislador contaba con otra alternativa para asegurar la idoneidad de la persona adoptante?
- c) *Identificación del test de igualdad a desarrollar*: Cuando la ley establece requisitos mínimos para realizar una labor o recibir un beneficio, esa regulación está sujeta a un juicio de igualdad dúctil, mientras que deben ser consideradas problemáticas o semi-sospechosas aquellas normas que establecen límites máximos a partir de los cuales una persona es excluida de una cierta actividad o de un determinado beneficio. Estas últimas regulaciones están entonces sujetas a un escrutinio de igualdad intermedio

En este caso la norma el legislador no establece un máximo de edad para adoptar, lo cual sería sospechoso, se estipula una edad mínima a partir del cual una persona esta facultad para adoptar. Para afianzar su interpretación y la determinación de la realización de un test suave o flexible de constitucionalidad, la Corte señala de manera específica situaciones en que la Constitución le confiere al legislador la facultad de establecer la edad como criterio para ejercer determinadas acciones como edad mínima para contraer matrimonio (Const, 1991, art. 42), ciudadanía a la persona haya accedido a la mayoría de edad (Const, 1991, art. 98), estatus especial a los derechos de los niños, que no solo prevalecen sobre los de los demás sino que algunos de ellos, como la salud, son fundamentales, mientras que en el caso de los adultos no tienen ese carácter (Const, 1991, art. 44); acceder a ciertos cargos —como Presidente, Congresista, magistrado del Consejo Superior o Contralor— (Const, 1991, arts. 172, 177, 191, 255 y 267) o edad de retiro forzoso para ciertos cargos (Const, 1991, art. 233).

Con respecto a la intensidad del escrutinio, la Corte concluye que:

a) Debe usarse el *escrutinio débil o dúctil*, en aquellos campos en donde la Constitución confiere a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, una amplia libertad de apreciación y configuración, a fin de no cercene la discrecionalidad legislativa, que es protegida por la misma Constitución, de tal manera que el juez constitucional no invada las competencias propias del legislador

b) El *escrutinio estricto*, es utilizado en aquellos casos donde la Carta limita la discrecionalidad del Congreso, en consecuencia, el control del juez constitucional debe ser mayor, a fin de respetar los postulados constitucionales. Las categorías catalogadas como sospechosas por parte del Legislador que deben ser declaradas inconstitucionales por la Corte son: “(i) *se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia, a riesgo de perder su identidad;* (ii) *esas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas;* (iii) *no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales.* (iv) *Los criterios indicados en el artículo 13 deben ser considerados sospechosos, no sólo por cuanto se encuentran explícitamente señalados por el texto constitucional, sino también porque han estado históricamente asociados a prácticas discriminatorias*” (Corte Constitucional, Sentencia C-093, 2001)

Mediante Sentencia C-445 de 1995, establece la necesidad de realizar un escrutinio riguroso “*Cuando la ley limita el goce de un derecho constitucional a un determinado grupo de personas, puesto que la Carta indica que todas las personas tienen derecho a una igual protección de sus derechos y libertades (CP art. 13). De otro lado, cuando el Congreso utiliza como elemento de diferenciación un criterio prohibido o sospechoso, como la raza, pues la Constitución y los tratados de derechos humanos excluyen el uso de esas categorías (CP art. 13). En tercer término, cuando la Carta señala mandatos específicos de igualdad, como sucede con la equiparación entre todas las confesiones religiosas (CP art, 19), pues en esos eventos, la libertad de configuración del Legislador se ve menguada. Cuando la regulación afecta a poblaciones que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta ya que éstas ameritan una especial protección del Estado*”. (Corte Constitucional, C-445, 1995).

En el caso *sub examine*, se concluye que la edad no es un criterio sospechoso, ya que la madurez de una persona y su condición física tienen relaciones directas con la edad; razón por la cual no debe darse el mismo margen de autonomía a un menor que a un adulto, tal y como la Corte lo ha reconocido en numerosas ocasiones. Por otra parte, ni el artículo 13 de la Carta, ni ninguno de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, ni la Declaración Universal, ni la Declaración Americana, ni la Convención Interamericana, ni los pactos de derechos humanos de Naciones Unidas, establecen que la edad sea un criterio prohibido para establecer distinciones entre las personas.

En cuanto al *escrutinio intermedio*, la jurisprudencia hace una comparación entre el test leve y el intermedio en los siguientes términos: “procede la aplicación de un test leve cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión, mientras que el test intermedio procede cuando la medida prima facie genera serias dudas respecto de la afectación del goce de un derecho fundamental” (Corte Constitucional, Sentencia C-401, 2013)

- d) *Aplicación del juicio de proporcionalidad*: Este se concreta en el análisis de la idoneidad donde se analiza si la medida (Edad mínima de 25 años para adoptar) en torno al fin perseguido (derecho del menor a tener una familia). Del análisis constitucional realizado se establece el derecho constitucional a tener una familia, no así del derecho a adoptar, ni implícita ni explícitamente.

Para la Corte, ante la inexistencia de un derecho constitucional a adoptar debe el legislador proteger el derecho constitucional de todos a tener una familia, recordando que el menor de edad debe ser protegido por el Estado precisamente porque carece de ella, y este debe establecer medidas que conlleven a revelar la idoneidad de quienes aspiran a constituir una familia, de lo que se concluye que la edad como requisito para adoptar se orienta a materializar la idoneidad financiera y emocional de quienes quieran adoptar. La adopción pretende que el menor que no tiene padres tenga la posibilidad de tener una familia, protegiendo los derechos de los niños, cuyos derechos son prioritarios.

La Corte en desarrollo de la sentencia C-093 de 2001, culmina su argumentación diciendo que *“La adopción no pretende primariamente que quienes carecen de un hijo puedan llegar a tenerlo sino sobre todo que el menor que no tiene padres pueda llegar a ser parte de una familia (...) La adopción es entonces un mecanismo que intenta materializar el derecho del menor a tener una familia, y por ello toda la institución está estructurada en torno al interés superior del niño, cuyos derechos prevalecen sobre aquellos de los demás”*. (Corte Constitucional, C-093, 2001)

En cuanto a la necesidad indica que la medida idónea para alcanzar el fin propuesto, porque cumple la función de asegurar la formación integral del menor y de los padres adoptantes.

En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto señala que (i) la edad de una persona constituye un factor relevante para garantizar la adecuada relación paterno filial; (ii) no es aconsejable que una persona muy joven adopte a un menor por cuanto las posibilidades de realización, tanto del hijo adoptivo como de la pareja, resultan disminuidas; (iii) fijar una edad mínima de 25 años para adoptar asegura mejores condiciones y una mayor madurez para la paternidad y a su vez minimiza los riesgos de inestabilidad para la nueva familia.

De lo anterior se colige que el test integrado de constitucionalidad hace una interpretación extensiva, de la cual se concluye: (i) que el legislador podía establecer la edad como requisito de diferenciación para adoptar sin que la determinación de 25 años como edad mínima constituyera una categoría sospechosa; (ii) que no existe un derecho constitucional fundamental a adoptar mientras que sí existe un derecho fundamental a tener una familia, con lo cual se materializa el respeto a la actividad legislativa y se estudia la razonabilidad y racionalidad de la medida.

El test integrado de constitucionalidad es desarrollado nuevamente, mediante Sentencia C-452 de 2005, mediante la cual se analiza la constitucionalidad de las normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones; artículo 8, ya que establece la edad de 35 años para ser miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil, lo cual viola los derechos constitucionales a la igualdad y el derecho al trabajo.

La Corte decide declarar la exequibilidad de la norma, ya que la edad mínima de 35 años es constitucional porque se encuadra dentro de la libertad de configuración del legislador, sin vulnerar el derecho a la igualdad ni establece discriminación alguna, pues: (i) se persigue una

finalidad legítima, cual es la búsqueda de personal más calificado para desempeñar funciones públicas; (ii) la edad ha sido encontrada por la jurisprudencia de esta corporación como un medio adecuado para conseguir tal fin y (iii) tal medio es razonable y proporcionado.

En uso del juicio integrado de constitucionalidad, la Corte concluye que: *“Tanto el derecho a la igualdad como el derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, artículo 40 numeral 7 constitucional, no implican que todo ciudadano, independientemente de sus calidades, pueda ser elegido para ejercer el cargo, ya que sólo pueden serlo aquellos que reúnan las calidades exigidas por la misma Constitución o por la ley para ejercer el respectivo cargo o función...los fines de la función administrativa (art. 209 constitucional) se puede deducir que es plenamente legítimo buscar un personal altamente calificado para el desempeño de cargos de alto rango en la estructura del poder público, en particular, para el ejercicio de la labor de los miembros de la Comisión Nacional de Servicio Civil”*. (Corte Constitucional, Sentencia C-452, 2005)

Otro ejemplo que devela la actual utilización del test integrado de razonabilidad adoptado por la Corte, es la Sentencia C-726 (2014) donde se estudió la constitucionalidad de los artículos 419 y 421 del código general del proceso respecto a la presunta violación de los mismos al principio de igualdad, pues el proceso monitorio al parecer carecía de una estructura bilateral, no es objeto de recursos y no se escucha a la parte demandada. Teniendo en cuenta que en relación con las materias procesales el legislador dispone de un amplio margen de configuración normativa, se utilizó un test débil o dúctil. Con respecto a la proporcionalidad indica que *“...la regulación acusada persigue una finalidad constitucionalmente legítima, como es la de facilitar el acceso a la justicia, particularmente en relación con controversias de mínima cuantía, y de otra, que pese a que en este caso se haya invertido la secuencia que usualmente tienen los procesos judiciales, existen en la normatividad acusada suficientes garantías del derecho de defensa del demandado, entre ellas la imposibilidad de notificarle a través de curador ad litem, o la regla según la cual, en caso de oposición fundada por parte del demandado, el proceso se transforma en un trámite declarativo (proceso verbal sumario), dentro del cual aquél podría ejercer plenamente su derecho de defensa. Por ello concluyó que la aplicación de estas normas no rompe la igualdad entre las partes procesales, ni tampoco lesiona el debido proceso, como en este caso se alegó, razón por la cual estas normas resultan exequibles (...)*. (Corte Constitucional, Sentencia C-726, 2014).

El tratadista Quiroga Natale (2016, p. 140), indica que el test integrado de razonabilidad, se articula de la siguiente manera:

Tabla 7. Articulación del test integrado de razonabilidad.

Escrutinio Racional	Nivel de Aplicación de la Proporcionalidad
Leve	Idoneidad
Intermedio	Idoneidad Necesidad
Estricto	Idoneidad Necesidad Proporcionalidad en estricto sentido

Elaboración Edgar Quiroga Natale. Interpretación Constitucional. Pág. 140.

Sin embargo, no nos encontramos de acuerdo con el tratadista, ya que del análisis jurisprudencial mencionado se verifica que en cada uno de los test de escrutinios norteamericanos realizado, se ahonda en el análisis de los tres subprincipios de la proporcionalidad. Se recalca que el máximo intérprete constitucional ha utilizado en forma indistinta los diferentes modelos de la técnica de la proporcionalidad, así como del test integrado de razonabilidad.

3.7.5.5 Uso de la técnica de ponderación (en sentido amplio) en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana

La técnica de la ponderación en “en sentido amplio”, ha sido desarrollada por etapas al decir de Manuel Cepeda Espinosa, de manera escalonada , ellas son: *la etapa de ingreso, la etapa de posicionamiento y la etapa de consolidación*” (Corte Constitucional, Sentencia C-673, 2001). A continuación se indicarán las características de cada una de ellas:

3.7.5.5.1 Fase de ingreso (1992–1993):

En la etapa inicial, en los primeros dos años de actividad de la Corte, la ponderación se vislumbra como método de argumentación constitucional, a través de una evaluación comparativa, donde el juez sopesa coaliciones entre principios en un caso concreto, utilizando el concepto de “sopesar”, “balanceo” o “equilibrio” como sinónimo de ponderar, para justificar la asignación de pesos a uno u otro derecho en el extremo de la colisión. *“En estas primeras decisiones, la ponderación asumió la forma de una evaluación comparativa de intereses, objetivos, valores, o*

principios que entraban en conflicto en situaciones concretas (...) pero sin una estructura metodológica clara, ni en la aplicación de criterios analíticos consistentes” (Corte Constitucional, Sentencia C-673, 2001).

Como ejemplos de esta etapa tenemos las siguientes sentencias:

- Sentencia T-466 (1992), en la cual la Corte Constitucional sostuvo: “(...) Por tanto, el conflicto entre el derecho a la recreación y el derecho a la tranquilidad de la comunidad debe ser resuelto, en principio mediante alternativas concretas que permitan la coexistencia y efectividad de ambos derechos. Con todo, cuando el conflicto sea insoluble y los titulares del derecho a la recreación sean los niños, éste habrá de prevalecer sobre la tranquilidad, siempre que su ejercicio no esté acompañado de abusos objetivamente intolerables, según los usos y costumbres lugareños en materia de relaciones de vecindad(...)”. (Corte Constitucional, T- 466, 1992).
- Sentencia de Tutela no 080/93 (1993), donde se plantea: “(...) En la solución del conflicto entre la libertad de informar y la protección de la personalidad, el juez de tutela debe partir de la consagración constitucional de ambos derechos, elementos esenciales de un orden democrático, los cuales, por ello, deben ser sopesados según las circunstancias concretas del caso para poder concluir sobre su orden de prevalencia. (...).(Corte Constitucional, T-080, 1993).

Los deberes y responsabilidades inherentes al ejercicio de las libertades de expresión e información en una sociedad democrática no permiten el desconocimiento de la protección constitucional a la honra y al buen nombre de la persona, derechos derivados del principio de la dignidad humana (Const, 1991, art.1). Si el ejercicio de la libertad de expresión lesiona la reputación de otra persona ello puede comprometer la responsabilidad civil o penal del periodista y, al mismo tiempo, hace nacer a su cargo la obligación constitucional de rectificar.

No obstante, si el ejercicio de la crítica -en ocasiones mediante expresiones descalificadoras o insultantes- va dirigida a personas que llevan una vida pública, el ámbito de protección de la honra y el buen nombre se disminuye por existir un interés público relevante y ser

exigible a dichas personas un mayor grado de tolerancia frente al cuestionamiento típico de la controversia política (...). (Corte Constitucional, Sentencia T 080, 1993)

3.7.5.5.2 Fase de posicionamiento (1994-2001):

En la segunda etapa, se presenta un debate acerca del papel de la ponderación en el ordenamiento jurídico colombiano, a través del análisis de dicha figura, evidenciando una notoria división en el consenso de varias sentencias en las que existió un alto número de aclaraciones y salvamentos de voto (Corte Constitucional, C- 133, 1994). Se identifican dos posiciones: a) conservadora, que niega la posibilidad de acoger la ponderación como la técnica para solucionar la colisión de principios en un caso concreto, ya que esto es función del legislador, en desarrollo del principio democrático y b) liberal, que identifica a la ponderación como el método idóneo para solucionar las colisiones de principios en el caso concreto, como “máximas de optimización”, estructurando la independencia y autonomía de la técnica.

Se presentan cuatro tendencias establecidas por la Corte, respecto del valor, alcance, contenido y límites que debe tener la ponderación: *“La primera excluye por completo la ponderación considerándola como una esfera funcional al legislador. Se argumenta que es el equivalente de una evaluación de compromisos entre intereses eminentemente políticos. (...), la segunda admite que la ponderación es uno de los métodos posibles para llegar a una decisión, pero restringe su aplicación a los casos específicos donde la Constitución misma prevé explícitamente la posibilidad de una colisión (...). La tercera posición considera que la ponderación es el método más apropiado para resolver los problemas relativos al ámbito de aplicación y los límites de todos los derechos constitucionales fundamentales. La cuarta posición extiende la aplicabilidad de la ponderación a otros problemas jurídicos constitucionales, incluso a aquellos relacionados con el ejercicio de funciones públicas y con el procedimiento legislativo, por medio de la inferencia de principios generales a partir de reglas constitucionales específicas, y de la ponderación de dichos principios, en lugar de la aplicación de las reglas en cuestión”.* (Cepeda Espinosa, 2008, p. 141)

Manuel Cepeda Espinosa, explica el debate suscitado al interior de la Corte Constitucional en el caso de la penalización del aborto, con los siguientes argumentos: *“(i) Indica que la ponderación expande el alcance del derecho constitucional hacia asuntos que de otra forma serían*

vistos como temas meramente políticos. Ponderación como ruta hacia la valorización progresiva de la Constitución, en tanto norma que limita el poder legislativo y sustrae algunas decisiones fundamentales del ámbito de las variables preferencias de las mayorías políticas. (ii) El debate demuestra que la ponderación es un modo de argumentación que tiene el potencial de llevar al juez constitucional a ámbitos que anteriormente se consideraban vedados, y en relación con los cuales el juez oscilaba entre dos posiciones extremas: o bien afirmar que la Constitución ordenaba algo en una forma clara y absoluta, o bien ser completamente deferente hacia el legislador y el proceso político. (iii) El debate prueba que la ponderación es vista en Colombia como un avance y el abstenerse de ponderar es visto como una regresión. (Cepeda Espinosa, 2008, p.161)

En la Sentencia C-221 de 1994, por medio de la cual se despenaliza el consumo de la dosis personal, se evidencia la fuerte tensión entre la posición conservadora y liberal en torno al uso de la ponderación. La conservadora (representado por los magistrados José Gregorio Hernández, Hernando Herrera Vergara, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa), emitida a través de los salvamentos de voto señalan la imposibilidad de reemplazar la voluntad del legislador por la ponderación subjetiva del juez de acuerdo a su comprensión subjetiva de la norma, mostrándose en total desacuerdo con el concepto de libertad derivado de la sentencia. Ellos indican lo siguiente:

“(…) No se compadece, pues, con el concepto de dignidad humana ese enfoque radicalmente individualista y ciego, en cuya virtud se debe permitir la libre determinación de la persona, en lo que concierne al consumo de estupefacientes, así sea en dosis limitadas. No necesitamos demostrar los perniciosos efectos que causa la droga en la mente, en el cuerpo y en el espíritu del adicto, quien se convierte en un ser carente de todo dominio sobre sí mismo, extraviado y ajeno a todo concepto de comportamiento digno, gobernado únicamente por los impulsos irracionales que en él provoca la ingestión de las sustancias tóxicas.

Quienes suscribimos este Salvamento no entendemos cómo puede considerarse que la autodestrucción del individuo, sin posibilidad de reprimir su conducta nociva y ni siquiera de rehabilitarlo, pueda tomarse como una forma de realizar el mandato constitucional de respeto a la dignidad humana, cuando es precisamente ésta la primera lesionada y, peor aún, aniquilada por el estado irracional al que se ve conducido irremisiblemente el consumidor de droga.

El hombre logra hacer real su dignidad, cuando se encuentra liberado totalmente de la cautividad de las pasiones y puede libremente tender hacia sus fines vitales, sin coacción de circunstancias externas.

El argumento de la Sentencia se sostiene, como se ha señalado, en una errónea interpretación: como la voluntad humana apetece en ciertas ocasiones la droga, en aras del libre desarrollo de la personalidad, hay que permitir tal decisión, so pena de que el orden jurídico -que es externo- se involucre en la intimidad de cada cual. La sola fuerza sensitiva no es expresión de una voluntad consciente, de manera que el adicto a la droga, cuando la consume, no está ejercitando su libre voluntad, que siempre es racional, sino dejándose llevar por la fuerza sensitiva; es decir, no está ejerciendo su plena libertad (...)” (Corte Constitucional, Sentencia C-221, 1994)

La posición liberal (representada por los magistrados Carlos Gaviria Díaz, Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero) plantea la técnica de la ponderación como método para analizar la colisión de principios, demostrando que el principio al libre desarrollo de la personalidad es superior al principio de seguridad pública, en aquellos casos en que los efectos del ejercicio del primero solo afectan a la persona y no se extienden al colectivo, porque, el ser humano sea un “fin en sí mismo”, teniendo el Estado el deber de garantizar tal situación.

El uso de la ponderación se desarrolla con más estructura, a través de varias sentencias, destacando las siguientes:

- Sentencia de Tutela n° 523/97 (1997), donde se analizan la existencia del “fute” y el “destierro” como castigos contemplados en esta comunidad indígena de Páez. Al respecto concluyó la Corte: “(...) No asiste razón a los jueces de tutela, al afirmar que los Gobernadores de los Cabildos Indígenas de la Zona del Norte de Cauca violaron el derecho al debido proceso del actor, pues estas autoridades tuvieron extremo cuidado en cumplir el procedimiento que tradicionalmente se utiliza en la comunidad. Además, se le permitió ejercer su defensa personalmente durante las Asambleas realizadas el 24 de diciembre de 1996 y el 10 de febrero 1997 y se le brindó la posibilidad de ser defendido por un miembro de la comunidad, siempre y cuando conociera la lengua y las costumbres, como así lo contempla el procedimiento utilizado tradicionalmente en Jambaló. (...) Las sanciones, por

su parte, tampoco sobrepasaron los límites impuestos al ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas, en primer lugar, porque de acuerdo con las faltas cometidas, es decir, la calumnia y el desconocimiento de la autoridad del cabildo, tanto la pena del fuste como la de destierro era previsible para el actor. En segundo lugar, porque ninguna de ellas desconoció el derecho a la vida, la prohibición de esclavitud o la prohibición de la tortura(...)”. (Corte Constitucional, Sentencia T- 523, 1997).

- Sentencia T-796 de 1998, mediante la cual explica la ponderación en sentido amplio, donde se solicita un tratamiento médico a un menor, que no estaba contemplado en el plan obligatorio de salud, concluyendo: “(...)De otro lado, es pertinente manifestar que si bien es cierto la administración está sujeta al principio de legalidad en su actividad, ella no puede oponerse a hacer efectivo el mandato constitucional que impone darle prevalencia a los derechos fundamentales de los niños, reconocidos como tal por el ordenamiento superior, y en particular, por el principio del Estado social de derecho. En consecuencia, en el caso concreto del menor cuya protección se solicita, se requiere garantizar la aplicación efectiva de las normas constitucionales que amparan los derechos a la vida, a la dignidad humana, a la integridad física, a la salud, y en particular, los derechos de los niños, los cuales no pueden supeditarse a criterios meramente legales, que al ser evaluados frente a principios, derechos y valores constitucionales, al tenor del artículo 4o. superior, quedan subordinados a ellos, e implican por lo tanto, que la administración deba darle aplicación concreta a las normas superiores, por encima de las legales(...)”. (Corte Constitucional, T – 796, 1998).

3.7.5.5.3 Fase de consolidación (finales del año 2001 a la fecha):

También conocida como la etapa de consolidación de la ponderación para la interpretación de los derechos constitucionales, tanto en su alcance como en sus límites. Sin embargo se siguen presentando desacuerdos en cuanto a: la estructura del método, la denominación, la intensidad de los test de ponderación y su estructura y los criterios analíticos, Así mismo, la relación de los grados de intensidad del método de ponderación y el margen de configuración del legislador, así como la aplicación del método de ponderación por los jueces ordinarios.

La ponderación se acepta como la técnica para resolver la colisión de principios. La técnica se desarrolla bajo la acepción de “ponderación en sentido estricto”, concomitantemente con la técnica de ponderación “en sentido amplio”.

Dentro de las sentencias a destacar encontramos:

- Sentencia C-355 de 2006 mediante la cual se “despenaliza” parcialmente el aborto, donde todos los magistrados aceptan el método de la ponderación para resolver el problema jurídico presentado, estudiando la tensión de varios principios, especialmente la vida del nasciturus vs la autonomía de la voluntad de la madre. En esta sentencia se dan las siguientes conclusiones:

“(…) Llevar el deber de protección estatal a la vida en gestación en estos casos excepcionales hasta el extremo de penalizar la interrupción del embarazo, significa darle una prelación absoluta a la vida en gestación sobre los derechos fundamentales comprometidos de la mujer embarazada, especialmente su posibilidad de decidir si continúa o no con un embarazo no consentido. Una intromisión estatal de tal magnitud en su libre desarrollo de la personalidad y en su dignidad humana, privaría totalmente de contenido estos derechos y en esa medida resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable. La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos. (...)”

Ahora bien, cuando el embarazo sea resultado de una conducta, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, así como de incesto, es preciso que el hecho punible haya sido debidamente denunciado ante las autoridades competentes.(...). Continúa la sentencia:

Se trata también de aquellos eventos en los cuales está amenazada la salud y la vida de la mujer gestante, pues resulta a todas luces excesivo exigir el sacrificio de la vida ya formada por la protección de la vida en formación. En efecto, si la sanción penal del aborto se funda en el presupuesto de la preeminencia del bien jurídico de la vida en gestación sobre

otros bienes constitucionales en juego, en esta hipótesis concreta no hay ni siquiera equivalencia entre el derecho no sólo a la vida, sino también a la salud propio de la madre respecto de la salvaguarda del embrión. (...)

Una última hipótesis es la existencia de malformaciones del feto, certificadas médicamente. Si bien cabe identificar distintas clases de malformaciones, desde el punto de vista constitucional las que plantean un problema límite son aquellas que por su gravedad hacen que el feto sea inviable. Se trata de una hipótesis completamente distinta a la simple identificación de alguna enfermedad en el feto que pueda ser curada antes o después del parto. En efecto, la hipótesis límite ineludible a la luz de la Constitución es la del feto que probablemente no vivirá, según certificación médica, debido a una grave malformación. En estos casos, el deber estatal de proteger la vida del nasciturus pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica se encuentra en tales condiciones”(...). (Corte Constitucional, Sentencia C 355, 2006)

- Sentencia T-388 de 2009, decisión que manifiesta que la ponderación es la técnica más adecuada para resolver la coalición de derechos aquí presentada: objeción de conciencia, la cual se deriva del derecho a la libertad de pensamiento, la libertad religiosa y la libertad de conciencia y el cumplimiento de un deber jurídico, cuando este interfiere en el ejercicio de los derechos de otras personas, en el caso *sub examine* la utilización objeción de conciencia por los jueces en ejercicio de su función de administrar justicia. Se allegan algunas conclusiones:

“...Dicho en otros términos: cuando con el ejercicio de la objeción de conciencia se obstaculiza el ejercicio de los derechos de terceras personas, entonces el asunto se convierte en un problema de límites al ejercicio de derechos fundamentales, esto es, “en un problema de colisión entre el derecho individual y los valores y principios, derechos o bienes protegidos por el deber jurídico”. (...)

Cuando se acepta voluntariamente ostentar la calidad de autoridad judicial e, incluso, cuando en calidad de particulares se asumen compromisos que implican el ejercicio

de la actividad jurisdiccional, una de las consecuencias, si no la más importante, es el compromiso de velar por el estricto cumplimiento de la normatividad vigente.

En efecto, cuando un funcionario o funcionaria judicial profiere su fallo no está en uso de su libre albedrío. En estos casos el juez se encuentra ante la obligación de solucionar el problema que ante él se plantea –art. 230 de la Constitución–, con base en la Constitución y demás normas que compongan el ordenamiento jurídico aplicable. Esto por cuanto su función consiste precisamente en aplicar la ley –entendida ésta en sentido amplio–, de manera que no le es dable con base en convicciones religiosas, políticas, filosóficas o de cualquier otro tipo faltar a su función. Lo anterior no significa que como persona no tenga la posibilidad de ejercer sus derechos fundamentales; significa que en su labor de administrar justicia sus convicciones no lo relevan de la responsabilidad derivada de su investidura, debiendo administrar justicia con base única y exclusivamente en el derecho, pues es esa actitud la que hace que en un Estado impere la ley y no los pareceres de las autoridades públicas, es decir, lo que lo define que en un Estado gobierne el derecho y no los hombres, siendo ésta la vía de construcción y consolidación del Estado de derecho”(…). (Corte Constitucional, T 388, 2009).

- Sentencia T – 018 de 2012, con aplicación de la ponderación en condiciones similares, se resuelve la coalición de la objeción de conciencia en relación con el enfrentamiento entre el servicio militar obligatorio y la libertad religiosa así:

“(…) El pleno de la Corte reconoció la existencia del derecho a objetar, por razones de conciencia, el deber de prestar servicio militar obligatorio. En efecto, la sentencia C-728 de 2009 cambió la postura de la jurisprudencia constitucional sobre la objeción de conciencia en el ámbito militar teniendo en cuenta, de una parte, que su protección se encuentra avalada en la libertad de conciencia (Art. 18 de la C.P.) y la libertad de religión y de cultos (Art. 19 de la C.P.), y de otra, que su ejercicio no requiere un desarrollo legislativo específico. el amparo constitucional a través de la acción de tutela de las convicciones y creencias, bien sean de carácter religioso, ético, moral o filosófico, que impidan prestar el servicio militar obligatorio mediante la figura de la objeción de conciencia deben cumplir con los siguientes requisitos: i) tienen que definir y condicionar la conducta del objetor mediante manifestaciones externas y comprobables de su

comportamiento; igualmente, deben ser ii) profundas; iii) fijas; y iv) sinceras (...) (Corte Constitucional, T- 018, 2012)

- Sentencia T-376 de 2012, donde a la través de la utilización de la ponderación se resuelve el problema jurídico existente entre el derecho al trabajo de un grupo de trabajadores ambulantes el derecho al espacio público, con las siguientes conclusiones:

“(...) Como constató la Corte en los pronunciamientos reiterados, las limitadas condiciones de acceso al derecho fundamental al trabajo en el país han llevado a que, frecuentemente, el espacio público sea utilizado por personas que, inmersas en una difícil situación económica y ante la imposibilidad de acceder a un puesto de trabajo formal, lo ocupan con el fin de ejercer labores comerciales de diversa índole.

La vulnerabilidad o debilidad económica que suele acompañar esa ocupación; la relevancia del derecho al trabajo y la solidaridad, ambos, principios fundantes del Estado; la adopción del Estado Social de Derecho como fórmula política por el constituyente de 1991 y el papel central que ocupa en ese arreglo político el principio de igualdad material permiten apreciar todas las aristas del conflicto.

A partir de lo expuesto se configura entonces una tensión entre intereses o principios constitucionalmente protegidos. De una parte, el interés general representado en el aprovechamiento colectivo del espacio público, así como los derechos asociados a una adecuada conservación del mismo, entre los que la Corte destacó la libertad de locomoción y la seguridad personal; y de otra, el derecho al trabajo de personas vulnerables que –en la mayoría de los casos- enfrentan barreras para el ejercicio de un empleo formal, situación que debe abordarse bajo la perspectiva de los principios de Estado Social de Derecho e igualdad material.

En términos generales, la solución a ese conflicto ha girado en torno a las siguientes premisas: las autoridades tienen la facultad y la obligación de adoptar medidas tendientes a la recuperación del espacio público para el uso colectivo y en defensa del interés general. Sin embargo, su actuación debe ajustarse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; respetar plenamente el debido proceso y basarse en la aplicación del principio de confianza legítima. (...)” (Corte Constitucional, T- 376, 2012)

3.7.6 La ponderación en el Consejo de Estado

Es innegable que en Colombia ha sido la Corte Constitucional, la encargada de introducir en nuestro modelo jurídico de interpretación, la proporcionalidad como método de ponderación novedoso, que oxigena el derecho colombiano y materializa los conceptos de justicia y bien común establecidos en el Estado Social de Derecho, como se indicó en los anteriores acápite.

El Consejo de Estado a su vez le ha dado preponderancia al principio de legalidad, considerándolo el principio más importante y concluyente, teniendo una “jerarquía especial” en el ordenamiento jurídico administrativo. Especialmente, en las sentencias ordinarias, esta corporación le otorga una supremacía relevante al principio de legalidad sobre los demás principios, como solución justa, lógica y jurídicamente aceptable. Sin embargo, dadas las dinámicas cambiantes del derecho, es necesario la búsqueda de otras formas de argumentación jurídica, ya que cuando se presentan coaliciones entre principios en el Estado Social de Derecho, no siempre el principio de legalidad no satisface el requerimiento de justicia, razón por la cual deben buscarse otras maneras de interpretación.

Sin embargo, es el artículo 29 de la Constitución Política el que impone realizar todas las actuaciones administrativas y judiciales con sujeción al principio del debido proceso, que incluye el principio de legalidad y la tipicidad de las conductas. El principio de legalidad es un límite al ejercicio de los poderes del Estado, y especialmente el punitivo, de lo cual se concluye que todas las autoridades –judiciales y administrativas- deben regir sus actuaciones de conformidad al principio de legalidad, lo cual ha sido cumplido sacramentalmente por el Consejo de Estado.

A pesar de lo anterior, se presenta un desarrollo incipiente de la figura de la proporcionalidad por parte del Consejo de Estado, tal cual como se describe en trabajo de investigación realizado por la Universidad del Rosario intitulado “La ponderación como técnica de solución al conflicto de principios en el Derecho Administrativo” destacando los siguientes alcances:

- a. Es abundante la jurisprudencia donde se utiliza la proporcionalidad en casos desde el punto de vista sancionatorio, específicamente para establecer si la sanción es proporcionada a la causa. Se enuncian algunas: Colombia, Consejo de Estado, Sentencias 15.368 del 5 de mayo de 2005 Consejero Ponente Juan Ángel Palacio, 14.194 del 31 de marzo de 2005 C.P. María

Inés Ortiz, 689 del 10 de marzo de 2005 C.P. María Claudia Rojas Lasso, 13.341 del 4 de septiembre de 2003 C.P. Germán Ayala Mantilla, 836 del 2 de marzo de 2006 C.P. Rafael Ostau de Lafont Pianeta, 7071 del 23 de agosto de 2001 C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 392 del 23 de febrero de 2006 C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 12.616 del 6 de marzo de 2003 C.P. María Inés Ortiz Barbosa, 14.035 del 25 de septiembre de 2006 C.P. Héctor Romero Díaz, 274 del 20 de octubre del 2005 C.P. María Claudia Rojas, 4376 del 4 de julio de 1997 C.P. Juan Alberto Polo, 8149 del 8 de mayo de 2003 C.P. Manuel Santiago Urueta, 7102 del 11 de junio de 1992 C.P. Julio César Uribe, 6970 del 29 de octubre de 1992 C.P. Julio César Uribe.

- b. De igual manera, la utilización de la proporcionalidad y la ponderación al decidir acciones constitucionales, especialmente las acciones populares y de grupo, labor liderada por la Sección Tercera, en su papel como juez constitucional.

En las sentencias ordinarias, el Consejo de Estado sigue utilizando principalmente la interpretación legocéntrica y exegética característica del derecho administrativo, apartándose de la argumentación ponderada que realiza cuando resuelve acciones constitucionales. El juez administrativo es demasiado conservador y difícilmente ha utilizado los nuevos métodos de interpretación del derecho, especialmente en los casos anteriormente señalados, a pesar de las bondades reconocidas a la proporcionalidad y la ponderación por parte de varios doctrinantes del derecho tanto nacionales como internacionales, y por la Corte Constitucional, supremo interprete de la misma.

3.8 Concreciones del Capítulo

La interpretación y la argumentación jurídica dan un soporte cognitivo indispensable para el desarrollo del proceso que deben realizar las autoridades al analizar la aplicación directa de los postulados constitucionales, y conocer que procedimiento más adecuado para tal fin. En el capítulo anterior, denotamos que la Corte Constitucional en por lo menos tres sentencias aplica o menciona aplicar el test de proporcionalidad cuando utiliza la excepción de inconstitucionalidad, sin hacer referencia específica a la forma de desarrollarlo, ni haciendo énfasis en cada uno de sus subprincipios, reiterando si, la importancia de la legitimidad del fin perseguido.

Sin embargo, por tratarse de instrumentos de intervención vigentes, que son oponibles, no puede dársele el mismo tratamiento para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, porque está en juego la seguridad jurídica, especialmente por el control de constitucionalidad suscitado sobre los mismos por los órganos competentes, ya sea la Corte Constitucional o el Consejo de Estado, y los principios de libertad legislativa y cosa juzgada que operan en nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia de lo anterior, se realizará una propuesta de test *sui generis* para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

Cabe destacar que el soporte que brindo la argumentación jurídica al desarrollo de éste capítulo, aclaro las características que tienen las normas constitucionales, encontrándose principios y directrices, los cuales deben ser analizadas con detenimiento antes de aplicarlos, pues debe propenderse por la supremacía constitucional en un caso concreto cuando se vulneren derechos constitucionales. Las tres concepciones de la argumentación la formal, la material y la pragmática brindan las bases filosóficas para el desarrollo del proceso argumentativo, extractando las buenas razones para la toma de decisiones, especialmente en un caso difícil, como se tipificó la aplicación de la excepción de la inconstitucionalidad, como quedo antes descrito.

Los métodos de interpretación se quedan cortos al analizar el proceso de aplicación de la excepción, pues no brinda el soporte teórico suficiente para su aplicación, debiendo acudir de manera indefectible a bases filosóficas que nos da la argumentación, de manera congruente con la concepción del derecho presente. Sin embargo, interpretar y argumentar son dos procesos que se complementan, tanto si se miran como actividad como resultado. Cabe destacar que la sociedad ha sufrido un cambios socioeconómicos, políticos, ambientales, entre otros, por tanto no basta saber por qué interpreta sino para qué interpreta. Para ello, es indispensable el uso del razonamiento práctico, el cual busca el cumplimiento de los fines, específicamente de los derechos fundamentales, los cuales son concebidos como principios, y deben materializarse a través de la práctica, pero no cualquier práctica, sino la mejor práctica posible, una práctica justificativa (contexto de descubrimiento y contexto justificativo o interno y externo) que satisfaga las actuales necesidades de la comunidad.

La diferencia entre principios y reglas, y la consecuente interpretación y argumentación que ellas conllevan, son lineamientos básicos para el desarrollo del test *sui generis* de la excepción de inconstitucionalidad, el cual se desarrollará en el siguiente capítulo.

Del desarrollo del capítulo se puede concluir lo siguiente:

- a. El concepto de Constitución es un concepto dinámico, concebido como un acto jurídico – político fundador de una determinada forma de gobierno, en el que se instituye una estructura institucional que fija reglas jurídicas con el fin de organizar la vida en comunidad, indicando órganos de poder y los límites del ejercicio del mismo.
- b. El bloque de constitucionalidad brinda la posibilidad de que ciertos principios reconocidos mediante tratados y convenios internacionales tengan igual jerarquía normativa que los principios establecidos en el texto constitucional, teniendo que analizarse a través de una interpretación integradora. El bloque tiene dos sentidos: a) *Strictu sensu*, refiriéndose a principios normas que integran la constitución a través de diversas formas establecidas por la misma Constitución y b) *Lato Senu*, refiriéndose a normas como las leyes orgánicas y estatutarias, las cuales no tienen el rango de constitucionalidad, pero sirven de referente del control constitucional. Hacen parte del bloque de constitucionalidad en estricto sensu: el preámbulo, articulado constitucional, los derechos innominados, Tratados Limítrofes ratificados, Tratados de Derecho Internacional Humanitario ratificados, Tratados de Derechos Humanos ratificados, Convenios Internacionales del Trabajo (OIT) ratificados indudablemente, el precedente de la Corte Constitucional.
- c. Las normas constitucionales tienen una naturaleza especial ya que son normas de tipo abierto, con conceptos jurídicos indeterminados que involucran valores y principios constitucionales.
- d. Los métodos de interpretación constitucional no responden a las lógicas que contienen los métodos de interpretación de la ley, ya que exigen principios propios de la hermenéutica constitucional, entre ellos: el principio de la unidad de la Constitución, el de concordancia práctica, el de corrección funcional, el de función integradora, el de fuerza normativa de la Constitución y el denominado principio *pro homine*.

- e. El principio de supremacía constitucional implica el valor normativo de la Constitución, según el cual es un deber y una obligación acatar lo establecido en la misma, tanto para nacionales como para extranjeros. El principio de la supremacía constitucional tiene las siguientes funciones: *jerárquica* lo que implica que no puede predicarse normas jurídicas superiores a la Constitución, con base en lo anterior y en los términos del inciso primero del artículo 93 C.P., los tratados y convenios internacionales hacen parte del mismo nivel jerárquico de la Constitución, sin subordinación alguna son integrados articuladamente, adicionalmente también sirven como parámetro para la validez formal y material de las normas que integran el ordenamiento jurídico; *directiva*, según la cual ante varias posibles interpretaciones de una norma debe escogerse la que más se adecue a los postulados de la Carta Política basándose en los principios de conservación del derecho e interpretación conforme y finalmente, una función *integradora* del orden jurídico ya que fija el modelo de Estado, determina los valores fundantes, propugnando por la primacía de la dignidad humana, la justicia y la eficacia de los derechos fundamentales, asegurando el pluralismo, la participación y la igualdad de oportunidades y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, con lo cual se busca que la interpretación de las normas responda a una coherencia interna del ordenamiento jurídico en conjunto, siendo la Constitución límite en la dimensión axiológica e instrumental.
- f. Dentro de los métodos de interpretación constitucional pueden utilizarse con ciertos matices: método gramatical, historicismo, sistemático y finalista. Sin embargo la técnica del activismo judicial donde se da prioridad al precedente, la teoría de los conflictos y la técnica de la proporcionalidad.
- g. La argumentación jurídica supera los métodos tradicionales de interpretación, ajustándose mejor a las características propias de las normas constitucionales, ya que da la posibilidad de ponderar principios cuando estos se enfrentan. Se desarrolló la técnica con especificaciones diferentes que nacen según el sistema: norteamericano y el continental europeo.
- h. Debe articularse la interpretación constitucional y la argumentación jurídica, ya que ambas vistas como actividad y resultado complementan el proceso de elección de buenas razones para motivar una determinada decisión.

- i. Las concepciones material de la argumentación, refuerza la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, a través del test de proporcionalidad *sui generis* pues a través de la aplicación de principios que se logra el objeto de la justicia enmarcada en el Estado Social y Democrático de Derecho en el que nos encontramos.
- j. El principio de proporcionalidad se ha deducido jurisprudencialmente de lo establecido en los conceptos como el Estado Social de Derecho, principio de dignidad humana, principio de efectividad de los principios, derechos y deberes, el reconocimiento de los derechos inalienables de la persona, la responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas, el principio de igualdad entre otros, establecidos en el Carta Política.
- k. La Corte Constitucional Colombiana construye un test integral de razonabilidad propio, aprovechando las ventajas del propuesto por los sistemas norteamericano y continental europeo, como un sistema mixto, aprovechando las bondades de cada uno. El escrutinio racional en su aplicación tiene en cuenta los niveles y los subprincipios desarrollar de la siguiente manera: en el leve se desarrollará el subprincipio de idoneidad, en el intermedio se desarrollan el de idoneidad y necesidad y en el test estricto se adelantan el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Por tratarse del test más completo y más desarrollado por la Corte Constitucional, se escoge éste para el desarrollo del siguiente capítulo donde se plasmará la idea novedosa de la presente investigación.
- l. La argumentación jurídica da los postulados filosóficos mínimos para el desarrollo de una adecuada aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, los cuales se relacionan con la concepción del derecho vigente.
- m. La excepción de inconstitucionalidad se relaciona con las tres concepciones de la argumentación jurídica, cada una la formal, con el uso de la lógica, la material con la posibilidad de justificación interna y externa y la pragmática con la retórica y la dialéctica, confluyen indiscutiblemente, en que la razón práctica es la que debe aplicarse en este caso.
- n. La excepción de inconstitucionalidad, debe ser analizada a través de la proporcionalidad, por sus características propias y por tratarse de un caso difícil.

4. Capítulo III. Aplicación del test integral de proporcionalidad en la excepción de inconstitucionalidad: un método que supera las limitaciones normativas y jurisprudenciales de la figura jurídica

El presente acápite tiene como propósito presentar una propuesta académica en la que se conjuguen la estructuración que la jurisprudencia ha realizado de la figura de la excepción de inconstitucionalidad con la técnica de la proporcionalidad y la ponderación, como metodología idónea para su aplicación.

La falta de normatividad específica para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, la poca jurisprudencia emitida por las Cortes que realizan el control de constitucionalidad, así como la falta de procedimiento y la posible coalición de principios como la seguridad jurídica e igualdad hacen que se requiera la aplicación de una herramienta metodológica que trate de superar estas falencias.

La propuesta que aquí se presenta, consciente de las deficiencias que tiene la técnica de la proporcionalidad y la ponderación, también reconoce las bondades de la misma en la materialización de los derechos fundamentales, razón por la cual, al estudiar los diversos sistemas de aplicación, el norteamericano y el continental- europeo, se elige el sistema mixto, que supera las bondades de los dos anteriores.

Para lograr esta labor, la estructura del presente acápite se describe en los siguientes apartes: a) Aspectos introductorios: relación entre la excepción de inconstitucionalidad y la técnica de la proporcionalidad, b) Test de Proporcionalidad Integral de la excepción de inconstitucionalidad c) Técnica de la Ponderación en la excepción de la inconstitucionalidad, d) Aplicaciones de las técnicas en estudio a casos concretos.

4.1 Aspectos introductorios relación entre la excepción de inconstitucionalidad y la técnica de la proporcionalidad

Como se evidencio en acápite anteriores, la Constitución Política Colombiana establece dos principios preponderantes que se interrelacionan entre sí:

El **principio de supremacía de la Constitución y su respectiva fuerza normativa**, donde la “...Constitución es norma fundante en una dimensión tanto axiológica (v. gr. establece principios, derechos fundamentales y pautas interpretativas), como instrumental (proporciona los mecanismos para lograr armonía y coherencia en la aplicación de la Constitución), y en ese orden de ideas, el principio de supremacía da cabida a la consagración de garantías fundamentales como fines prioritarios del Estado, y el establecimiento de controles de todo el ordenamiento y de una jurisdicción especial encargada de velar por su integridad.” (Corte Constitucional, C-415, 2012), la Constitución es entonces la fuente primaria del ordenamiento jurídico, fuente primera del sistema de derecho interno, del cual nace el deber de sujeción del orden jurídico restante, en virtud al carácter vinculante de sus reglas. En consecuencia de lo anterior se analiza la validez misma de las normas infra constitucionales cuyas formas y procedimientos de producción se hallan regulados en la propia Constitución.

El **principio de proporcionalidad**, consagrado especialmente en el artículo 2º establece dentro de los fines del Estado “...servir a la comunidad, promover la prosperidad general y **garantizar la efectividad de los principios**, derechos y deberes consagrados en la Constitución;...” lo cual conlleva al cumplimiento de la justicia. Este principio, como ya se mencionó se deduce de varias normas constitucionales como los artículos 1º, 2º 5º, 6º, 11º, 12º, 13 º y 214º de la Constitución; así mismo se destaca el artículo 5º que consagra el carácter inalienable de los derechos de la persona humana. “En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución –, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. (Corte Constitucional, C-916, 2002) (Corte Constitucional, C-822, 2005).

Así mismo, la Corte Constitucional señala que “...De las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control constitucional de la legislación y en la tutela de los derechos fundamentales depende en gran parte la efectividad del Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana y la inalienabilidad de los derechos de la persona...” (Corte Constitucional, C-916, 2002).

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Los dos principios constitucionales tienen relación directa con la materialización de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, con la supremacía constitucional y consecuente fuerza normativa de la Carta Política. En éste entorno, la Excepción de Inconstitucionalidad es un complemento inherente de estos dos principios, que coadyuva a efectivizar los derechos de la persona humana, ya que *“en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”*. (Const, 1991, art. 4º)

En consecuencia de lo anterior, la excepción de inconstitucionalidad es un deber para todas las autoridades judiciales y administrativas, ya que no pueden dejar de usarla cuando se presente una clara contradicción entre la disposición aplicable y las normas constitucionales, no es una mera liberalidad o facultad de los operadores jurídicos.

Sin embargo, la excepción de inconstitucional, por no tener establecido un procedimiento específico, es objeto de inutilización por las supuestas responsabilidades en que se pueden originar el operador jurídico y administrativo, o el particular que cumple funciones públicas, a pesar de las herramientas y estructuración dada a la figura por parte de la ley y la jurisprudencia, así como la preponderancia que la excepción de inconstitucionalidad ha sido otorgada por la Corte Constitucional y el mismo Consejo de Estado, tal cual como se especificó en el capítulo I del presente trabajo.

Por tal razón en el capítulo siguiente, se analiza la proporcionalidad y la ponderación como método de interpretación constitucional, novedosa e innovadora, un método principialista de interpretación del derecho, al que debe acudir de manera obligatoria para efectivizar los fines del Estado.

Al decir del doctrinante Carlos Bernal Pulido, en el texto “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales” donde analiza los conflictos de inconstitucionalidad en los siguientes términos:

“Las normas de derecho fundamental desempeñan el papel central en el control de constitucionalidad de las leyes que se lleva a cabo desde la perspectiva de los derechos fundamentales. En este tipo de control se trata de establecer si las leyes que intervienen en el ámbito de los derechos están viciadas de inconstitucionalidad. Desde el punto de vista formal, la respuesta a este interrogante depende de si la ley ha cumplido todas las exigencias de competencia

y de procedimiento prescritas por la constitución – por ejemplo, si una ley relativa al «desarrollo» de un derecho fundamental ha sido expedida con las formalidades propias de la ley orgánica (art. 81.1 CE) – y, en el plano material, de si la ley vulnera el derecho fundamental en el que interviene”.

*“En términos generales puede afirmarse que toda ley vulnera el derecho fundamental en el que interviene, si su contenido es incompatible con el contenido normativo de la disposición que tipifica el derechoⁱ. La incompatibilidad entre el contenido de la ley y el contenido del derecho fundamental puede ser definida a su vez como una especie de conflicto entre normas jurídicas. De este modo parece ofrecerse tan solo una definición circular, porque el concepto de «conflicto» no significa en este contexto nada distinto a la noción de «incompatibilidad». Sin embargo, esta definición no resulta de ningún modo inane, **porque aclara que los conflictos entre la ley y los derechos son conflictos entre normas jurídicas, o más específicamente, conflictos entre las normas de derecho fundamental y las normas establecidas por las disposiciones legales.** Un conflicto de esta índole se presenta cuando una norma de derecho fundamental y una norma legal no pueden ser cumplidas simultáneamente, porque el deber jurídico que prescribe una de ellas, es incompatible con el deber jurídico prescrito por la otra. Por esta razón, si se obedece una de las normas, se vulnera necesariamente la norma contraria. Este supuesto se presenta, por ejemplo, cuando una norma de derecho fundamental prohíbe un determinado comportamiento cuya realización esta ordenada por una norma legal; o cuando una norma de derecho fundamental permite un comportamiento que una norma legal ordena o prohíbe.” (Bernal, 2003, p. 354).*

En consecuencia de lo anterior, las contradicciones que puedan presentarse entre las normas de derecho fundamental y las normas legales se solucionan con la declaración de inconstitucionalidad de la norma legal. Esta solución se deriva del principio de supremacía de la constitución y de vinculación del legislador a los derechos fundamentales y por ende al principio de proporcionalidad.

Se reitera que las normas de derecho fundamental tienen una jerarquía superior a las normas legales, razón por la cual en caso de conflicto deben derogarse. Al analizarse esta contradicción a través de una fundamentación jurídica conservadora, deberá hacerse uso del silogismo judicial, donde se proyecta la fundamentación jurídica en dos dimensiones: una interna y otra externa, en todo caso se extracta una decisión jurisdiccional. *“La fundamentación interna es el razonamiento mediante el cual se infiere el fallo de las premisas que lo sustentan; por su parte, la*

fundamentación externa es el razonamiento en el que se determinan las premisas que componen la fundamentación interna y de las cuales se sigue la decisión contenida en el fallo”. (Bernal, 2003. p. 345 y ss.)

El doctrinante Robert Alexy ha aclarado que “...*la fundamentación interna de toda decisión jurisdiccional consiste en el tránsito desde una norma general hasta una norma particular (el fallo), mediante una cadena de normas cada vez más concretas. Este tránsito reviste básicamente la estructura de un silogismo, conformado por una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión*” (Alexy, 1989, pp. 214 y ss.).

La premisa mayor hace referencia a una norma general, perteneciente a una de las fuentes del derecho. La premisa menor, hace referencia a un juicio sobre el cumplimiento de las condiciones previstas en el supuesto de hecho de la norma general. Finalmente, la conclusión es una norma particular, que se determina de las premisas mayor y menor.

En consecuencia de lo anterior, la fundamentación interna o silogismo judicial puede explicar en el desarrollo de las sentencias de constitucionalidad cuyo objetivo es en análisis de las leyes de intervención en los derechos fundamentales, con las particularidades que este tipo de control tiene: a) Toda norma de derecho fundamental puede ser expresada de dos maneras diferentes: de forma imperativa o de forma condicional hipotética. La forma imperativa de una norma de derecho fundamental señala alguna permisión o alguna prohibición. La forma condicional hipotético es: «si q, entonces ORx». Toda norma imperativa puede ser estatuida como hipotética, caso en el cual la norma también estará dirigida al legislador. b) El legislador tiene el deber de no contradecir lo que una norma de derecho fundamental señale, con base en el principio de supremacía de la constitución y la vinculación del legislador a los derechos fundamentales. c) Las leyes que contradicen una norma estatuida por alguna de las disposiciones de derecho fundamental deberá ser declarada inconstitucional.

Para el tratadista Carlos Bernal Pulido la estructura de la fundamentación interna de las sentencias de control constitucional de las leyes que intervienen en los derechos fundamentales, sería expresada de la siguiente manera:

Tabla 8. Fundamentación interna de las sentencias de Control Constitucional

FUNDAMENTACIÓN INTERNA			
Tipo de Norma	Partes Silogismo	Pregunta Orientadora	Conceptos
Norma General	Premisa mayor: (1) (x) (Tx → ORx)	¿ Qué prescribe la norma iusfundamental (1) en su forma imperativa: ordena, permite o prohíbe un comportamiento, o atribuye una competencia?.	Donde (1) es la norma de derecho fundamental, expresada de forma hipotética «si q, entonces ORx», x expresa una variable en relación con las normas legales, donde x: «para todas las normas legales vale el predicado de la norma. T describe las condiciones descritas en el supuesto de hecho de la norma iusfundamental, ordenando imputar la sanción Rx, en los casos que la norma iusfundamental prescriba un comportamiento (q) (1) y la norma legal ordene la realización de un comportamiento contrario (-q). La expresión ORx se atribuye al tribunal constitucional el deber de declarar la inconstitucionalidad de toda forma legal que cumpla con la condición establecida por el supuesto de hecho Tx.
	Premisa menor: (2) Ta	¿Qué prescribe la norma legal examinada (a)?	(Ta) es un juicio subsuntivo según el cual, la norma legal (a), individuo del genero de normas legales (x) y objeto del control de constitucionalidad en el caso concreto, cumple

FUNDAMENTACIÓN INTERNA			
Tipo de Norma	Partes Silogismo	Pregunta Orientadora	Conceptos
			las condiciones fijadas por el supuesto de hecho (Tx) de la norma de derecho fundamental (1).
Norma Individual	Conclusión: (3) ORa (1), (2)	¿Lo qué prescribe la norma legal (a) contradice lo que prescribe la norma iusfundamental (1)?.	Ora norma iusfundamental individual, que se determina de (1) y (2), expresada de forma imperativa y no de modo condicional. En la norma particular se puede concluir que iusfundamentalmente el tribunal constitucional debe declarar la inconstitucionalidad de la norma legal (a), ya que ella cumple las condiciones del supuesto de hecho T(x).

Elaboración propia

En el caso de la fundamentación externa de la sentencia tenemos:

Tabla 9. Fundamentación externa de las sentencias de Control Constitucional

FUNDAMENTACIÓN EXTERNA			
Tipo de Norma	Partes Silogismo	Pregunta Orientadora	Conceptos
Norma General	Premisa Mayor	¿Qué es aquello que prescribe la norma de derecho fundamental (1) en su forma imperativa?	Debe establecerse si la norma de derecho fundamental establece una prohibición (Vq) o un mandato (Oq) dirigidos al legislador – y hacer explícitos los argumentos que respaldan esa concreta interpretación.

FUNDAMENTACIÓN EXTERNA			
Tipo de Norma	Partes Silogismo	Pregunta Orientadora	Conceptos
	Premisa Menor	¿Qué prescribe la norma legal (a) establecida por la disposición legislativa que constituye el objeto de control de constitucionalidad?	Interpretación de la ley. Si se verifica la contradicción de la norma legal con la norma de derecho fundamental debe formularse un enunciado subsuntivo de la norma legislativa en la norma de derecho fundamental y la consecuente declaración de inconstitucionalidad.
Norma Individual	Conclusión	¿Es incompatible dentro de las modalidades deónticas (oposición, contradicción o correlatividad) que la norma de derecho fundamental y la norma legal del caso son incompatibles entre sí?	Depende del caso concreto. Debe declararse la inconstitucionalidad cuando se suscita una contradicción entre una prohibición de derecho fundamental (Vq) y un mandato legal (Oq).

Elaboración propia

La fundamentación externa de las premisas mayor y menor, que soportan el correspondiente fallo con respecto a la constitucionalidad de las leyes, tienen que ver con el significado de las disposiciones de derecho fundamental y de otras disposiciones del derecho positivo, relacionados con los hechos, los precedentes jurisprudenciales de la dogmática constitucional.

La estructuración de la fundamentación externa es un tema difícil, especialmente el de la premisa mayor, por las características de las normas constitucionales: abiertas e indeterminadas, en fin, hipotéticas, que debe soportarse en métodos innovadores y alternativos de interpretación, razón por la cual debe acudir al principio de proporcionalidad con el fin de garantizar una adecuada concreción y fundamentación de la norma de derecho fundamental aplicable al caso.

En consecuencia de lo anterior, es congruente la aplicación del principio de proporcionalidad cuando se alegue la excepción de inconstitucionalidad, por las características de

las normas constitucionales, la mayoría hipotéticas, donde el método tradicional de interpretación del silogismo se queda corto, especialmente cuando se habla de la fundamentación externa.

El principio de proporcionalidad es una excelente herramienta para la determinación del contenido de los derechos fundamentales los cuales son vinculantes para el legislador, ya que estructura la concreción y fundamentación jurisdiccional a través de las normas adscritas de los derechos fundamentales, así como la solución de los casos difíciles.

La indeterminación de las disposiciones constitucionales, especialmente las disposiciones de derecho fundamental, hacen que del conjunto de significados posibles, se identifiquen los que pueden serle asignados y que sean congruentes con el principio de supremacía constitucional y fuerza normativa.

Se recuerda que la Constitución es “...el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados”. (Corte Constitucional, C-415, 2012). De lo anterior se colige que el poder ejecutivo, el poder legislativo y el poder judicial deben reconocer como derecho solo lo que identifica con la Constitución, estableciendo criterios de validez.

Lo anterior es plenamente reconocido en el artículo 4 de la Constitución, que señala *“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”*, esta norma explicita directamente que la Constitución es ley superior, que señala las formas de expedición de las demás normas que integran el ordenamiento jurídico, precisando y regulando las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello fuente de fuentes.

4.2 Test de proporcionalidad integral de la excepción de inconstitucionalidad

La proporcionalidad como técnica de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, va a seguir la aplicación de la proporcionalidad mediante la adopción del sistema mixto, el cual ha sido acogido y estructurado por el Corte Constitucional Colombiana, con algunas especificaciones que deben tenerse en cuenta.

En la excepción de inconstitucionalidad son evaluados hechos reales, con personas concretas respecto de la Constitución, especialmente respecto de los derechos fundamentales. Se

aplica cuando en un caso concreto se dan dos clases de soluciones distintas: una otorgada por la ley y la establecida por la Carta Política, caso en el cual se inaplica la ley por ser inconstitucionalidad para el caso concreto.

De la línea jurisprudencial desarrollada en el capítulo II, se extracta que la excepción de inconstitucionalidad se ha aplicado para la protección de los de las personas.

El test que se propone busca dar herramientas a los operadores jurídicos para el uso adecuado de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, ya que a pesar de existir desde la Constitución de 1886, con el artículo 4° del Acto Legislativo No. 3 de 1910 no es ampliamente usada por el temor en incurrir en alguno de los regímenes de responsabilidad mencionados, especialmente el penal, a través del prevaricato.

4.2.1 Elección del Escrutinio Racional Aplicable

La excepción de inconstitucionalidad al buscar la garantía de los derechos fundamentales de las personas, cuando existe una colisión entre el cumplimiento de un deber legal y la satisfacción de derechos fundamentales, exige un análisis en dos perspectivas al elegir el escrutinio racional aplicable: a) Los derechos vulnerados y b) El Control Constitucional previamente realizado por la Corte Constitucional o el Consejo de Estado, según corresponda.

4.2.1.1 Los Derechos Vulnerados

En cuanto a los derechos se tienen en cuenta los siguientes criterios establecidos por la Corte Constitucional:

Tabla 10. Clase de Escrutinio para el test de proporcionalidad vulnerado

CLASE DE ESCRUTINIO	CARACTERÍSTICAS
LEVE	Es el más utilizado en virtud al principio democrático, fundado en el adecuado ejercicio de las competencias del legislador. Es aplicado recurrentemente para normas de carácter económico, tributario, financiero, cambiario, bursátil contractuales o de política internacional, y en general normas de contenido económico. (Corte Constitucional, Sentencia C-093 de 2001)
INTERMEDIO	Es usado para evaluar normas que establecen acciones afirmativas, las que introducen criterios de diferencia para mejorar un grupo determinado. También se utiliza para el

CLASE DE ESCRUTINIO	CARACTERÍSTICAS
	estudio de normas que consagran derechos colectivos y del medio ambiente. También se usa cuando hay un indicio de arbitrariedad que pueda afectar la libre competencia. (Corte Constitucional, C-227, 2004)
ESTRICTO	Se utiliza en los instrumentos de intervención integren un trato diferenciado basados en criterios “sospechosos” como las previstas de manera no taxativa a modo de prohibiciones de discriminación establecido en el artículo 13 (raza, el género, la religión, etc.), o que la diferenciación afecte de manera grave, prima facie el goce de un derecho constitucional fundamental, o que se constituya un privilegio. También se utiliza cuando se afecta con la medida grupos minoritarios, socialmente, desfavorecidos, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones, marginados en condiciones de debilidad manifiesta. Este test incluye un cuarto objeto de análisis: si los beneficios de adoptar la medida exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales. (Corte Constitucional, C-354, 2009)

Fuente: elaboración propia.

4.2.1.2 El Control Constitucional

En razón a que muchas de las normas de intervención que generan vulneración a los derechos fundamentales en él un caso concreto cuando se aplica una norma, debe establecerse que el control constitucional realizado por la Corte.

En este caso deben analizarse, a su vez, dos conceptos fundamentales: a) la cosa juzgada constitucional, ya que de ella depende el grado en que pueda analizarse la norma. Debe tenerse en cuenta que, en todo caso, para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad debe analizarse que el “contexto normativo en el que se aplica la disposición legal desde el punto de vista de la Constitución viviente” (Corte Constitucional, C-220, 2011). Por tal razón debe establecerse si existe cosa juzgada constitucional absoluta o relativa.

Aunado a lo anterior, también debe analizarse b) El grado de libertad de configuración que tiene el legislador en la materia respectiva, en razón a la concurrencia de dos principios constitucionales: el principio democrático y la prevalencia de la Constitución.

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Estos dos conceptos, dan cimientos para la escogencia del escrutinio de proporcionalidad que debe escogerse, pues al existir cosa juzgada relativa y mayor ámbito de apreciación legislativa, entonces el escrutinio deberá ser débil. Ocurrirá lo contrario, cuando si el ámbito del Legislador es restringido y existe cosa juzgada absoluta.

De lo anterior debe concluirse que existe una relación de correlatividad y no de causalidad entre los conceptos de cosa juzgada y libertad de configuración legislativa y el test de proporcionalidad: cuanto más débil sea el escrutinio, mayor será el ámbito de apreciación legislativa y el concepto de cosa juzgada relativa. La verdadera causa de uno y de otro reside en la seguridad de las premisas relevantes en cada etapa del juicio de proporcionalidad: cuanto más seguras sean las premisas constitucionales y cuanto más intensa sea la restricción del principio de libertad de configuración legislativa y la cosa juzgada constitucional, más intenso debe ser el escrutinio y menor ámbito de apreciación debe ser reconocido al Legislador, a la Administración y a los particulares.

A continuación analizaremos las dos figuras jurídicas, sin pretender agotar su contenido, sino que nos ayudan a soportar los rasgos del control constitucional que se usa al analizar un instrumento de intervención y consecuente con lo anterior, el grado del escrutinio de proporcionalidad a utilizar en el caso concreto.

4.2.1.3 Cosa Juzgada Constitucional

Se habla de cosa juzgada constitucional, por el contenido del artículo 243 de la Carta Política Colombiana que indica:

“Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”. (Const, 1991, art. 243).

La Corte Constitucional ha definido la cosa juzgada constitucional como “*el carácter inmutable de las sentencias de la Corte Constitucional*” (Corte Constitucional, C-028, 2006), en razón a un pronunciamiento de fondo sobre la exequibilidad de un instrumento de intervención, no siendo posible un nuevo estudio del tema. (Corte Constitucional, C-079, 2011).

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

De conformidad con lo anterior, la Corte ha establecido dos clases de cosa juzgada: a) La absoluta se presenta *“cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia, es decir, se entiende que la norma es exequible o inexecutable en su totalidad y frente a todo el texto Constitucional”* (Corte Constitucional, C-542, 2011), y b) La relativa se presenta cuando *“cuando el juez constitucional limita en forma expresa los efectos de la decisión, dejando abierta la posibilidad para que en un futuro se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado”* (Corte Constitucional, C-978, 2010).

En virtud a la divergencia que se puede presentar la cosa juzgada relativa es importante verificar que los contenidos de los cargos planteados no sean idénticos a los ya decididos por la Corte, teniendo que revisar tanto el contenido normativo de las nuevas normas constitucionales aplicables al caso como los argumentos del demandante. Deben tenerse en cuenta tres casos especiales que surgen de la cosa juzgada constitucional: la cosa juzgada relativa implícita, la cosa juzgada aparente y la doctrina de la Constitución viviente. (Corte Constitucional, C-029, 2009). A continuación se explica cada una de ellas:

- a) La cosa juzgada relativa implícita se puede dar en dos situaciones: (i) cuando se declara *“la exequibilidad de una disposición legal solamente desde el punto de vista formal, caso en el cual la cosa juzgada operará en relación con este aspecto quedando abierta la posibilidad para presentar y considerar nuevas demandas de inconstitucionalidad por su contenido material”*; y (ii) cuando *“al declarar la exequibilidad de una norma [la Corte] haya limitado su decisión a un aspecto constitucional en particular o a su confrontación con determinados preceptos de la Carta Política, situación en la cual la cosa juzgada opera solamente en relación con lo analizado y decidido en la respectiva sentencia”*. (Corte Constitucional, C-798, 2003).
- b) La cosa juzgada aparente se presenta cuando *“pese al silencio que se observa en la parte resolutive de la sentencia, existen en su parte motiva referencias suficientes para concluir que, en realidad, la Corte limitó su análisis únicamente a los cargos que le fueron planteados en la demanda, o a la confrontación de la norma acusada con el contenido de unos determinados preceptos constitucionales”* (Corte Constitucional, C-260, 2011).

- c) La doctrina de la Constitución viviente establece *“una posibilidad, en todo caso excepcionalísima, de someter nuevamente a análisis de constitucionalidad disposiciones sobre las cuales existe un pronunciamiento de exequibilidad, en la que dicha opción concurre cuando en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución, -que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades-, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma”* (Corte Constitucional, C-029, 2009).

4.2.1.4 Libertad legislativa

En cuanto a la libertad de configuración legislativa la Corte Constitucional ha desarrollado el tema través de diversas jurisprudencias, especialmente la C-404 de 2001 que indica: *“En oportunidades anteriores la Corte ha examinado la razón de ser de la libertad de configuración política del Congreso y de los límites de la misma. Al respecto, ha indicado que en principio la sujeción y subordinación de la ley a la Constitución debe permitir cierto margen de acción en la labor de desarrollo de las normas superiores, de manera tal que las diversas alternativas se adopten dentro del marco del principio democrático y pluralista que orienta nuestro sistema constitucional. Las distintas corrientes de pensamiento y opinión representadas en el órgano legislativo, deben participar en el desarrollo e implementación de la Constitución, optando por las diferentes posibilidades dentro del principio de las mayorías”.* (Negrilla fuera del texto). (Corte Constitucional, C-404, 2001)

“En efecto, en función del pluralismo político, la soberanía popular, el principio democrático y la cláusula general de competencia del Congreso (CP arts. 1º, 3º, 8º y 150), se entiende que cuando la Constitución ha guardado silencio sobre un determinado punto es porque ha querido dejar un espacio abierto amplio para diferentes regulaciones y opciones de parte del Legislador. Eso significa que cuando no puede deducirse del texto constitucional una regla clara, en principio debe considerarse válida la regla establecida por el Legislador.” (Negrillas por fuera del original) (Corte Constitucional, C- 081, 1996).

La Corte además ha señalado las siguientes reglas al respecto:

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

1. "El legislador no puede desbordar la Constitución y está subordinado a ella porque la Carta es norma de normas (art. 4º C.P.). Pero, en función del pluralismo y la participación democrática, el Legislador puede tomar diversas opciones dentro del marco de la Carta. Esto es lo que la doctrina constitucional comparada ha denominado la libertad de formación democrática de la voluntad o la libertad de configuración política del Legislador, según la cual corresponde al Congreso adoptar libremente, dentro de los marcos de la Constitución, diferentes políticas y definiciones legislativas que expresen la visión de las distintas mayorías que se expresan democráticamente en esa instancia. Por ello esa Corporación ha señalado que "es propio de una constitución democrática y pluralista como la Colombiana, que sus normas materiales o sustantivas, en principio, puedan permitir, dentro de ciertos límites, diversas políticas y alternativas de interpretación. (Corte Constitucional, C-531, 1993)
2. *“Este margen de acción o libertad de configuración política, admite una gradación que depende a su vez del grado de precisión con el que el constituyente perfila una institución jurídica, y del propio desarrollo constitucional de la misma. Así, podría decirse que la libertad de configuración del legislador es inversamente proporcional a la precisión y amplitud con la que la Constitución regula una institución jurídica. A mayor precisión de las nociones constitucionales, menor libertad de acción para el legislador. A mayor desarrollo constitucional de la normatividad superior, menor espacio de acción para la ley. A su vez, el grado de la libertad de configuración, determina la intensidad del control constitucional”.* (Negrilla fuera del texto) (Corte Constitucional, C-404/01, 2001).
3. El control constitucional en este ámbito es un control de límites, ya que coexisten dos principios: la supremacía constitucional y la libertad política del legislador, por ello no se pueden aceptar definiciones legales que contraríen la estructura constitucional o vulneren principios y derechos reconocidos por la Carta, pero tampoco puede desconocerse el pluralismo político y la alternancia de diferentes políticas. (Corte Constitucional, C- 081, 1996)

Existen ciertos límites por materia, mediante los cuales la Corte Constitucional ha establecido restricciones al ejercicio de la libertad de configuración legislativa, verificando el

cumplimiento de los lineamientos constitucionales, a continuación se mencionan algunos ejemplos, sin tratar de agotar el tema al respecto:

- a) Dentro de los límites fijados para la libertad de configuración legislativa en materia de procedimiento judicial, se han establecido los siguientes límites: *“A pesar de la amplitud del margen de configuración normativa analizado, la jurisprudencia también ha señalado que la potestad del legislador para definir los procedimientos judiciales está sometida a límites precisos, que si bien son igualmente amplios, en todo caso permiten hacer compatibles al proceso judicial con la Constitución. Estos límites pueden agruparse en cuatro categorías, a saber: (i) la fijación directa, por parte de la Constitución, de determinado recurso o trámite judicial; (ii) el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y particularmente de la administración de justicia; (iii) la satisfacción de principios de razonabilidad y proporcionalidad; y (iv) la eficacia de las diferentes garantías que conforman el debido proceso y el acceso a la administración de justicia”.* (Corte Constitucional, C-319, 2013). De lo anterior se colige que debe garantizarse los derechos constitucionales y servir de espacio para su realización, por tanto, el legislador no está facultado para prever, bajo el simple capricho o la arbitrariedad, las ritualidades procesales. Así mismo se han establecido la posibilidad que el legislador al fijar modelos de procedimiento prescinda de determinadas etapas o recursos, a condición que *“(i) la limitación no verse sobre una instancia procesal prevista específicamente por la Constitución; (ii) la restricción correspondiente cumpla con criterios de razonabilidad y proporcionalidad; y (iii) la limitación no configura una barrera injustificada para el acceso a la administración de justicia. Acerca de esta conclusión, la Corte ha insistido en que “[e]n cuanto se refiere a la consagración de mecanismos para controvertir decisiones judiciales o administrativas, en la sentencia C-005 de 1996, (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), la Corporación señaló que si el legislador decide consagrar un recurso en relación con ciertas decisiones y excluye del mismo otras, puede hacerlo según su evaluación acerca de la necesidad y conveniencia de plasmar tal distinción, pues ello corresponde a la función que ejerce, siempre que no rompa o desconozca principios constitucionales de obligatoria observancia. Asimismo, con la misma limitación, también puede suprimir los recursos que haya venido consagrando sin que, por el solo hecho de hacerlo, vulnere la Constitución Política.* (Corte Constitucional, C-315, 2012). *En todo*

caso, la respectiva regla procesal no puede ser excesiva y desproporcionada frente al resultado que se pretende obtener con su utilización. (Corte Constitucional, C-279, 2013).

- b) De igual manera la Corte expresa los límites de la configuración legislativa en medio de un conflicto armado interno, señalando que *“La Corte considera que el Legislador goza de amplio margen de configuración política en la escogencia de los mecanismos tendientes a la solución del conflicto armado en Colombia. La Constitución no señala fórmulas precisas para ello, porque aquellas decisiones corresponden a momentos históricos, sociales y políticos que deben ser evaluados por los órganos políticos, principales responsables de la conformación del ordenamiento jurídico de nuestro país. De otra parte, para esta Corporación es claro que la búsqueda de soluciones pacíficas a los conflictos internos desarrolla la filosofía humanista de la Constitución de 1991 y legitima la acción de las autoridades públicas en un Estado democrático. En consecuencia, las partes en controversia, particularmente en aquellos conflictos cuya continuación pone en peligro el mantenimiento de la convivencia pacífica y la seguridad nacional, deben esforzarse por encontrar soluciones pacíficas que vean al individuo como fin último del Estado.* (Corte Constitucional, C-047, 2001). La Corte refuerza su argumento indicando que es al Presidente de la República, al que le corresponde *“conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado”* y, los alcaldes y gobernadores son agentes del jefe de gobierno para el mantenimiento del orden público (C.P. arts. 315-2 y 303), en virtud de lo establecido en el numeral 4º del artículo 189 superior, por ello el Legislador lo autoriza para adelantar el proceso de paz, ejecutar los instrumentos para el logro de la convivencia pacífica, y en fin las que le atribuya facultades en torno al manejo de la paz en el conflicto armado interno, siendo claro que la *“...búsqueda de la paz no faculta a los órganos políticos a tomar decisiones que contradigan normas constitucionales”*, refiriéndose a decisiones políticas o jurídicas. Por tal motivo al analizar la posibilidad que otorgaba el artículo 9º de la Ley 418 de 1997 *“por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”*, que daba la posibilidad al Gobierno Nacional para nombrar por una sola vez, *“para cada Organización, y en su representación, un número plural de miembros en cada Cámara Legislativa, así como en las demás corporaciones públicas de elección popular”*, pudiendo inclusive no tener en cuenta determinadas inhabilidades y requisitos.

Una vez analizada la disposición la Corte Constitucional concluye que en este caso se vulnera la Carta Política por: a) De conformidad a lo establecido en el artículo 133 de la CP se instituye una estructura de poder a partir de la existencia de una rama que encarna la representación democrática, ya que el Legislador representa de manera directa al pueblo y el elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a los electores. De igual manera el artículo 260 ibídem señala que la existencia de cargos públicos cuya forma de acceso es la elección popular (C.P. art. 260), en consecuencia la Carta no es neutra frente al ingreso a la función pública, pues señaló diferentes formas de vinculación al Estado que deben ser desarrolladas legalmente y determinó, en forma mínima, los cargos que deben proveerse mediante la elección popular, y b) Los artículos 171 y 176 superiores indican el número preciso de Senadores y Representantes a la Cámara, así como los artículos 299, 312 y 323 de la Constitución, determinan el número y composición de las asambleas y concejos distritales y municipales, por ello si el Presidente designa un número plural de miembros de las organizaciones armadas al margen de la ley para que accedan a esos cuerpos colegiados, necesariamente altera el número preciso de servidores públicos que deben ejercer sus funciones en las corporaciones públicas de elección popular. En este contexto resulta inconstitucional el nombramiento de servidores públicos en cargos de elección popular por parte del Presidente de la República, pues esta decisión corresponde únicamente al constituyente primario, y los elegidos deben responderle al pueblo con sus actuaciones.

- c) De igual manera se analiza la constitucionalidad del artículo 16° de la Ley 418 de 1997, que indica que las víctimas del conflicto armado cuentan con el término de un año para solicitar la asistencia humanitaria. Como se mencionó anteriormente, la Corte Constitucional ha dicho que el Legislador tiene una amplia configuración de términos que indiquen el normal desarrollo de los procesos judiciales o administrativos, como desarrollo claro de la cláusula general de competencia del Congreso para hacer las leyes. Sin embargo la Corte también reconoce que no se puede dar el mismo tratamiento a las víctimas que pueden acceder a las autoridades y las que se encuentran en graves condiciones de seguridad, siendo discriminatoria la medida, ya que “...que el conflicto armado colombiano genera desplazamiento de campesinos y enormes dificultades para proveer la seguridad a sectores de la población, por lo que en ocasiones las víctimas de la confrontación armada

deben marginarse para no ser amenazadas”, (Corte Constitucional, C-047, 2001) por tal razón condiciona la exequibilidad del artículo, bajo el entendido de que el término de un año fijado por el Legislador para acceder a la ayuda humanitaria, comenzará a contarse a partir del momento en que cese la fuerza mayor o el caso fortuito que impidieron presentar oportunamente la solicitud, decisión que desarrolla el principio de solidaridad y facilita la debida y oportuna planeación de los gastos públicos, puesto que el presupuesto del Estado debe planificarse y ejecutarse anualmente (Const. 1991, arts. 346 y ss.).

- d) Se consagra una amplia potestad al Legislador para determinar causales de retiro de la carrera de conformidad a lo consagrado en el artículo 125 de la Carta, cuando se pueda afectar la eficaz y eficiente prestación de los servicios públicos y el cumplimiento de los fines función pública, siempre y cuando respete los límites, los principios, valores, fines, derechos y deberes constitucionales que orientan la carrera administrativa. Esta competencia es limitada, pues no debe ejercerse de manera arbitraria, irracional y desproporcionada, ya que las causales de retiro adicionales a las previstas en la Constitución, que establezca el legislador, sólo pueden fundarse en razones objetivas, racionales y proporcionales a las finalidades que se buscan satisfacer. Por tal razón el artículo 125 admite que el retiro se haga “por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.” En consecuencia de lo anterior, cuando el legislador reglamenta el ingreso, ascenso y retiro de la carrera su concepto debe estar limitado por la configuración constitucional de la carrera, sus fines y principios que la rigen y por los derechos que protege.

Con base en lo anterior, se colige que la Constitución autoriza al Legislador para establecer las causales de retiro de la carrera administrativa, ya que el principio de estabilidad laboral “no se opone a la posibilidad de consagrar causales de separación de la carrera en aquellos casos previstos en la ley, que constituyan razón suficiente que justifique la adopción de la medida.” (Corte Constitucional, C-048, 1997), no se trata de la inamovilidad absoluta del empleado, pues existen circunstancias constitucionalmente aceptadas que permiten su desvinculación válida de la carrera.

A nivel jurisprudencial, la Corte en varias sentencias, especialmente al T-406 de 1992 MP. *Ciro Angarita Barón* y C- 563 de 2000 MP. *Fabio Morón Díaz*, al sistema de carrera administrativa

se le da el estatus de principio constitucional que orienta el desarrollo de instrumentos “para asegurar -sobre la base del mérito laboral, académico y profesional, la igualdad de oportunidades y el desempeño eficiente y honesto de las funciones públicas- el ingreso, la permanencia, la promoción y el retiro en los diferentes empleos del Estado”, con su correspondiente valor normativo, es decir una base axiológica-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución Sentencia de tutela no. T-406/92. (Corte Constitucional, T-406, 1992).

Así las cosas, al analizar la constitucionalidad del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, que señala las causales de retiro del servicio, de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, resuelve: a) Declarar la inconstitucionalidad del el literal c) y el parágrafo 1º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, que señala como causal de retiro “...”*Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada*”; en este caso la Corte analiza la similitud que tiene esta consecuencia jurídica en el sistema de carrera administrativa con el derecho disciplinario, indicando que existen diferencias funcionales y diversas racionalidades, al momento de desvincular a un funcionario de la carrera, pues “...el régimen de carrera está fundado en el mérito y se centra en asegurar ante todo la eficacia y continuidad de la actividad estatal, mientras que los procesos disciplinarios protegen preferentemente la moralidad de la administración, y por ello se centran en verificar el cumplimiento de los deberes propios del cargo por los respectivos funcionarios” (Corte Constitucional, T-438, 1992). Así las cosas, el régimen de carrera no tiene una vocación de sanción sino de selección de los mejores servidores, y evaluación y control de su desempeño. Analizando la norma en cuestión se denota que las razones de buen servicio se presentan cuando hay un incumplimiento grave de una o algunas funciones asignadas al funcionario y que estas afectan directamente la prestación de los servicios, asemejándose a una falta disciplinaria, porque el incumplimiento de funciones coincide con una de las conductas objeto de investigación disciplinaria establecida en el artículo 23 del CDU, así mismo el artículo 34 ibídem establece como deber cumplir con las funciones asignadas de manera diligente, eficiente e imparcial y el artículo 35 que indica las prohibiciones, reitera que la omisión, el negar o el retardar asuntos a su cargo o la prestación del servicio a que está obligado no está permitido. Segundo, al calificar dicho incumplimiento funcional como grave, la implicación disciplinaria se torna más clara. Si el primer deber de un funcionario es cumplir sus funciones, no hacerlo en razón a una conducta que equivale a una transgresión grave de sus deberes funcionales tiene una proyección necesaria hacia el ámbito

disciplinario. Finalmente, se hace manifiesto la necesidad de que el acto administrativo mediante el cual se adopta la decisión de retirar al funcionario de carrera por razón del buen servicio, sea una resolución motivada en la que se describan los hechos del incumplimiento y su nexo causal con la prestación del servicio, refiriéndose a cada uno de los elementos de la causal —la descripción de la función o funciones, su asignación al funcionario, los hechos del incumplimiento, su gravedad, el nexo causal con la prestación del servicio y las consecuencias del mismo— e indicar los medios de prueba que sustentan tal decisión, lo que lleva a que el nominador efectúe un juicio sobre la conducta del funcionario, lo cual corresponde al ámbito disciplinario. b) Así mismo, esta sentencia declarará la exequibilidad condicionada del literal d) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez, siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión, no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente al funcionario pensionado su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente (Corte Constitucional, C-1037, 2003), c) Finalmente la sentencia declara la exequibilidad del numeral 2° del artículo 42 de la Ley 909 de 2004, que indica “2. De igual manera, se producirá el retiro de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos de la misma, cuando el empleado tome posesión de un cargo de libre nombramiento y remoción sin haber mediado la comisión respectiva”, ya que la Corte no encuentra que el principio de estabilidad laboral o que con ellas se haya establecido una causal de retiro de la carrera que resulta arbitraria o irrazonable. Dado que las condiciones que ha fijado el legislador para el nombramiento y posesión de funcionarios en los distintos cargos —la clasificación del empleo como de carrera o de libre nombramiento y remoción, los requisitos y esta causal de retiro vulnera de manera irrazonable y arbitraria el principio de estabilidad laboral, ya que las calidades exigidas para cada cargo y función, y el procedimiento para su provisión son públicas y conocidas, por tanto la decisión de un funcionario de carrera de posesionarse en un cargo de libre nombramiento y remoción sin que medie la comisión exigida, supone su aceptación de la pérdida de los derechos de carrera. La Corte menciona cuatro posibilidades ajustadas a la norma constitucional “1) Por encargo hasta por tres meses, cuando el empleo de libre nombramiento y remoción se encuentre vacante, según lo establece el artículo 24 de la Ley 909 de 2004. (Ley 909 de 2004, Artículo 24. Encargo) En este evento, dado que es la administración la que decide proveer el cargo de libre nombramiento y remoción, mediante la figura del encargo, deberá expedir el acto administrativo correspondiente. 2) Por comisión hasta por tres años, prorrogables hasta por otros tres, cuando el empleado de carrera haya obtenido una calificación de desempeño sobresaliente, de

conformidad con lo que establece el inciso primero del artículo 26 de la Ley 909 de 2004. (Ley 909 de 2004, Artículo 26. Comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período). En este evento, el empleado de carrera tiene un derecho a que se le otorgue la comisión para posesionarse en el cargo de libre nombramiento y remoción para el cual ha sido nombrado, o elegido. Para ello, recibida la noticia de su nombramiento o elección, deberá hacer respectiva la solicitud a la entidad. Sin esa solicitud, la Administración no puede, de oficio, otorgar la comisión, dado que se requiere que el funcionario en cuestión manifieste su intención de aceptar el nombramiento o la elección. Si a pesar de la solicitud de la comisión, la Administración no responde y el funcionario se posesiona en el cargo de libre nombramiento y remoción, el afectado puede interponer las acciones administrativas y jurisdiccionales para el restablecimiento de sus derechos de carrera. 3) Por comisión hasta por tres años, prorrogables hasta por otros tres, cuando el empleado de carrera haya obtenido una calificación de desempeño satisfactoria, de conformidad con lo que establece el inciso final del artículo 26 de la Ley 909 de 2004. (Ley 909 de 2004, Artículo 26) En este evento, queda a discreción de la entidad decidir si otorga o no la comisión. El funcionario de carrera no tiene un derecho a que se le otorgue la comisión, por lo tanto, si se posesiona en el cargo de libre nombramiento y remoción, asume las consecuencias de su decisión. 4) Por posesión en el cargo de libre nombramiento y remoción, aunque no medie la comisión respectiva, caso en el cual, se entiende que el funcionario en cuestión acepta las consecuencias de su decisión, de conformidad con lo previsto en el inciso 2 del artículo 42 de la Ley 909 de 2004”. (Corte Constitucional, C-501, 2005).

En cuanto a la configuración legislativa en contratación estatal se debe recordar que *“Para la jurisprudencia constitucional la actividad contractual en el Estado social de derecho es una modalidad de gestión pública, regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad previstos en los artículos 209 y 123 de la Constitución Política como parámetros específicos del cumplimiento de la función administrativa y en general, constituyen núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado social de Derecho.”* (Corte Constitucional, C-088, 2000). Reiterada en la sentencia C-372 de 2002. El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos *“instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde*

ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. De hecho, la contratación del Estado es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues muchos sostienen que el contrato estatal surge con la propia consolidación del Estado moderno, pues cuando éste asume la responsabilidad de prestar los servicios y adelantar funciones para la defensa de los derechos de los administrados y, por ese hecho, aumenta la complejidad de las tareas a su cargo, necesita del apoyo, la intervención y la experiencia que aportan los particulares”. (Corte Constitucional, C-932, 2007). De lo anterior se colige que el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, guiado por el interés general, razón por la cual el contratista, además de estar vinculado al cumplimiento de las obligaciones generales del contrato, está supeditado al cumplimiento de los fines del Estado, puesto que concreta el interés general que representa la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos. (Corte Constitucional, C-128, 2003). En consecuencia de lo anterior, para lograr la materialización del principio de interés general todas las actividades que se desarrollan en torno a la contratación pública son preponderantemente regladas, quedando poco espacio para la discrecionalidad, tratándose de reglas que pretenden satisfacer los principios que orientan la función administrativa, establecidos en el artículo 209 de la Carta, entre los cuales están: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. A nivel jurisprudencial se han señalado los siguientes criterios en materia de configuración del legislador en materia contractual: “i) *De la Constitución no es posible inferir la obligación para el legislador de incorporar en un solo cuerpo normativo toda la legislación existente en materia contractual, pues si ésta hubiera sido la voluntad del constituyente, en el artículo 150 Fundamental se habría autorizado al Congreso de la República para expedir un estatuto único de contratación para el Estado y no un estatuto general como prevé la disposición constitucional.* (ii) *El mandato otorgado al Congreso de la República, en el artículo 150 de la Carta, para que dicte un estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional, implica el reconocimiento de una amplia libertad de configuración del legislador para diseñar un régimen legal cuya finalidad sea la de propender por el logro de los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho, toda vez que el cumplimiento de estas metas requiere del aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. En este orden de ideas, es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado.* (iii) *En virtud de la potestad de*

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

configuración que se comenta el Congreso tiene libertad para regular los aspectos más significativos de la contratación pública como son los referentes a las cláusulas excepcionales, la clasificación de los contratos estatales, los deberes y derechos de las partes contratantes, la competencia y capacidad para contratar, principios fundamentales, nulidades, control de la gestión contractual, responsabilidad contractual, liquidación de los contratos y solución de las controversias contractuales, entre otros, todo dentro de los límites de razonabilidad y proporcionalidad y con arreglo a los parámetros constitucionales. (Corte Constitucional, C-949, 2001). Adicionalmente, y de manera concurrente la jurisprudencia constitucional que en la contratación pública se aplica el derecho a la igualdad de oportunidades, el cual se concreta en el derecho a la libre concurrencia (Const. 1991, art. 333) u oposición según el cual, “se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración.”

La Corte complementa el concepto de la libre concurrencia, mediante Sentencia C- 713 de 2009, en la cual establece que: “...la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato. Sin embargo, la libertad de concurrencia, admite excepciones fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista, además de la posibilidad que tiene el Estado de establecer inhabilidades e incompatibilidades para asegurar la transparencia en el proceso de contratación estatal”. (Corte Constitucional, C-713, 2009). En consecuencia de lo anterior, la Corte Constitucional al evaluar la exequibilidad de partes de los artículos establecidos en la Ley 1150 de 2007, indicó: a) Declara exequible el inciso 2 del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 150 de 2007, en el aparte que indica “Artículo 2º. De las modalidades de selección... Cuando la entidad estatal

así lo determine, la oferta en un proceso de la licitación pública podrá ser presentada total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa, en las condiciones que fije el reglamento”, en razón a que la posibilidad de presentar la oferta total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa en los procesos licitatorios, no vulnera el principio de interés general ni los fines del Estado, máxime cuando la utilización de este mecanismo constituye una opción para la entidad estatal, que debe determinar si lo emplea o no. La posibilidad de conformar dinámicamente la oferta en una etapa de la licitación pública, persigue reducir el costo total de la propuesta presentada, siendo posible lograr mejores condiciones técnicas y económicas. Se habilita un mecanismo de presentación de la oferta en el que la única variable a utilizar no es necesariamente la del precio, pues pueden incluirse otras variables dinámicas de conformidad con el pliego de condiciones, y b) Declarar la exequibilidad del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que establece que “1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo.”, ya que respeta el contenido del principio de la libre concurrencia, es decir el respeto a la igualdad de oportunidades en el acceso a la participación en un proceso de selección contractual, en el marco de las prerrogativas de la libertad de empresa, se permite al legislador que establezca que las condiciones del oferente no son calificables sino verificables, de tal manera que una vez estas verificadas, la entidad pueda seleccionar la mejor oferta, pudiendo para ello en procesos de licitación pública, cuando así se determine que la oferta sea presentada total o parcialmente de manera dinámica, mediante subasta inversa en las condiciones señaladas por el reglamento (Decreto 2474, 2008), sin que ello implique la vulneración del interés general.

La libertad de configuración legislativa debe analizarse en cada caso concreto, ya que existen infinidad de materias en que se aplica, siempre con la perspectiva de respeto y sujeción a la Constitución. Los ejemplos otorgados son meramente ilustrativos, pero analizan de manera directa si la norma de inferior jerarquía contraria preceptos constitucionales claros, cuando el legislador hace uso de la libertad legislativa de la que es titular.

Teniendo en cuenta estos dos conceptos estructuradores, a continuación se analizarán el control constitucional de cada uno de los instrumentos de intervención, relacionándolo con un test

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

de proporcionalidad a realizar, con base en las características propias del control constitucional realizado por la Corte Constitucional o el Consejo de Estado, según corresponda.

Se utilizará el *escrutinio leve* cuando:

- a) De manera genérica, en todos los instrumentos de intervención en que el Consejo de Estado ha realizado el control constitucional en virtud de lo establecido en el artículo 237 de la Carta Política, el cual señala:

“Artículo 237. Son atribuciones del Consejo de Estado:

2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”. (Const. 1991, art. 237).

Tratándose de un control que se ejercitarse en los decretos de contenido administrativo: decretos reglamentarios, marco, de corrección de yerros ejecutivos, así como unos decretos atípicos como los decretos compiladores, los decretos orgánicos y los decretos administrativos con vocación legislativa.

Lo anterior, en razón a lo indicado por el doctrinante Manuel Fernando Quinche,”*se trata de un control “tibio”, más bien complaciente, de baja calidad y baja intensidad*”, El control realizado por el Consejo de Estado tiene tres problemas estructurales:

1. El control no parte de la Constitución sino su génesis radica en el principio de legalidad.
2. Transformación de la acción por inconstitucionalidad por simple nulidad, en razón a que en virtud de la ley 270 de 1994 en su artículo 37, Estatutaria de Administración de Justicia establece que

“La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo tendrá las siguientes funciones especiales: ...9. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”.

El derogado Decreto 01 de 1984, anterior Código Administrativo, en el artículo 97.7 indicaba que la Sala Plena del Contencioso Administrativo es la autoridad competente de la acción

de inconstitucionalidad, el cual fue modificado por el artículo 33 de la Ley 446 de 1998, que limitaba el objeto y alcance de la acción de la siguiente manera:

De las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se promuevan contra los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, que no correspondan a la Corte Constitucional, cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezca a función propiamente administrativa...

(...) Las acciones de nulidad de los demás decretos del orden nacional, dictados por el Gobierno nacional, se tramitarán y decidirán por las Secciones respectivas, conforme a las reglas generales de este Código y el reglamento de la Corporación”

Las limitaciones establecidas en la norma reformada, radica en el establecimiento de que la acción solo puede ejercitarse en contra de los decretos de carácter general, únicamente por confrontación directa con la Constitución y siempre y cuando la expedición del decreto no obedezca a una función administrativa. Se trata al decir del doctrinante Manuel Fernando Quinché de una elusión constitucional, ya que todas estas restricciones conllevaban a que todas las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos fueran tramitadas por nulidad simple y decididas por las secciones respectivas.

Con la Ley 1437 de 2011, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece en el artículo 135 establece la acción de nulidad por inconstitucionalidad, derogando lo establecido en la Ley 446 de 1998 estipulando en su lugar la acción procede en contra de “...los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución”. Nuevamente, se amplía el alcance de la acción de inconstitucionalidad a cualquier clase de decreto que tenga contenido administrativo, incluyendo los “...actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del gobierno nacional”.

3. Concurrencia de competencias de control entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, la primera por considerarla un decreto de contenido legislativo, y el segundo por creer que es un decreto meramente administrativo, es el caso sucedido con el Decreto 2687 del 24 de agosto

de 2004 “por el cual se corrigen yerros tipográficos del Decreto 2637 del 19 de agosto de 2004 “por el cual se desarrolla el acto legislativo número 03 de 2002”, el cual fue conocido por el Consejo de Estado mediante radicado No. 110010322400020040033201, M.P. Rafael Ostau y por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 672 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

En concordancia a lo anterior, los decretos expedidos por el Gobierno y los expedidos por las entidades u organismos de carácter no nacional, serán objeto de test leve en razón a las dificultades y limitaciones que ha tenido el control por parte del Consejo de Estado, especialmente por la prioridad que le otorga al principio de legalidad. Cabe destacar lo señalado en Sentencia C-400 de 2013, donde analiza la constitucionalidad del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, donde estudia el termino cosa juzgada constitucional indicando lo siguiente: “7.4. No ocurre igual con la expresión “constitucional” contemplada en el inciso 3 del artículo 189 de dicha ley, puesto que los efectos de cosa juzgada constitucional allí establecidos obedecen a la competencia exclusiva de la Corte Constitucional, según mandato expreso de la Carta Política, de manera que mal puede el legislador ordinario el establecimiento de esa facultad y consecuencia constitucional (art. 243) a órgano que literalmente no ostenta la condición de tribunal constitucional (Corte Constitucional, C-037 de 1996, precitada). (Corte Constitucional, C-400, 2013).

Adicionalmente indica que “...no es posible trasladar los efectos de cosa juzgada constitucional al Consejo de Estado por carecer de la potestad de órgano de cierre de la jurisdicción constitucional”, lo que significa que las decisiones emitidas por el Consejo de Estado, al resolver la nulidad por inconstitucionalidad, sus decisiones solo hacen tránsito a cosa juzgada ordinaria.

- b) En el caso de ley estatutaria, cuando en las sentencias que disponen de manera definitiva sobre la constitucionalidad de una ley estatutaria, y en la parte resolutive de la sentencia se dispone sobre una norma y dicha decisión no tiene sustento en la parte considerativa, se configura lo denominado “cosa juzgada aparente”. (Corte Constitucional, C-397, 1995) y (Corte Constitucional, C-700, 1999), pues no existe motivación que determine la adopción de una decisión en uno u otro sentido, no acatar lo anterior sería una vulneración al derecho de acceso a la administración de justicia, caso en el cual se podría instaurar una acción de inconstitucionalidad, de manera excepcional por su contenido material.

- c) Cuando la ley estatutaria, además podrá ser demandada por inconstitucionalidad cuando en el trámite posterior al control previo se configure un vicio de procedimiento.
- d) En el caso del *control posterior de constitucionalidad* de leyes y decretos con fuerza de ley que no tienen un control especial, que se desarrolla una vez se haya interpuesto la acción que da inicio al proceso de revisión. Bajo tal normatividad se encuentran los siguientes instrumentos de intervención: leyes ordinarias, orgánicas, ley del plan de desarrollo, leyes de facultades extraordinarias, ley marco, leyes que conceden amnistías o indultos por delitos políticos, leyes sobre restricción a los límites del derecho de circulación en San Andrés Isla (Const. 1991, art. 310, inciso 2°), el acto reformativo de la Constitución u acto legislativo (Corte Constitucional, Sala Plena, Auto No. 001, 2003)
- e) En cuanto al Decreto de la ley del Plan Nacional de Desarrollo, se presenta un control posterior (pues se ejerce de haber sido expedido y de entrar en vigencia el decreto ley) y por demanda ciudadana (mediante la acción pública de inconstitucionalidad). Lo anterior, en virtud a las características de esta norma, ya que ella contiene la planeación y el presupuesto de la Nación en un lapso de cuatro (4) años, siendo multitemática, pues involucra diversos objetivos y metas, así como planos de desarrollo. Esta ley tiene dos partes: la primera contiene programas macroeconómicos, y la segunda, corresponde al plan de inversiones, que a su vez establece los presupuestos plurianuales y los recursos de ejecución. La expedición del Decreto de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo está autorizado por el inciso 3° del artículo 341 de la Carta Política que indica “*Si el Congreso no aprueba el plan nacional de inversiones públicas en un término de tres meses después de presentado, el gobierno podrá ponerlo en vigencia mediante decreto con fuerza de ley*”, normatividad que es retomada en el artículo 25 de la Ley 152 de 1994. El país solo ha tenido una expedición del plan mediante el decreto con fuerza de ley, durante la presidencia de Andrés Pastrana, mediante el Decreto 955 de 2000, “Por el cual se pone en vigencia el Plan de Inversiones Públicas para los años 1998 a 2002, en razón a que la Ley 508 de 1999 Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo para los años 1999-2002, había sido declarado inexecutable por la Corte por haber incurrido en vicios de forma (Corte Constitucional, C-557, 2000). Sin embargo, el Decreto 955 de 2000, también fue declarado inexecutable mediante Sentencia C- 1403 de 2000, por falta de competencia del ejecutivo

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

para expedir el decreto, pues una declaratoria de inexequibilidad no se encuentra en la situación fáctica descrita en el inciso 3° del artículo 341 de la C.P.

- f) Los decretos atípicos ya que el control de constitucionalidad es posterior y por vía de acción. Este tipo de Control es desarrollado en la Sentencia C-049 de 2012, reiterando la competencia de la Corte Constitucional para su estudio: a) En el caso de Decretos Estatutarios Regulares, se encuentran establecidos en los artículos transitorios de la Carta Política, y es una potestad otorgada por el constituyente primario, b) Los Decretos Estatutarios Irregulares, que nacen como resultado de facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso de la Republica al presidente, para que desarrolle materias con reserva de ley estatutaria. c) Los Decretos Compiladores, no se encuentran previstos, pero son elaborados por los presidentes, razón por la cual la Corte Constitucional estableció que estos solo pueden desarrollarse en virtud de leyes de facultades extraordinarias que lo aprueben. El control de constitucionalidad es ejercido por la Corte Constitucional cuando se vulneran normas materiales de la Constitución y por el Consejo de Estado cuando se trata de un control formal, por ser un decreto ejecutivo. d) El control de constitucionalidad de los decretos de enmienda o de corrección de yerros caligráficos y tipográficos sobre las disposiciones con fuerza de ley, tiene dos reglas: la primera, si se declara la inconstitucionalidad de la ley que es corregida por el decreto, surge una inconstitucionalidad consecuente conocida por la Corte Constitucional; la segunda se presenta cuando el decreto de corrección excede su competencia y cambia las regulaciones legales sustantivas, caso en el cual la Corte se pronuncia sobre la ley y no sobre el decreto. e) Los Decretos expedidos con ocasión al trámite de referendos constitucionales es ejercido por la Corte especialmente de: el decreto de ejecución de la convocatoria a referendo constitucional, el acto que fija el censo electoral necesario, el acto que aprueba el referendo constitucional y los actos de particulares que proponen por iniciativa popular el trámite de una ley de convocatoria a referendo constitucional. (Corte Constitucional, C-049, 2012).
- g) Mediante Sentencia C-027 de 1993 se estableció el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente, dando la posibilidad de que los tratados internacionales suscritos en vigencia de la Constitución de 1886 sean objeto de control constitucional, por parte de la Corte, por tratarse de un ordenamiento jurídico superior nuevo. (Corte Constitucional, C-027, 1993).

Sin embargo, como ya se mencionó, existe la posibilidad de control a través de la acción pública de inconstitucionalidad, la cual fue reconocida mediante Sentencia C- 400 de 1998, en las siguientes hipótesis: 1) Contra las leyes aprobatorias de tratados celebrados y ratificados antes de la Constitución de 1991, 2) Contra leyes aprobatorias de tratados internacionales que por alguna razón no han sido sometidos a control previo y definitivo de constitucionalidad, por ejemplo cuando no es enviada la ley a la Corte, siendo precedentes las sentencias C-059 de 1994, C-864 de 2006 y C-036 de 2008. 3) Contra los acuerdos simplificados o documentos similares, cualquiera sea su denominación, al decir de la Corte “Contra los actos que regulan relaciones internacionales que por su contenido son propias de un tratado, cuando han sido perfeccionados sin el cumplimiento de los requisitos que la Constitución exige o que riñen abiertamente con ella” (Corte Constitucional, Auto 288, 2010).

Los acuerdos simplificados, cuando no son utilizados como instrumentos internacionales que desarrollan un tratado ya existente, sino como “...instrumentos para crear o modificar las obligaciones internacionales del Estado colombiano, de modo que por medio de ellos no es posible exceder, ampliar o superar el alcance de las obligaciones adquiridas previamente mediante un tratado celebrado solemne” (Corte Constitucional, Auto 288, 2010).

El *escrutinio intermedio* se utilizará:

- a) En razón a que el control de los proyectos de ley objetados por el Presidente, es previo, ya que se hace antes de la sanción del proyecto de ley, es interorgánico ya que participa el Congreso de la República pues se devuelve el proyecto para que analicen las objeciones presentadas y el Presidente de la República, en éste caso como titular del control de constitucionalidad, es materia y formal, el primero ya que estudia las objeciones presentadas por el presidente, pero en algunos casos la Corte puede extenderse a otros asuntos conexos, pues “en ciertas ocasiones se hace necesario que esta Corporación se pronuncie sobre aspectos que no fueron planteados explícitamente por el Gobierno, pero cuyo análisis resulta ser un presupuesto indispensable para el estudio de las razones de inconstitucionalidad formuladas en las objeciones mismas” (Corte Constitucional, C-1404, 2000), y es formal pues estudia el trámite surtido por el proyecto, y lo más importante, su decisión tiene *efectos de cosa juzgada relativa*, circunscrita al asunto que fue debatido de conformidad con la objeción.

El término para realizar la respectiva objeción presidencial está determinado en el artículo 166 de la Carta Política que establece:

“El Gobierno dispone del termino de seis días para devolver con objeciones cualquier proyecto cuando no conste en más de veinte artículos, de diez días, cuando el proyecto contenga veintiuno a cincuenta artículos; y hasta de veinte días cuando los artículos sean más de cincuenta”.

La Corte ha dicho que se trata de días hábiles contados a partir del día siguiente a aquel que fue recibido para sanción presidencial, implicando la publicación de las objeciones en el Diario Oficial dentro de dicho término, no siendo admisible el simple envío a la Imprenta Nacional. (Corte Constitucional, C-766, 2010) (Corte Constitucional, C-714, 2008).

- b) En cuanto al control de los Decretos con fuerza de ley, establecidos en el numeral 5 del artículo 241, específicamente los que se expiden con base en leyes de facultades extraordinarias (artículo 150.10) y el decreto del plan nacional de inversiones (artículo 341), se añaden los decretos estatutarios regulares, los decretos estatutarios irregulares, los decretos compiladores, los decretos de corrección de yerros y los decretos orgánicos, a través de una interpretación extensiva realizada por la Corte Constitucional, en razón a que contiene materias que desarrollaría una ley.
- c) Dentro de los decretos con fuerza de ley dictados con base en leyes de facultades extraordinarias debe tenerse en cuenta dos aspectos: a) el control de la ley que otorga las facultades, que se rige por el numeral 4° del artículo 241 de la C.P. y b) la de los decretos con fuerza de ley expedidos con base en dicha ley, que se realiza con base en el numeral 5° de mencionada norma. Debe tenerse en cuenta que en caso de desbordarse el ejercicio de las facultades extraordinarias puede presentarse la inconstitucionalidad por incompetencia.
- d) En el caso de los referendos constitucionales, cuando es viable la acción pública de inconstitucionalidad contra el acto reformativo de la Constitución, el cual procede después de la votación del texto. En este caso la Constitución ha establecido un control reforzado, porque además del control automático que ejerce la Corte sobre la materia mencionada, procede la acción pública de inconstitucionalidad.
- e) La acción de inconstitucionalidad por vicios de procedimiento en la formación del acto impugnado, la cual sólo procederá dentro del año siguiente a la fecha de publicación del

respectivo acto. El control por vicios de forma se realiza para establecer si se vulneraron los principios que rige el trámite legislativo, estos son: a) principio de publicidad, el cual se desarrolla en dos contextos, el interno, debiendo informar a todos los parlamentarios el estado del “se garantiza que se tramiten los proyectos de ley en cuatro (4) debates consecutivos (3 si hay sesiones conjuntas), garantizando el debate suficiente y con ello el principio democrático y la eficacia de la actividad legislativa, estudiando cada una de las temáticas propuestas en el proyecto, incluyendo el análisis de las enmiendas introducidas al proyecto de ley. c) El principio de unidad de materia, tiene una relación inescindible de con el núcleo temático o materia dominante del proyecto de ley, y la relación de este núcleo con el articulado del proyecto. Con el fin de verificar si algún artículo del proyecto cumple o no con este principio debe realizarse un test de unidad de materia, que es definido ampliamente por Lancheros, denotando la realización de un juicio de existencia o inexistencia de conexidad temática, causal, teleológica o sistemática que debe existir entre el núcleo del proyecto y la disposición examinada. (Lancheros, 2010, p. 117). d) Finalmente, el *principio de identidad flexible*, según el cual refiere a que cada una de las adiciones, modificaciones o enmiendas presentadas al proyecto inicialmente presentado no lo conviertan en uno diferente, tiene que ver con la conservación de su identidad durante el trámite legislativo del proyecto. Para ello deben analizarse que las enmiendas deben guardar relación de conexidad material con el eje central del proyecto, no pueden contener aspectos nuevos o autónomos que no tengan relación con los ya discutidos.

- f) Los actos reformativos de la Constitución, la cual puede ser reformada por el Congreso, por una Asamblea constituyente o por el pueblo mediante referendo. Denótese que debe tratarse de una reforma y no de una sustitución. En este caso se trata de un control posterior, ejercido por demanda ciudadana, la cual debe ejercerse dentro del año siguiente a la expedición del acto legislativo. Debe tratarse de un vicio de procedimiento, ya que no toda irregularidad lo conforma. En sentencia C-1040 de 2005, la Corte Constitucional señala que “No toda irregularidad en el trámite legislativo constituye un vicio de procedimiento, y en materia de actos legislativos se acude a criterios para establecer la diferencia ...” entre:

- Errores irrelevantes, los cuales suceden cuando no se vulnera un principio constitucional y no se altera la voluntad democrática

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

- Irregularidades reglamentarias, caso en el cual se presenta una vulneración del proceso legislativo es decir violación del Reglamento del Congreso o de una ley estatutaria y,
- Finalmente, el vicio de procedimiento, se da cuando existe la vulneración de un principio constitucional, como el de consecutividad o publicidad, entre otros. (Corte Constitucional, C-1040, 2005)

Añade la sentencia que en caso de vicios de procedimiento se analizan las siguientes temáticas:

- “Si el efecto es de suficiente entidad como para constituir un vicio susceptible de afectar la validez de la ley,
- En caso de presentarse vicio, la Corte estudiará si existió o no una convalidación del mismo durante el trámite mismo de la ley.
- Si el vicio no fue convalidado, debe la Corte analizar si es posible devolver la ley al Congreso y al Presidente para que subsanen el defecto observado, y
- Si no se presenta ninguna de las anteriores hipótesis, la Corte debe determinar si es posible que ella misma subsane, en su pronunciamiento, el vicio detectado, respetando siempre el principio de razonabilidad.
- El control de las leyes se establece en dos perspectivas: control por vicios de forma y control por vicios de fondo”. (Corte Constitucional, C-1040, 2005)

El *escrutinio estricto* se aplicará cuando se trata de normas:

- a) Proyectos de ley estatutaria, ya que por la naturaleza de estas normas, especialmente las materias que trata (los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y los recursos para su protección, la administración de justicia, la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, el estatuto de la oposición y funciones electorales, las instituciones y mecanismos de participación ciudadana y los estados de excepción), lo cual se consagra en el artículo 153 de la C.P.

- b) Las leyes de convocatoria a referendos constitucionales (numeral 2° del artículo 241 de la C.P), pero solo por vicios de procedimiento lo que abarca dos posibilidades: a) examen de vicios durante el trámite legislativo y b) examen de vicios de competencia en que puede incurrir el Congreso y asambleas constituyentes. (Corte Constitucional, Sentencia C-141, 2010)

En el caso de los referendos constitucionales, se trata de un control posterior, automático, de oficio, integral y definitivo. Es un control porque se ejerce sobre la totalidad de los trámites surtidos, los cuales involucran varias entidades como el Presidente de la Republica, la Registradora Nacional del Estado Civil, el Consejo Nacional Electoral y el Congreso. Es definitivo, porque al analizar la totalidad del trámite, la *sentencia hace tránsito a cosa juzgada absoluta*, sin posibilidad de demanda posterior. Sin embargo su aplicación puede originar la vulneración de derechos fundamentales en un caso concreto.

La Corte en el control de constitucionalidad de los referendos tanto de origen popular o ciudadano y de origen gubernamental, analiza que dichas propuestas son presentadas como poder constituyente secundario, por tanto deben estar ajustadas a un procedimiento, reglas y controles. Por tal motivo, la competencia de la Corte se limita a vicios de procedimiento en su formación, lo que involucra dos modos: el examen de los vicios en el trámite legislativo y el examen de los vicios de competencia (Corte Constitucional, C-141/10, 2010).

No se presenta prejudicialidad para el ejercicio del control de constitucionalidad por parte de la Corte, tal como lo indica mediante Sentencia C-141 de 2010 “...así como la competencia de la Corte no desplaza aquellas atribuidas constitucional y legalmente a otras autoridades públicas, tampoco existe en sede de control de constitucionalidad, prejudicialidad alguna en relación con las decisiones que deban adoptar estas últimas...”. (Corte Constitucional, C- 141, 2010).

En el caso de un referendo de origen gubernamental, el control realizado por la Corte tiene en cuenta dos aspectos para que sean constitucionales: a) Las modificaciones o adiciones realizadas por el Gobierno, quien las puede promover antes de la discusión en la comisión, las cuales debe tener unidad de materia, y guardar relación de conexidad razonable con los temas propuestos, siendo el proyecto presentado el límite de la intervención, b) Las modificaciones realizadas por el Congreso, siempre y cuando versen sobre la temática de la iniciativa, sin poder introducir temas

nuevos, con lo que se proyecta el respeto de los principios de unidad de materia y el principio de identidad. (Corte Constitucional, C-551, 2003).

En cuanto al referendo de origen popular, la Corte realizará un control basado en verificar que las modificaciones introducidas por el Congreso no sustituyan el proyecto presentado por el pueblo, transformándolo en un proyecto distinto.

En ambas clases de referendo la Corte verifica lo siguiente para ser catalogado como constitucional: a) el contenido de las preguntas del referendo, verificando que no sean inductivas, incompletas o erróneas, b) la aprobación integral del referendo, es decir la aprobación en bloque de las preguntas que hacen parte del mismo, siempre y cuando versen sobre la misma materia, denominados referendos monotemáticos. En caso de referendos multitemáticos, no se permite la aprobación en bloque por atentar contra la democracia deliberativa.

- c) El control de los tratados públicos y sus leyes aprobatorias, en la modalidad de control previo, automático, integral y definitivo de los tratados suscritos. De conformidad a lo establecido en Auto 288 de 2010, se indica que: “Bajo los lineamientos de la Convención de Viena, y por supuesto sin pretensiones exhaustivas en la materia, se entiende que un tratado (i) es un acuerdo escrito, (ii) celebrado entre dos sujetos de derecho internacionales, (iii) regido por el derecho internacional y (iv) que es independiente de la denominación formal que del mismo se haga, (Corte Constitucional, Auto 288, 2010).

Cabe destacar que el tratado puede suscribirse entre Estados, o entre organizaciones internacionales, o entre Estados y organizaciones internacionales. Se trata de un acto complejo que implica varias etapas: negociación, suscripción y firma, expedición de la ley aprobatoria, sanción presidencial, control judicial por parte de la Corte Constitucional y ratificación (canje de notas diplomáticas en caso de un tratado bilateral o el depósito de la ratificación si se trata de tratados multilaterales). En el trámite y aprobación del Tratado Internacional intervienen las tres ramas del poder público.

La integración entre el derecho interno y el internacional, ha sido objeto de múltiples teorías, entre ellas la dualista y la monísta, pero la Corte ha optado por un monismo moderado y la aplicación de teorías coordinadoras o de articulación entre el Derecho Internacional y el derecho interno. (Corte Constitucional, C- 400, 1998).

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

La interpretación que debe darse a los artículos 4° y 93° de la Carta Política, se indica que “Por ende en virtud del principio hermenéutico del efecto útil, según el cual, se debe preferir aquella interpretación que confiere eficacia normativa a todas las cláusulas del texto normativo, es menester concluir que el artículo 93° superior debe tener algún alcance específico, y este no puede ser sino el siguiente: esta disposición constitucional confiere una prevalencia en el orden interno a ciertos tratados de derechos humanos, prevalencia que, contrario sensu, no se predica de todos los tratados. (Corte Constitucional C-400, 1998).

El *control es previo*, ya que la actuación de la Corte se ejerce durante el trámite de Tratado, antes de la ratificación, siendo de carácter preventivo; el *control es integral* pues se analiza el fondo (confrontación de las cláusulas con el cuerpo de la Carta Política) y la forma del tratado (cumplimiento del tratado en cada una de sus etapas); es *automático* pues la competencia de la Corte nace con el hecho de la sanción de la ley aprobatoria, o dentro de los seis días siguientes a la misma; y es un *control definitivo* ya que la sentencia de la Corte hace tránsito a cosa juzgada constitucional, sin embargo puede vulnerar derechos en un caso concreto, por tanto debe darse la oportunidad de inaplicar alguna de la normatividad vigente.

- d) El control de los decretos legislativos de los estados de excepción. La constitución prevé tres estados de excepción en Colombia: a) Estado de guerra exterior establecido en el artículo 212 que indica “*Los decretos legislativos que dicte el gobierno suspenden las leyes incompatibles con el estado de guerra*”, b) Estado de conmoción interior, previsto en el artículo 213 que dice “*Los decretos legislativos que dicte el Gobierno podrán suspender de las leyes incompatibles con el estado de conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare reestablecido el orden público*” y c) Estado de emergencia económica, social y ecológica el artículo 215 indica que “*El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo*”.

El control de constitucionalidad de los decretos emitidos en los estados de excepción son actos del poder público y como tal son actos jurídicos solo que se proyectan políticamente, razón por la cual procede el control por parte de la Corte.

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

La Corte señala que el control constitucional involucra tanto el decreto legislativo que declara la excepción como los decretos que contienen las medidas (Corte Constitucional, C-004, 1992).

A pesar de que el control constitucional realizado por la Corte es un *control definitivo*, pues la sentencia emitida hace tránsito a cosa juzgada absoluta y por ende no pueden ser objeto posterior de acción de inconstitucionalidad, en razón a que ya media la confrontación de cada uno de los decretos y la Carta Política.

Sin embargo, y por creer que se pueden presentar la vulneración de algunos derechos de las personas al implementarlos y de ser objeto de la aplicación excepción de inconstitucionalidad en casos concretos.

En consecuencia se indican los rasgos más relevantes del control:

- Estado de Guerra, el cual se declara mediante decreto legislativo que debe ser firmado por el Presidente y la totalidad de los ministros, cuyo objetivo es revestir al Presidente de las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra y procurara el restablecimiento dela normalidad, cuando se presente un conflicto bélico de carácter externo o de agresiones armadas de países vecinos. El estado de guerra dura hasta que cese el conflicto. Se presentan dos controles: uno de carácter político desarrollado por el Congreso a por medio del cual declara o no la guerra; otro de carácter jurídico, siendo tarea de la Corte Constitucional de manera oficiosa.
- Estado de Conmoción Interior, debe ser declarado mediante decreto por el Presidente y sus ministros, el cual debe ser motivado, imponiendo cargas valorativas y probatorias, donde se argumente la grave perturbación del orden público donde se atente a la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana. De lo anterior se colige la existencia de presupuestos para la declaratoria del estado de conmoción: la existencia de una perturbación del orden público, que sea valorada como grave y que no sea posible contrarrestarla con las atribuciones normales de los medios policivos disponibles. El estado de conmoción debe indicar expresamente si es declarado en todo el territorio nacional o en parte de él, el término de duración es de noventa (90) días, siendo prorrogables por dos períodos iguales, la segunda prórroga debe tener el concepto previo del Senado. Los

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Decretos Legislativos que contengan las medidas son de carácter temporal y se suspenden una vez la situación allí cesado. Con la Constitución de 1991 se establece que en el estado de conmoción interior no es dado: 1) La prohibición de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales, reconocidos por el bloque de constitucionalidad, del cual hacen parte los instrumentos de derecho internacional humanitario y los tratados que consagran derechos humanos, sólo se permite la limitación, respetando el núcleo básico, 2) Respeto a las reglas del Derecho Internacional Humanitario, los cuales limitan los métodos y medios utilizados en la guerra (Derecho de la Haya o Derecho de Ginebra), 3) Sometimiento de las facultades de conmoción a la ley estatutaria, es decir la Ley 137 de 1994, en la cual se limita la acción del ejecutivo en los estados de excepción y se establecen las sanciones en caso de extralimitación de los mismos. 4) Proporcionalidad entre las medidas establecidas y la gravedad de los hechos, debiendo aplicar las medidas que resulten menos gravosas en términos de protección y garantías. En todo caso, no debe efectuarse el núcleo esencial de los derechos fundamentales, debiendo acudir al escrutinio de razonabilidad, con sus tres etapas: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. (Corte Constitucional, C- 802, 2002). 5) La no interrupción del normal funcionamiento de las ramas del poder y los órganos del Estado, pues no es admisible ni en el caso de excepción la suspensión del Estado constitucional democrático. 6) Prohibición del juzgamiento de civiles por la justicia penal militar, tratando de evitar la arbitrariedad y la vulneración de los derechos humanos, y 7) El deber de declarar restablecido el orden público cuando cesen las causas que le dieron lugar, en razón a la temporalidad y proporcionalidad del estado de excepción, ya que el Estado Constitucional es la regla.

- Estado de Emergencia Económica, Social, Ecológica o por Grave Calamidad Pública, el que también debe ser establecido mediante decreto legislativo firmado por el Presidente y la totalidad de los ministros, el cual está destinado a corregir las alteraciones que desequilibren el orden económica, social, ecológica o una grave calamidad pública, pudiendo ser grupales o individuales. Debe ser motivado, indicando las razones que conllevan, debiendo establecer el ámbito espacial (en todo el territorio nacional o en una parte) y temporal, por un período de hasta 30 días en cada caso, no pueden exceder los noventa (90) días calendario. Los decretos dictados en este estado de excepción, son permanentes, salvo los que establezcan tributos, los que dejarán de regir al término de la

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso los transforme en permanentes. Al igual que el estado de conmoción interior tiene ciertos presupuestos de fondo que deben satisfacerse: la ocurrencia de un hecho sobreviniente, no se puede declarar cuando se trata de situaciones endémicas, permanentes o problemas estructurales, por ejemplo el caso de la salud, que revista gravedad e inminencia y que no se pueda satisfacerse la emergencia social, económica o ecológica mediante el ejercicio de las facultades ordinarias de las autoridades estatales. (Corte Constitucional, C-122, 1997) (Corte Constitucional, C- 135, 2009). Dentro de los límites establecidos en este estado de excepción esta: 1) Prohibición de suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales, ya que estos solo pueden ser limitados en los estados de excepción, 2) Prohibición de desmejorar los derechos sociales de los trabajadores, ni en estándares ni en contenido, como la seguridad social en salud, seguridad social en pensiones, trabajo y vivienda digna, entre otros. Se trata de un control mixto y reforzado, ya que también contempla las modalidades de control político y jurídico, y se ejerce sobre el decreto legislativo que declara la emergencia económica, como los decretos que contienen las medidas necesarias para superar la perturbación. Es un control posterior, automático, integral, definitivo es participativo.

Finalmente, se establece la clase de escrutinio a realizar, de conformidad a los lineamientos indicados:

Tabla 11. Determinante de la Elección Forma del Escrutinio.

Clase de escrutinio	DETERMINANTE DE LA ELECCIÓN FORMAL DEL ESCRUTINIO			
	Derechos Vulnerados Caso Concreto	Libertad de Configuración Legislativa	Cosa Juzgada Constitucional	Control Constitucional de Norma de Intervención
LEVE	Aplicado para normas de carácter económico, tributario, financiero, cambiario, bursátil contractuales o de política internacional, y en general	La Constitución guarda silencio sobre alguna temática dejando un espacio amplio para regulación y opciones por parte del Legislador.	Cosa Juzgada Relativa Implícita Cosa Juzgada Aparente	De manera genérica, todos los instrumentos de intervención en que el Consejo de Estado ha realizado el control constitucional en virtud de lo establecido en el artículo 237 de la Carta Política, específicamente: decretos de contenido administrativo: decretos reglamentarios, marco, de corrección de yerros ejecutivos, así como unos decretos atípicos como los decretos compiladores, los

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

normas de contenido económico.				decretos orgánicos y los decretos administrativos con vocación legislativa.
			Cosa Juzgada Aparente	Cuando ocurra cosa juzgada aparente en las leyes estatutarias.
			Cosa Juzgada Relativa Implícita	Cuando existan vicios de procedimiento de leyes estatutarias, los cuales nazcan posteriormente al control previo.
			Cosa Juzgada Aparente	
			Cosa Juzgada Relativa Implícita	En el caso del control posterior de constitucionalidad de leyes y decretos con fuerza de ley que no tienen un control especial, tratándose de leyes ordinarias, orgánicas, ley del plan de desarrollo, leyes de facultades extraordinarias, ley marco, leyes que conceden amnistías o indultos por delitos políticos, leyes sobre restricción a los límites del derecho de circulación en San Andrés Isla y el acto reformativo de la Constitución u acto legislativo.
			Cosa Juzgada Aparente	
			Cosa Juzgada Relativa Implícita	Los decretos atípicos ya que el control de constitucionalidad es posterior y por vía de acción, tratándose de Decretos Estatutarios Regulares, Decretos Estatutarios Irregulares, Decretos Compiladores, Decretos de enmienda o de corrección de yerros caligráficos y tipográficos sobre las disposiciones con fuerza de ley, los Decretos expedidos con ocasión al trámite de referendos constitucionales.
			Cosa Juzgada Aparente	
			Cosa Juzgada Relativa Implícita	Leyes que aprueben tratados internacionales, en los siguientes tres casos: a) Tratados suscritos en vigencia de la Constitución de 1886, en virtud de la figura de la inconstitucionalidad sobreviniente, b) Contra leyes aprobatorias de tratados internacionales que por alguna razón no han sido sometidos a control previo y definitivo de constitucionalidad y c) Contra los
			Cosa Juzgada Aparente	
			Inconstitucionalidad sobreviniente	

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

				acuerdos simplificados o documentos similares.
ESCRUTINIO INTERMEDIO	Evaluar normas que establecen acciones afirmativas, que introducen criterios de diferencia para mejorar un grupo determinado. Normas de derecho colectivo y del medio ambiente y normas que afecten la libre competencia.	La Constitución da reglas para el desarrollo de una institución jurídica.	Cosa Juzgada Relativa Implícita	Cuando la norma de intervención ha sido objetada por el Presidente de la Republica.
			Cosa Juzgada Aparente	
			Cosa Juzgada Relativa Implícita	Decretos con fuerza de ley, establecidos en el numeral 5° del artículo 241, específicamente los que se expiden con base en leyes de facultades extraordinarias (artículo 150.10) y el decreto del plan nacional de inversiones (artículo 341), los decretos estatutarios regulares, los decretos estatutarios irregulares, los decretos compiladores, los decretos de corrección de yerros y los decretos orgánicos.
			Cosa Juzgada Aparente	
			Cosa Juzgada Relativa Implícita	En el caso de los referendos constitucionales, cuando es viable la acción pública de inconstitucionalidad contra el acto reformativo de la Constitución, el cual procede después de la votación del texto.
			Cosa Juzgada Aparente	
			Cosa Juzgada Relativa Implícita	La acción de inconstitucionalidad por vicios de procedimiento en la formación del acto impugnado, sólo si se alega dentro del año siguiente a la fecha de publicación del respectivo acto.
			Cosa Juzgada Aparente	
ESTRICTO	Instrumentos de intervención integren un trato diferenciado basados en criterios “sospechosos”	La Constitución precisa ampliamente una institución jurídica, menor libertad de acción para el legislador.	Cosa Juzgada Relativa Implícita	La acción de inconstitucionalidad sobre los actos reformativos de la Constitución.
			Cosa Juzgada Aparente	
			Constitución Viviente	Leyes estatutarias.
			Constitución Viviente	Leyes de convocatoria a referendos constitucionales, solo por vicios de procedimiento lo que abarca dos posibilidades: a) examen de vicios durante el trámite legislativo y b) examen de vicios de competencia

	o que la diferenciación afecte de manera grave, prima facie el goce de un derecho constitucional fundamental, o que se constituya un privilegio, o cuando se afecta con la medida grupos minoritarios, socialmente, desfavorecidos .			en que puede incurrir el Congreso y asambleas constituyentes.
			Constitución Viviente	Tratados Públicos y sus Leyes aprobatorias.
			Constitución Viviente	Decretos legislativos de los estados de excepción.

Fuente: elaboración propia

REGLA 1.

Los determinantes de la elección del escrutinio, no son taxativos, debiendo priorizar los derechos involucrados para establecer la intensidad del test. En segunda instancia, la libertad de configuración legislativa, ya que las limitaciones constitucionales impuestas al legislador en determinadas materias en la propia Constitución justifican en determinados casos la aplicación de un test de mayor intensidad.

En caso de coalición entre el derecho del caso concreto y la configuración legislativa, se dará prioridad al primero, en razón a la aplicabilidad normativa de la Carta Política en estos aspectos.

4.2.2 Ejecución de los sub-principios de proporcionalidad

El test de proporcionalidad aplicado a la excepción de inconstitucionalidad, establece entonces criterios materiales propios para identificar el escrutinio a realizar, no se trata de reglas únicamente ex ante, sino de criterios racionales y coherentes con los derechos fundamentales a proteger, la supremacía de la Constitución y el principio democrático.

En razón a que la Corte Constitucional ha adoptado con mayor aceptación la aplicación de la proporcionalidad mediante la adopción del sistema mixto, el llamado test integrado de

razonabilidad o test mixto de razonabilidad, el cual se beneficia de cada una de las bondades del sistema norteamericano y del sistema continental –europeo, se propone este como modelo a seguir para aplicar la excepción de inconstitucionalidad, con ciertos atributos propios característicos de la figura jurídica.

A continuación se desarrollan cada uno de los componentes:

Tabla 12. Componentes de cada uno de los niveles de escrutinio a utilizar en la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

Escrutinio Racional	Nivel de Aplicación de la Proporcionalidad	Contenido del Juicio	Carga Argumentativa aplicable
Leve	Idoneidad	Verificación de fines constitucionalmente admisibles Relación medio –fin	Carga a favor del legislador
Intermedio	Idoneidad Necesidad	Verificación de fines constitucionalmente admisibles Relación medio –fin Elección del medio menos gravoso para los derechos intervenidos dentro del conjunto de instrumentos idóneos para lograr el fin.	Depende el caso
Estricto	Idoneidad Necesidad Proporcionalidad en estricto sentido	Verificación de fines constitucionalmente admisibles Relación medio –fin Elección del medio menos gravoso para los derechos intervenidos dentro del conjunto de instrumentos idóneos para lograr el fin. Proporcionalidad en sentido estricto	Carga <i>Pro Libertate</i>

Fuente: elaboración propia

Cada uno de los sub principios serán nutridos de algunas particularidades y reglas especiales, haciéndolos más adecuados para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, así:

4.2.2.1 Principio de Idoneidad

4.2.2.1.1 Presupuestos Procedimentales

Debe verificarse la competencia funcional de quien expide el instrumento de intervención, por ser un principio que regula las relaciones de las autoridades del Estado entre sí, y de éstas con los particulares, cumpliendo una doble función: a) es una cláusula de limitación al poder público de quien lo detenta y b) es una garantía de los destinatarios del poder para que éste sea materializado de conformidad en el principio de legalidad. Este es uno de los elementos indispensables que debe analizar la autoridad administrativa o judicial desde el examen jurídico a realizar, tratándose del primer requisito de idoneidad.

Es importante verificar que la autoridad que genera el instrumento de intervención no abuse de la competencia otorgada debiendo desestimar la legitimidad y en consecuencia no aplicarla. En éste caso no se tendrá en cuenta la caducidad establecida en el artículo 241° de la Carta Política, de un año para adelantar dichos trámites, ya que cuando no se es competente para emitir el acto de intervención, no es dable aplicar un término mínimo para empezar a ejercer la función de corrección (aplicación de la excepción de inconstitucionalidad), constituyendo un acto más ilegítimo no indagar sobre la competencia.

Esto es corroborado por la Corte Constitucional, quien señala *“La acción pública de inconstitucionalidad no es un mecanismo establecido para impugnar decisiones de la administración ni para resolver situaciones jurídicas concretas”* (Corte Constitucional, C-568, 1995).

4.2.2.2 Presupuestos Sustanciales

4.2.2.3 Análisis Teleológico del Instrumento de Intervención

Debe realizarse un análisis teleológico del instrumento de intervención, teniendo en cuenta el alcance de los fines que persigue, pudiendo acudir a la exposición de motivos para tal fin.

Deben tenerse en cuenta las siguientes reglas, las cuales se extractan de la línea jurisprudencial derivada elaborada en el primer capítulo de esta investigación, así:

REGLA 2.

Es deber de todas las autoridades con jurisdicción (judiciales y administrativos) al solucionar un caso concreto deben realizar el juicio de constitucionalidad de la norma aplicable, en todos los trámites o procesos.

REGLA 3.

Debe inaplicarse una proposición jurídica completa, no fragmentos normativos, sin contenido comprensible como regla de derecho, expresiones aisladas carentes de sentido.

REGLA 4.

La Norma aplicable al caso concreto debe ser vigente, es decir que no medie sentencia de inexequibilidad o ilegalidad de la norma inferior.

REGLA 5.

La excepción puede ser interpuesta por la parte interesada dentro del litigio o de oficio por el juez. En este caso si el juez encuentra fundada la demanda de inconstitucionalidad, dejará de aplicar la ley, pero únicamente para quien lo solicitó.

REGLA 6.

El instrumento de intervención debe claramente comprometer derechos fundamentales.

REGLA 7.

Una disposición anterior a la Carta Política no podría ser inconstitucional por contrariarla, pues estaría derogada, lo que se denomina inconstitucionalidad sobreviniente.

REGLA 8.

La excepción de inconstitucionalidad no puede ser utilizada como consecuencia de una omisión legislativa, ni para corregir la ley.

4.2.2.3.1 Fines Constitucionalmente Perseguidos con la Inaplicación de la Norma

Debe enunciarse con claridad los fines constitucionalmente perseguidos, señalando por qué son esenciales y definitorios, señalando los múltiples referentes constitucionales que soportan la

inaplicación de la norma, ya que una norma en abstracto puede estar conforme a la Constitución, pero no puede ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales.

Cabe diferenciar con detalle el fin de la jurisdicción constitucional y la excepción de inconstitucionalidad. El fin propio de la jurisdicción constitucional, es realizar el control constitucional de las leyes, dirigido fundamentalmente a preservar la Supremacía de la Constitución y de manera consecuente la protección de los derechos fundamentales, no de cerrar o resolver un conflicto intersubjetivo definitivamente, que es lo que origina la inaplicación de una norma a un caso concreto. La jurisdicción constitucional es una jurisdicción especial, por la norma a aplicar, su finalidad y el producto de la misma: la Constitución.

REGLA 9.

Deben identificarse el o los derechos constitucionalmente consagrados cuya posible vulneración se pueda presentar, así como verificar el contenido y alcance de los mencionados derechos otorgado a través de los análisis jurisprudenciales realizadas por el intérprete supremo, la Corte Constitucional, con el fin de identificar reglas y sub-reglas establecidas mediante líneas jurisprudenciales, teniendo en cuenta los problemas fácticos desarrollados.

REGLA 10.

La excepción de inconstitucionalidad debe aplicarse obligatoriamente cuando la Corte Constitucional haya indicado de manera perentoria su utilización, para proteger de manera efectiva un derecho constitucional, como en el caso del derecho a la salud o la protección de los derechos de la población desplazada.

4.2.2.3.2 Fines otorgados por el ordenamiento internacional: Bloque de constitucionalidad (Tratamiento internacional dado por los tratados de derechos humanos)

A partir del siglo XXI se presenta una innegable internacionalización del derecho, de los procesos económicos y hasta de las decisiones políticas, lo que conlleva vínculos transnacionales reconfigurando el contenido de los derechos locales, dándole mayor cabida a la aplicación del Derecho Internacional, con mayor fuerza vinculante, integrándolo al concepto de Supremacía

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Constitucional. En éste contexto, al analizar la constitucionalidad de un instrumento de intervención debe tenerse en cuenta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional clásico y privado.

En este contexto, debe analizarse si los instrumentos de intervención desconocen el contenido del llamado bloque de constitucionalidad, caso en el cual debe ser inaplicada para el caso concreto.

Para ello, debe tenerse en cuenta los dos requisitos establecidos en el artículo 93° de la Constitución: (i) que el Tratado o Convenio Internacional, ratificado por Colombia, sea de aquellos que reconocen derechos humanos y (ii) los derechos humanos reconocidos en el tratado, sean de aquellos cuya limitación en los estados de excepción, se encuentra prohibida.

De lo anterior, debe estudiarse si se vulnera algún mandato del bloque de constitucionalidad, razón por la cual, procederá la excepción de inconstitucionalidad no solo porque se vulnere un derecho fundamental sino también porque se desconozcan derechos humanos consagrados en Tratados, Convenciones, entre otros.

REGLA 12.

En la excepción de inconstitucionalidad, la compatibilidad debe entenderse no sólo frente a las normas jurídicas contenidas en la Carta, sino también frente al llamado bloque de constitucionalidad en materia de derechos fundamentales. (Corte Constitucional, T-1015/05, 2005).

La Corte Constitucional ha considerado que una norma de carácter legal puede vulnerar la Carta Política no sólo por violar directamente unos de sus artículos sino, también, cuando conculca una serie de normas cuyo texto no forma parte del articulado constitucional, pero al que éste otorga, expresamente, un cierto carácter de "supralegalidad". Lo anterior ocurre, particularmente, en el caso de los tratados internacionales de derechos humanos a que se refiere el artículo 93 del Estatuto Superior, los cuales hacen parte del llamado “bloque de constitucionalidad”. (Corte Constitucional,

C-295, 1993) (Corte Constitucional, C-179, 1994) (Corte Constitucional, C-225, 1995) (Corte Constitucional, C-578, 1995) (Corte Constitucional, C-327, 1997).

4.2.2.4 Juicio de contraste o verificación.

Debe elaborarse un análisis teleológico del o los cargos imputados, por el cual se solicita la inaplicación de un instrumento de intervención en un caso concreto. Cabe resaltar, que en este caso, no se trata de una contradicción abstracta y universal del instrumento de intervención con los mandatos constitucionales, se trata de evaluar **¿Si la aplicación del precepto legal se ajusta a la Constitución en un caso concreto?**

La inconstitucionalidad de un instrumento de intervención se realiza sin consideración a situaciones específicas, dado que se trata de un control abstracto; exigiendo la calificación de supuestos vinculados al interés público, la excepción de inconstitucionalidad analiza una situación específica y concreta.

Esta es la etapa más importante de sub principio de idoneidad, pues se confrontan la identidad de fines, teniendo que analizar:

- a) Verificar si existe identidad entre los fines legalmente perseguidos y los fines constitucionalmente perseguidos.
- b) Verificar la relación entre los fines constitucionales perseguidos y los medios utilizados en el instrumento de intervención en el caso concreto.

Debe tenerse en cuenta, que cuando la autoridad advierta “...*que una determinada norma jurídica es per se inconstitucional, pero al no poder declarar su inexequibilidad decida inaplicarla para el caso concreto; o puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales*”. (Corte Constitucional, C-803, 2006).

Para ello debe:

- a. Que el contenido normativo de la disposición sea evidentemente contrario a la Constitución en el caso concreto.

- b. Que la norma claramente comprometa derechos fundamentales.
- c. Que se deduzca claramente de la Constitución la necesidad de garantizar un derecho constitucional...” (Corte Constitucional, T-291, 2009).

REGLA 13.

La incompatibilidad de la norma inferior con la Carta Magna debe ser palmaria y flagrante, siendo esta manifiesta. Debe existir una contradicción directa entre los efectos de la norma legal y la constitucional, y que ambas regulen la situación específica, de tal manera que el asunto concreto pueda quedar gobernado por el canon constitucional. Debe interpretarse el contenido de la ley y el sentido de la constitución.

REGLA 14.

Debe tenerse en cuenta que la “La jurisprudencia constitucional ha precisado que, dado que todas las autoridades se encuentran sometidas al “imperio de la ley” lo cual significa por sobre todo al imperio de la Constitución, de conformidad con los artículos 2° y 4° Superiores, (i) la tarea de interpretación constitucional no es tarea reservada a las autoridades judiciales, y (ii) que dicha interpretación y aplicación de la ley y de la Constitución debe realizarse conforme a los criterios determinados por el máximo tribunal competente para interpretar y fijar el contenido y alcance de los preceptos de la Constitución. Esta obligación por parte de las autoridades administrativas de *interpretar y aplicar las normas a los casos en concreto de conformidad con la Constitución* y con el precedente judicial constitucional fijado por esta Corporación, ha sido reiterada en múltiples oportunidades por esta Sala, *poniendo de relieve el deber de las autoridades administrativas de ir más allá de las normas de inferior jerarquía para aplicar principios, valores y derechos constitucionales, y de aplicarlos en aras de protegerlos y garantizarlos*”. (Corte Constitucional, C-539, 2011)

En la siguiente tabla se analiza cada uno de los acápites que conforman el sub principio de idoneidad, estableciendo en cada uno, un indicador de provee evidencia cualitativa o cuantitativa acerca de su una determinada condición existe o si ciertos resultados han sido logrados o no; en este caso el indicador se relaciona con el objetivo de cada una de las sub etapas del Principio de Idoneidad, así:

Tabla 13. Aspectos a evaluar y criterios del subprincipio de Idoneidad.

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Aspectos a Evaluar	Atributos	Preguntas Orientadoras	Indicadores
Presupuestos Procedimentales		La autoridad que expide el instrumento de intervención es el competente?	No. de instrumentos de intervención que le otorgan la competencia
Presupuestos Sustanciales	Análisis Teleológico del Instrumento	¿Cuál es el fin que persigue el instrumento de intervención?	No. de fines perseguidos por el instrumento de intervención
	Contenido Material del Cargo para aplicar la Excepción de Inconstitucionalidad		
Fines Constitucionalmente Perseguidos		¿Cuáles son los derechos constitucionales que se verían vulnerados si se aplica en el caso concreto el instrumento de intervención? ¿Cuáles serán las reglas y subreglas que se vulnerarían de los mismos? ¿Existe una orden de la Corte Constitucional de proteger los derechos constitucionales?	No. de derechos constitucionales vulnerados con la aplicación del instrumento de intervención
Fines Otorgados por el Bloque de Constitucionalidad		¿Existe incompatibilidad de lo consagrado en el instrumento de intervención con el bloque de constitucionalidad?	No. de Fines vulnerados por el bloque de constitucionalidad con la aplicación del instrumento de intervención
Juicio de Contraste o Verificación		¿Existe identidad entre los fines perseguidos por el instrumento de	No. de fines perseguidos por con el instrumento de intervención/No. de fines constitucionales

		<p>intervención y los perseguidos constitucionalmente?</p> <p>¿Los medios utilizados por el instrumento de intervención es idóneo y protegen los fines perseguidos por las normas constitucionales?</p> <p>¿ La aplicación de un precepto legal se ajusta a la Constitución en un caso concreto?</p>	<p>vulnerados + No. de Fines vulnerados por el bloque de constitucionalidad con la aplicación del instrumento de intervención</p> <p>Relación medio idóneo – fin</p>
--	--	--	--

Fuente: elaboración propia.

4.2.3 Principio de Necesidad

En el test integral de proporcionalidad, en el principio de necesidad el operador jurídico debe analizar si el medio establecido por el instrumento de intervención es idóneo para alcanzar el fin o fines propuestos por el instrumento de intervención y/o el medio de intervención más benigno con el o los derechos fundamentales afectados por el instrumento de intervención. Se trata pues de identificar si el instrumento de intervención contiene la medida que menos afecte el derecho fundamental, siempre y cuando sea idóneo.

Para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad en el principio de necesidad se aplica en el nivel concreto, basándose en las circunstancias fácticas en que se aplica, debiendo evaluar el medio más benigno a las circunstancias del caso concreto, teniendo en cuenta el individuo o los individuos afectados por el instrumento de intervención. Se destaca, que en el nivel abstracto el Legislador realiza un análisis general y anticipado de los posibles casos, extractando un examen promedio del medio más benigno, esto es lo que se hace en el control abstracto de constitucionalidad.

Para inaplicar un determinado instrumento de intervención, deben establecerse otros medios idóneos capaces de satisfacer los núcleos esenciales de los derechos fundamentales en litigio.

En virtud a lo anterior, al desarrollar el principio de necesidad se deben desarrollar las siguientes temáticas:

4.2.3.1 Análisis del medio utilizado por el instrumento de intervención.

Hace referencia al medio escogido por la autoridad para lograr el fin constitucional que persigue el instrumento de intervención.

4.2.3.1.1 Afectación Empírica

Con base en la situación fáctica presentada, los individuos afectados, y las condiciones de modo, tiempo y lugar, debe analizarse de manera coherente la aplicación o no del instrumento de intervención versus el o los derechos fundamentales afectados. Debe tenerse en cuenta dos reglas especialmente:

- La regla de la univocidad establece de manera certera de la disponibilidad de un medio alternativo menos restrictivo al consagrado en el instrumento de intervención. El medio utilizado por el instrumento de intervención ofrece pocas posibilidades de estándares similares de satisfacción.
- La regla de la justificabilidad señala que un medio es necesario cuando no realiza un sacrificio patentemente innecesario de los derechos que la Constitución garantiza.

Aunado a lo anterior, y con base en lo establecido en el texto Interpretación Constitucional del doctrinante Edgar Andrés Quiroga, se propone la implementación de los *Statuo Quo* del Caso Concreto realizando algunas variables específicas para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, especialmente se calcula el nivel de vulneración de los derechos involucrado y no del nivel de satisfacción como lo señala el autor, así:

4.2.3.1.2 Establecimiento del Statuos Quo Caso Concreto (SQ).

Se trata de analizar el valor de vulneración de los derechos inherentes a la persona antes de la existencia del instrumento de intervención, actividad ex – ante. La satisfacción plena o absoluta corresponde a 100%.

4.2.3.1.3 Establecimiento del Statuo Quo Modificado Caso Concreto (SM).

Se entiende el valor ex - post de los derechos inherentes a la persona después del advenimiento del instrumento de intervención. De conformidad al enfoque neoclásico se debe tener en cuenta la siguiente escala de rangos de impacto, teniendo en cuenta calificación otorgada por los niveles, así:

Menor Impacto: 14,4 equivalente a 1, de conformidad a escala utilizada en el test de proporcionalidad neoclásico.

Impacto Intermedio: 28,5 equivalente a 2, de conformidad a escala utilizada en el test de proporcionalidad neoclásico.

Mayor Impacto: 57,1 equivalente a 4, de conformidad a escala utilizada en el test de proporcionalidad neoclásico.

4.2.3.1.4 Contraste comparativo de los Status Quo.

Con el fin de establecer si el instrumento de intervención respeta la ley de proporcionalidad, se debe tener en cuenta la siguiente relación:

Si $\sum SM \leq \sum SQ$: el instrumento de intervención no respeta la ley de la ponderación por tanto es necesario.

Si $\sum SM \geq \sum SQ$: el instrumento de intervención respeta la ley de la ponderación, por tanto no es necesario.

Cabe destacar que el autor mencionado coloca el establecimiento de los Status en el sub principio de proporcionalidad o ponderación en sentido estricto, sin embargo por la importancia

que reviste la situación fáctica para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, se establece en el sub principio de necesidad.

4.2.3.2 Afectación Jurídica

En la afectación jurídica debe identificarse dos ítems:

- Análisis del cumplimiento de los fines constitucionales perseguidos a partir del medio establecido en el instrumento de intervención en relación con los fines establecidos en el instrumento de intervención.
- Análisis del grado de cumplimiento de los fines constitucionales perseguidos a partir del medio alternativo propuesto en relación con los fines establecidos en el instrumento de intervención.

Teniendo en cuenta que el mayor grado de cumplimiento de los fines perseguidos constitucionalmente en relación con los fines perseguidos con el instrumento de intervención de conformidad al medio elegido es igual a 300 unidades, el cual está compuesto por los siguientes criterios: Eficacia (100u), Temporalidad (100u) y Probabilidad (100u), por tanto las 300 unidades estará conformado serán el 100%. Debe identificarse en el medio escogido legalmente y el alternativo desarrollado, que porcentaje de ese máximo es capaz de soportar.

En la afectación jurídica se analiza la comparación entre la intensidad con que el medio establecido en el instrumento de intervención cumple los fines constitucionalmente establecidos en relación con el medio alternativo seleccionado, con base en las premisas empíricas. Como se indicó, ***en este caso las premisas empíricas son elemento esencial para el análisis de este acápite.*** En la intensidad debe analizarse:

- a) Eficacia (E)- Realización del fin, debiendo analizar el cumplimiento de los fines constitucionales propuestos con el medio establecido por el instrumento de intervención y el medio alternativo seleccionado relacionado con los fines del instrumento de intervención.
- b) Temporalidad (T) hace referencia a la duración en el tiempo con que se van a cumplir los fines constitucionales perseguidos con el medio establecido por el instrumento de intervención y el medio alternativo relacionado con los fines del instrumento de

intervención. Debe analizarse si se trata de limitaciones intemporales, temporales, por cortos o extensos períodos de tiempo.

- c) Probabilidad (P), donde se evalúa si el medio estipulado en el instrumento de intervención y el medio alternativo contribuye con tanta o mayor seguridad para la obtención del fin constitucionalmente perseguido en relación con los fines establecidos en el que el instrumento de intervención.

La intensidad será igual a: $\sum E + T + P$

4.2.3.2.1 Afectación Jurídica Medio Instrumento de Intervención Caso Concreto (AJMI)

Como el máximo grado de cumplimiento del fin constitucionalmente perseguido según el caso concreto es de 100% debe identificarse cuál es el grado de satisfacción alcanzado con el medio establecido en el instrumento de intervención en relación con los fines perseguidos con el instrumento de intervención.

4.2.3.2.2 Afectación Jurídica Medio Alternativo Caso Concreto (AJMA)

Como el máximo grado de cumplimiento del fin constitucionalmente perseguido según el caso concreto es de 100% debe identificarse cuál es el grado de satisfacción alcanzado con el medio alternativo escogido en relación con los fines perseguidos con el instrumento de intervención.

4.2.3.3 Contraste comparativo Afectación Jurídica de Medios.

Con el fin de establecer cuál de los medios es el más pertinente para la protección de los fines constitucionalmente perseguidos en relación con los fines establecidos por los instrumentos de intervención, debiendo tener en cuenta la siguiente relación:

Si $\sum AJMA \geq \sum AJMI$: el medio alternativo propuesto respeta la ley de la ponderación siendo idóneo, pertinente y adecuado.

Si $\sum AJMI \leq \sum AJMA$: el medio establecido por el instrumento de intervención respeta la ley de la ponderación siendo idóneo, pertinente y adecuado.

4.2.3.4 Coherencia Interna del Orden Jurídico.

En consecuencia de los ítems anteriores, debe verificarse de manera precisa que la única forma de garantizar la supremacía constitucional es inaplicar el instrumento de intervención aplicable al caso concreto, en razón a que el medio establecido por el mismo, genera una intromisión injustificable en los derechos constitucionales, otorgando seguridad jurídica, racionalidad y razonabilidad al orden jurídico en su conjunto. (Perello, 2003). Los principios centrales del Estado Social y Democrático de Derecho como la primacía de la dignidad humana, la justicia y la eficacia de los derechos fundamentales, así como garantiza el pluralismo, la participación, el aseguramiento de la igualdad de oportunidades para todas las personas y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural son herramientas obligatorias para la consolidación del Estado democrático y Social de Derecho. Esto es fundamental en el sistema de fuentes otorgando unidad a las diversas normas jurídicas y garantía de los principios fundantes del Estado Constitucional. Las normas jurídicas, así comprendidas, deben actuar coordinada y unívocamente, a fin de mantener la vigencia de los principios constitucionales.

Para ello se realizará el siguiente razonamiento:

Deben compararse los resultados finales de la Afectación Empírica con la Afectación Jurídica, con el fin de establecer que el medio alternativo propuesto es el pertinente para la salvaguarda de la supremacía constitucional y es éste caso inaplicarse el instrumento de intervención respectivo con base en lo siguiente:

En este caso se contrasta la vulneración de derechos involucrados en el caso concreto antes de la existencia del instrumento de intervención y la utilización del medio alternativo propuesto, con el fin de establecer la efectividad de los derechos constitucionales perseguidos. Si estas sumatoria es mayor a la obtenida con el medio estipulado en el instrumento de intervención, debe aplicarse de manera indefectible el medio propuesto.

De igual manera se contrasta la vulneración de los derechos involucrados en el caso concreto después del instrumento de intervención y medio utilizado en el mismo con el fin de establecer el porcentaje de cumplimiento de los derechos constitucionales perseguidos. Si estas sumatoria son menor a la obtenida con el medio alternativo escogido, debe aplicarse el medio utilizado en el instrumento de intervención.

Lo anterior se esquematiza de la siguiente manera:

Si el resultado de $\sum SQ + \sum AJMA \geq \sum SM + \sum AJMI$ es legítimo, lógico y razonable inaplicar los instrumentos de intervención para la solución del caso concreto.

REGLA 15.

Los principios de la primacía de la dignidad humana, la justicia y la eficacia de los derechos fundamentales, así como garantiza el pluralismo, la participación, el aseguramiento de la igualdad de oportunidades para todas las personas y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural son el fin último de la aplicación del derecho y la interpretación jurídica subyacente.

Con el fin de consolidar los aspectos a evaluar en el sub principio de necesidad se establecen en la siguiente tabla:

Tabla 14. Aspectos a Evaluar Sub Principio de Necesidad

Aspectos a Evaluar	Atributos	Preguntas Orientadoras
Análisis medio utilizado por el instrumento de intervención.		¿Cuál es el medio de intervención establecido por el instrumento de intervención para el logro de su fin constitucional?
Identificación de los medios alternativos y su idoneidad para el caso concreto		¿Son los medios alternativos idóneos y pertinentes para la obtención del fin propuesto por el instrumento de intervención?
Afectación Empírica	Statuo Quo Caso Concreto (SQ)	¿Cuál es el valor de los derechos inherentes a la persona antes del instrumento de intervención?
	Statuo Quo Modificado Caso Concreto (SM)	¿Cuál es el valor de los derechos inherentes a la persona

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

		después del instrumento de intervención?
	Contraste Comparativo Statuo Quo (SM-SQ)	<p>Si $\sum SM \leq \sum SQ$: el instrumento de intervención no respeta la ley de la ponderación por tanto es no necesario.</p> <p>Si $\sum SM \geq SQ$: el instrumento de intervención respeta la ley de la ponderación, por tanto no es necesario.</p>
Afectación Jurídica	Afectación Jurídica Medio Alternativo Caso Concreto	¿Con el medio establecido en el instrumento de intervención se protegen con mayor eficacia, temporalidad y probabilidad los derechos constitucionales que se persiguen en el caso concreto, en relación con los fines perseguidos en el instrumento de intervención?
	Contaste comparativo afectación Jurídica de medios	¿Cuál de los dos medios previstos: el estipulado en el instrumento de intervención y el alternativo se ajusta a la ley de la ponderación?
Coherencia Interna del Orden Jurídico		¿El medio alternativo propuesto es el pertinente para la salvaguarda de la supremacía constitucional?

Fuente: elaboración propia.

4.2.4 Proporcionalidad en sentido estricto

En el sub principio de proporcionalidad desarrollado en el modelo clásico establecido por Robert Alexy señala que: “Cuando mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 1997, p. 37), se trata entonces de analizar “...la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa”. (Bernal, 2003, p. 650). Debe analizarse que “...el sacrificio sufrido por un principio correlativamente lo gane el otro respecto del cual se pondera en favor; es decir que si están en colisión los principios C y D, y en el caso concreto se decide ponderar a favor de C, lo que pierde C a título de afectación, o debe ganar D en mayor satisfacción, con el fin de mantener la protección conjunta que los principios tenían antes de la decisión sobre la asignación del *pondus*” (Quiroga, 2016, p. 45 y ss.).

Para el caso concreto de la aplicación del test de proporcionalidad para la inaplicación de un instrumento de intervención, jamás van a encontrarse dos principios que se encuentren en coalición directa, ya que es el instrumento de intervención y la situación fáctica especial la que colige en sí, por tratarse de un control concreto y no abstracto.

Sin embargo, existen instrumentos de intervención que consagran en sí mismo privilegios para unas personas basados en criterios “sospechosos”, donde la diferenciación afecte de manera grave, *prima facie* el goce de un derecho constitucional fundamental, o que se constituya un privilegio, o cuando se afecta con la medida grupos minoritarios, socialmente, desfavorecidos, casos en los cuales deberá utilizarse la fórmula del peso.

Aunado a lo anterior, las normas que han tenido un control constitucional reforzado, las cuales fueron ampliamente explicadas en el acápite de escogencia del test de proporcionalidad, debe aplicarse la fórmula del peso, caso en el cual se debatirán la afectación de los derechos fundamentales afectados en el caso concreto y los fines perseguidos con el instrumento de intervención.

Nos basaremos en los postulados establecidos por Robert Alexy en el epílogo de la Teoría de los Derechos Fundamentales establece la fórmula del peso, con el fin de encontrar el peso concreto de un principio a través de la siguiente ecuación:

$$GP_{ijC} = \frac{IP_{iC} * GP_{iA} * SP_{iC}}{WP_{jC} * GP_{jA} * SP_{jC}}$$

Robert Alexy describe la fórmula del peso en los siguientes términos:

“Según esta fórmula, el peso concreto del principio P_i , en relación con el principio P_j , en una ponderación que se lleve a cabo bajo las circunstancias del caso C , depende de la importancia que el principio P_i en las circunstancias C (IP_{iC}), multiplicada por el peso abstracto del principio P_i en el sistema constitucional (GP_{iA}) y por el grado de seguridad de las premisas que con que la afectación de este principio pueda determinarse (SP_{iC}), todo esto dividido por la importancia concreta del principio P_j bajo las circunstancias del caso concreto (WP_{jC}), multiplicada por el peso abstracto del Principio P_j en el sistema constitucional (GP_{jA}) y por el grado de seguridad de las premisas que con que la afectación de este principio pueda determinarse (SP_{jC})”. (Alexy, 1997, p. 25)

De acuerdo con estas variables otorga una escala tríadica, con los siguientes niveles:

Tabla 15. Exponencial y valor, según el nivel de escrutinio del test de proporcionalidad

Nivel	Exponencial	Valor
Leve	2°	1
Medio	21	2
Intenso	22	4

Fuente: Extractado Teoría Robert Alexy

Las resultas del examen de proporcionalidad en sentido estricto para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad consiste en identificar la relación entre el o los derechos fundamentales y el instrumento de intervención que fundamenta su restricción, con las siguientes consecuencias:

Tabla 16. Relación del Fin del Instrumento de intervención vs Intervención del Derecho Fundamental.

Realización Fin Instrumento de Intervención	Intervención Derecho (s) Fundamentales	Consecuencia
Leve o Medio	Intenso	No aplica el instrumento de intervención
Media	Leve	Debe aplicarse el instrumento de intervención
Intenso	Media o leve	Debe aplicarse el instrumento de intervención
Igual nivel de intervención (leve, media, intensa)	Igual nivel de intervención (leve, media, intensa)	Depende situación concreta

Fuente: Autor

A continuación se indica el concepto de las variables de la fórmula del peso y su gradación:

Tabla 17. Variables Fórmula de peso y su graduación tradicionales

Grado de Afectación			
Nivel	Exponencial	Valor	Concepto
Leve	2°	1	Nivel menor de afectación del o los derechos fundamentales restringidos en el caso concreto
Medio	21	2	Nivel intermedio de afectación del o los derechos fundamentales restringidos en el caso concreto
Intenso	22	4	Nivel mayor de afectación del o los derechos fundamentales restringidos en el caso concreto
Peso Abstracto			
Leve	2°	1	Asignación menor de pondus del o los derechos fundamentales restringidos en el caso concreto
Medio	21	2	Asignación Pondus intermedio del o los derechos fundamentales restringidos en el caso concreto
Intenso	22	4	Asignación mayor pondus del o los derechos fundamentales restringidos en el caso concreto

Seguridad de las Premisas Empíricas			
Seguro	1	2°	Mayor probabilidad de afectación del o los derechos fundamentales restringidos en el caso concreto
Plausible	½	2-1	Probabilidad intermedia de afectación del o los derechos fundamentales restringidos en el caso concreto
Evidente mente Falso	¼	2-2	Baja probabilidad de afectación del o los derechos fundamentales restringidos en el caso concreto

Fuente: Extractado Teoría Robert Alexy

Sin embargo, para el desarrollo del test de proporcionalidad para la inaplicación de un instrumento de intervención en un caso concreto, debe establecerse de manera detallada inicialmente los núcleos esenciales de los derechos fundamentales afectados, ya que son una herramienta indispensable para verificar el grado de afectación de los mismos.

4.2.4.1 Establecimiento de Núcleos Esenciales de los derechos fundamentales afectados en el Caso Concreto

La Corte Constitucional en varias sentencias ha señalado que la teoría del núcleo esencial se aplica como una garantía reforzada de eficacia normativa de los derechos fundamentales, en tanto que es exigible un mínimo de contenido que vincula, tratándose de esa parte del derecho que lo identifica, y sin lo cual se le quita su esencia fundamental, es lo que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas, especialmente frente al legislador, como barrera insuperable exigible. En esta sub etapa, debe evitarse que se produzca una limitación del o los derechos del caso concreto, de tal magnitud que genere la anulación del mismo o una inadecuada protección.

Se resalta que cada uno de los derechos tiene una dogmática propia, donde se estipulan uno o más núcleos esenciales que lo conforman, pudiendo afectar todos o algunos de los mismos, por ello estos deben establecerse con precisión.

La Corte Constitucional ha señalado que existen dos criterios para determinar el contenido esencial de un derecho fundamental, ellos son: “i) *hacen parte del núcleo esencial las características y facultades que identifican el derecho, sin las cuales se desnaturalizaría y*, ii)

integran el núcleo esas atribuciones que permiten su ejercicio, de tal forma que al limitarlas el derecho fundamental se hace impracticable...”. (Corte Constitucional, C-756, 2008).

Debe establecerse con precisión los núcleos esenciales del derecho e identificar cuáles es vulnerado por la aplicación del instrumento de intervención, con los argumentos respectivos.

4.2.4.2 Categorías de la Proporcionalidad en Sentido Estricto para inaplicación de instrumentos de intervención

Se tendrán en cuenta las tres categorías básicas establecidas para la Ponderación en sentido estricto, esto es grado de afectación, peso abstracto y seguridad de premisas empíricas. Sin embargo, estos elementos otorgados son insuficientes para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, pues debe complementarse con los siguientes aspectos, que brindan más consistencia al desarrollar el test de proporcionalidad para inaplicar un instrumento de intervención:

➤ *Confluencia de Principios y Alcance*

Leve: 1 equivalente a 2°. Cuando se afecta entre uno y dos principios o valores constitucionales en la aplicación del caso concreto, o se vulnera un núcleo esencial del derecho fundamental.

Medio: 2 equivalente a 2¹. Cuando se afectan entre tres y cinco principios o valores constitucionales en el caso concreto, o se vulnera entre dos o tres núcleos esenciales del derecho fundamental.

Intenso: 4 equivale a 2². Cuando se afecta más de cinco principios en el caso concreto, o se vulneren más de tres núcleos esenciales del derecho fundamental.

➤ *Prioridad de Intervención*

Leve: 1 equivalente a 2°. Cuando se afecta derecho de una o varias personas en condición de normalidad.

Medio: 2 equivalente a 2¹. Cuando la Constitución Política establece una determinada protección especial de cierto grupo vulnerable.

Intenso: 4 equivale a 2². Cuando se ha reconocido previamente la prioridad de proteger los derechos de una persona o grupo de personas a través de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

REGLA 16

El uso de la excepción de inconstitucionalidad es legítimo para garantizar derechos fundamentales de personas de especial protección constitucional. (Corte Constitucional, T-331, 2014). Las decisiones judiciales y administrativas deben aplicar, además de las normas legales y el procedimiento previsto, el mandato constitucional de especial protección y asistencia.

Las personas que se encuentran en especial condición de vulnerabilidad, por su condición económica, física o mental, están en estado de debilidad manifiesta teniendo derecho a que la administración les ofrezca acompañamiento reforzado en los procesos administrativos que se surtan en su contra, deber consagrado en el artículo 13° de la Constitución, siempre y cuando se haya probado sumariamente la vulnerabilidad. “El derecho a la asistencia adecuada, antes de adoptar medidas como la imposición de una sanción, se hace extensiva a otros sujetos que también deben ser protegidos especialmente por las autoridades, al menos, por las siguientes razones: (i) las personas que por razones de salud física o mental, económicas, sociales o familiares, requieren asistencia especial del Estado; y (ii) el deber de la administración, como integrante de la función pública, de velar por la satisfacción de sus derechos fundamentales y tratar, en mejor medida, de eliminar la desigualdad, como barrera principal de acceso a la satisfacción de necesidades básicas, y evitar la afectación en la continuidad de ejercicio de derechos ya adquiridos”. (Corte Constitucional, T-331, 2014)

➤ *Relación con la Dignidad Humana*

Leve: 1 equivalente a 2°. Menor Cuando el instrumento de intervención vulnera en bajo grado el principio de la Dignidad Humana del afectado.

Medio: 2 equivalente a 2¹. Cuando el instrumento de intervención vulnera en grado intermedio el principio de la Dignidad Humana del afectado.

Intenso: 4 equivale a 2². Cuando el instrumento de intervención vulnera en alto grado el principio de la Dignidad Humana del afectado.

➤ *Urgencia*

Leve: 1 equivalente a 2°. Urgencia débil para la protección y realización del derecho de una o varias personas de conformidad a la situación fáctica del caso concreto. Puede implicar de manera sutil la realización de un derecho prestacional.

Medio: 2 equivalente a 2¹. Urgencia intermedia para la protección y realización del derecho de una o varias personas de conformidad a la situación fáctica del caso concreto. Puede implicar de manera intermedia la realización de un derecho prestacional.

Intenso: 4 equivale a 2². Urgencia imperativa para la protección y realización del derecho de una o varias personas de conformidad a la situación fáctica del caso concreto. Puede implicar de manera segura la realización de un derecho prestacional.

Los criterios adicionales de la ponderación en sentido estricto se establecen a continuación:

Tabla 18. Los criterios adicionales del subprincipio de la ponderación en sentido estricto en el test de ponderación de la excepción de inconstitucional.

Confluencia de Principios y Alcance			
Nivel	Exponencial	Valor	Concepto
Leve	2°	1	Cuando se afecta dos principios o valores constitucionales en la aplicación del caso concreto, o se vulnera un núcleo esencial del derecho fundamental.
Medio	2 ¹	2	Cuando se afectan entre tres y cinco principios o valores constitucionales en el caso concreto, o se vulnera entre dos o tres núcleos esenciales del derecho fundamental.
Intenso	2 ²	4	Cuando se afecta más de cinco principios en el caso concreto, o se vulneren más de tres núcleos esenciales del derecho fundamental.
Prioridad de Intervención			
Leve	2°	1	Cuando se afecta derecho de una o varias personas en condición de normalidad.

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Medio	2 ¹	2	Cuando la Constitución Política establece una determinada protección especial de cierto grupo vulnerable.
Intenso	2 ²	4	Cuando se ha reconocido previamente la prioridad de proteger los derechos de una persona o grupo de personas a través de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.
Relación con la Dignidad Humana			
Leve	1	2°	Mayor probabilidad de afectación del o los derechos fundamentales restringidos en el caso concreto
Medio	2	2 ¹	Probabilidad intermedia de afectación del o los derechos fundamentales restringidos en el caso concreto
Intenso	4	2 ²	Baja probabilidad de afectación del o los derechos fundamentales restringidos en el caso concreto
Urgencia			
Leve	1	2°	Urgencia débil para la protección y realización del derecho de una o varias personas de conformidad a la situación fáctica del caso concreto. Puede implicar de manera sutil la realización de un derecho prestacional.
Medio	2	2 ¹	Urgencia intermedia para la protección y realización del derecho de una o varias personas de conformidad a la situación fáctica del caso concreto. Puede implicar de manera intermedia la realización de un derecho prestacional.
Intenso	4	2 ²	Urgencia imperativa para la protección y realización del derecho de una o varias personas de conformidad a la situación fáctica del caso concreto. Puede implicar de manera segura la realización de un derecho prestacional.

Fuente: elaboración propia.

4.2.5 Cargas de la argumentación

En caso de empate, es decir cuando la intensidad de intervención en el derecho fundamental y la realización del principio constitucional que soporta la intervención legislativa tienen el mismo grado, es decir, las dos variables son igualmente leves, medias o intensas.

En este caso, para la aplicación del test de proporcionalidad para la inaplicación de un instrumento de intervención, se utilizarán las siguientes cargas:

4.2.5.1 Carga a favor del Derecho Fundamental

Se trata de la aplicación del principio indebido *pro libertate*, ya que el Estado debe proteger el ámbito de libertad individual, y justificar cualquier clase de intervención, ya que el Legislador podría señalar intervenciones demasiado intensas en los derechos fundamentales, que vulnerarían zonas básicas de su libertad.

El principio hermenéutico *pro libertate*, establece que en caso de duda, debe acogerse la interpretación más favorable –v. gr. expansivo- para el ejercicio de los derechos. (Corte Constitucional, C-256, 1994).

Algunos de los postulados del principio *indubio pro libertate*, se enuncian a continuación:

- Lo anterior exige que siempre debe optarse por la solución que privilegie el reconocimiento y garantía de los derechos, expresando el mayor respeto por la dignidad de la persona.
- Aunado a lo anterior, en caso de antinomia debe acudir a la norma más amplia que proteja el derecho.
- Cuando se presente distintas opciones interpretativas debe elegirse la que más favorezca la protección del derecho.
- Debe realizarse una interpretación extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, favoreciendo mayores garantías a los derechos y libertades de la persona.
- De igual manera, inversamente, cuando se establezcan restricciones o límites al reconocimiento o ejercicio de un derecho, debe desarrollarse una interpretación restrictiva.

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Este principio ha sido reconocido a nivel internacional, por varios instrumentos, destacando a continuación algunos preceptos consagrados en Cartas Políticas Latinoamericanas:

- Constitución de Ecuador (2008), art. 427: *“En caso de duda, (las normas constitucionales) se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos.”*
- Constitución de Venezuela (2009), art. 23: *“Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos (...) tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República (...).”*
- Constitución mexicana, art. 1 (reforma junio 2011): *“las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”*

4.2.5.2 Carga a favor del Legislador

En este caso, se aplica el principio *in dubio pro legislatoris*, según el cual en caso de duda razonable en un caso concreto debe ser resulta a favor de la decisión mayoritaria adoptada por un cuerpo deliberante, como lo es el Congreso de la República. Es una manifestación del principio democrático, en tanto que salvaguarda de la decisión mayoritaria. (Corte Constitucional, C-332, 2012).

REGLA 16.

En caso de enfrentarse las cargas pro libertate y pro legislatoris, debe aplicarse el primero en razón a que se trata de las situaciones fácticas de un caso concreto, que deben ser analizadas para la inaplicación de una norma, y no de control abstracto de constitucionalidad, apartándose de doctrinantes como Robert Alexy, Carlos Bernal Pulido, entre otros.

A continuación se explicitan las cargas a utilizar según el escrutinio a desarrollar:

Tabla 19. Cargas de argumentación según tipo de escrutinio.

CLASE DE ESCRUTINIO	CARGA	JUSTIFICACIÓN
Leve	Carga a favor del Legislador	En razón a la amplia libertad de configuración legislativa establecida para las normas que son objeto de este escrutinio, prima el principio democrático, la soberanía popular, el pluralismo y la cláusula general de competencia del Congreso.
Intermedio	Depende el Caso	Depende del caso, específicamente de la situación fáctica, tendiendo a la protección de los derechos en el caso concreto, dando prioridad al principio pro libertate.
Intenso	Carga a favor del Derecho Fundamental	En razón a que existe menor libertad de acción del legislador de las normas que son objeto de este escrutinio, prevalece el principio “pro libertate” el cual obliga a que los derechos fundamentales y las libertades públicas deben ser interpretados de la forma más favorable para su ejercicio, dependiendo las circunstancias propias del caso concreto.

Fuente: elaboración propia.

4.3 Concreciones del Capítulo

Se hace indispensable la implementación de la técnica de la proporcionalidad para la adecuada aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, ya que le brinda la estructura necesaria para materializar la supremacía constitucional, su valor normativo en concordancia con el bloque de constitucionalidad y la satisfacción de los derechos fundamentales en casos concretos cuando la aplicación de un instrumento de intervención los vulnera. Dicha técnica es complementada con el establecimiento de nuevos atributos en cada uno de los sub principios, adoptándola a las necesidades del control concreto.

Dentro de las conclusiones parciales debe señalarse las siguientes:

- a. Existen diferencias importantes en la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad y el control abstracto de constitucionalidad, ya que el primero se aplica a un caso concreto y el otro en abstracto, pudiendo encontrar que una norma es constitucional en abstracto pero en un caso es inconstitucional por vulnerar derechos fundamentales de manera desmedida.
- b. En la excepción de inconstitucionalidad es de gran relevancia la situación fáctica respectiva, la cual debe analizarse con detenimiento, razón por la cual se hace una referencia especial en el subprincipio de necesidad a través de la implantación de dos afectaciones: la jurídica y la empírica, las cuales deben analizarse desde los hechos concretos del caso.
- c. En el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto no se ponderan entre sí dos derechos fundamentales contrapuestos, en este caso, se ponderan los derechos fundamentales vulnerados en el caso concreto y los principios que se encuentran protegidos por el instrumento de intervención, partiendo de los núcleos básicos de los derechos vulnerados en el caso concreto. Aunado a lo anterior, debe analizarse obligatoriamente si de alguna manera fáctica se vulnera el derecho a la igualdad, caso en el cual debe expresarse y tenerse en cuenta al momento de establecer la calificación respectiva.
- d. El test integral de proporcionalidad no es suficiente para aplicar la excepción de inconstitucional como se encuentra en la actualidad, ya que este está propuesto para la

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

utilización del control constitucional abstracto, por ello se realizaron algunas aditamentos indispensables para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

5. CAPITULO IV. Aplicación concreta del test de proporcionalidad para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad

El caso que pretende la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad fue escogido por las siguientes razones: a) Acto administrativo particular, que vulnera los derechos fundamentales de una comunidad. b) En razón a la situación fáctica presentada, deben desarrollarse los tres subprincipios del test de proporcionalidad. c) Los determinantes de la elección del test: los derechos vulnerados, la libertad de configuración legislativa, la cosa juzgada y el control de constitucionalidad tienen desarrollos especiales en el caso *sub examine* que ayudan a verificar la pertinencia de cada uno de ellos en la elección del test a desarrollar. d) Por el escaso reconocimiento de los derechos protegidos (propiedad y vivienda) en el caso *sub examine* por el Derecho Internacional, e) La especial situación fáctica presentada, ya que se puede verificar que ante tal situación es dable aplicar la excepción de inconstitucionalidad, porque vulnera derechos constitucionales en el caso concreto. y f) Permite verificar que la excepción de inconstitucionalidad se puede analizar por defectos de fondo y de forma, entre otros, como ustedes lo verán:

5.1 Identificación de la situación fáctica

La problemática principal es la asignación de estrato cinco (5) al Conjunto Residencial Mirador de Andalucía, ubicado en la calle 40 No. 2 E-85 Interior Barrio La Esmeralda del Municipio de Tunja, mediante Certificado AP-ES-No. 0918 de 31 de agosto de 2011, con base en lo establecido en la ley 142 de 1994 y la metodología establecida por el DNP.

El conjunto residencial consta de 96 apartamentos con áreas que no superan en su mayoría los 61 metros cuadrados, con un sistema de mampostería estructural, adquirido el 100% de los propietarios con subsidios de vivienda de interés social otorgados por el estado Colombiano, similar a un proyecto de vivienda de interés social.

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Mediante Resolución No. 004 del 2 de noviembre de 2011 el Comité de Estratificación de la ciudad de Tunja resuelve el recurso de alzada, ratificando la decisión de primera instancia, con base en una visita adicional realizada por los miembros del Comité mencionado el día 12 de Octubre de mencionada anualidad, sin que la realización de la misma se haya notificado a los propietarios del inmueble a pesar de existir reclamación al respecto, negándose así el derecho a la defensa, a la contradicción y la justicia.

Los datos predominantes del lado de la vivienda descritos en la visita, son los siguientes:

- ❖ *“En el lado de manzana hay viviendas con entrada principal?*
 - 1.- *Si*
- ❖ *Vía de Acceso. La calle o vía del lado de la manzana es:*
 - 5.- *Vehicular en cemento, asfalto o adoquín.*
- ❖ *Focos de Contaminación Existen en el lado de la manzana o al lado de él:*
 - 2.- *No existen focos de contaminación.*
- ❖ *Anden*
 - 2.- *Con andén sin zona verde*
- ❖ *Antejardín*
 - 1. *Sin antejardín*
- ❖ *Garajes o zona de parqueo*
 - 3.- *Con parqueadero zona de parqueo*
- ❖ *Material de Fachadas*
 - 5.- *En ladrillo Estructural*
- ❖ *Material de la Puerta Principal*
 - 2.- *En lámina metálica*
- ❖ *El lado de la manzana pertenece a la zona geoeconómica Dos (2)”.*

La característica de los lados de manzana en que se ubica el Conjunto Residencial Mirador de Andalucía es la inexistencia de construcciones, se trata de lotes de terreno, potreros, cárcavas, sin urbanizar. (Probado a través del Mapa ubicación del Proyecto

otorgado por la Secretaria de Planeación del Municipio de Tunja). Esta situación se verifica en el Formulario de Estratificación Socioeconómica Cabeceras Municipales Tipo 1, donde sólo se resolvió el numeral 1, por la inexistencia de edificaciones en los lados de manzana B, C y D.

La situación descrita, no se compadece con la realidad ya que en el Lado de manzana B, se colinda con casas que no poseen sistema de alcantarillado, sanitario y pluvial, razón por la cual la comunidad afectada instauró una acción popular en contra del municipio de Tunja y Proactivas Aguas de Tunja S.A. E.S.P., Referencia 1500013331011 2010-0151, por vulneración a los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas, el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos, especialmente las obras de acueducto y alcantarillado, evidenciándose así focos de contaminación aledañas al Conjunto Residencial, específicamente en el lado de manzana B.

La manzana en que se encuentra establecido el CONJUNTO RESIDENCIAL MIRADOR DE ANDALUCÍA es un área amanzanada, ya que todos los lados no son rectos, así: “LADO MANZANA A: lineal con callejón, LADO DE MANZANA B: Curvilínea, LADO DE MANZANA C: Curvilínea y LADO DE MANZANA D: Lineal.

En los lados de manzana A, B, C y D existen botaderos de basura, ya que por tratarse de lotes de terreno, las personas colindantes los toman como espacios para dejar sus desechos (probado con fotografías) siendo caldo de cultivo de vectores como moscas, zancudos, cucarachas o roedores, entre otros, pudiendo vulnerar el derecho a la salud de los habitantes de dicha comunidad. Igualmente existen conejeras y hasta caballerizas.

El contexto urbanístico está determinado por construcciones con acabados exteriores inferiores, contaminación ambiental, problemas de inseguridad y de accesibilidad al transporte público, no dotación zonas comunes, no parques ni campos deportivos, no zonas de esparcimiento alrededor, paisaje no agradable, no zonas comerciales ni tampoco zonas residenciales exclusivas.

El Municipio de Tunja mediante Decreto 192/98 establece la estratificación del Municipio señalando que el Barrio la Esmeralda se encuentra en estrato 2. Las viviendas y construcciones aledañas pertenecen al estrato dos.

El encargado de realizar la visita de asignación del estrato, es veedor del comité de estratificación, en consecuencia no se conoce con certeza la idoneidad en la normatividad, ni el conocimiento de la Metodología establecida por el DNP, ni el manejo de la cartografía respectiva, entre otros, aspecto trascendental, ya que el recolector de la información es el responsable directo del objetivo diligenciamiento y realidad con que se resuelva el Formulario ya mencionado. Del oficio AP-ES-No. 0918/2011 se denota que la información en campo solo fue verificada por éste miembro del Comité Permanente de Estratificación, sin que haya sido acompañado por algún funcionario de la Alcaldía Municipal de Tunja.

En un porcentaje del 70% los propietarios de los apartamentos del CONJUNTO MIRADOR DE ANDALUCÍA cancelaron el valor del inmueble a través de créditos de vivienda de interés social, presumiendo la baja capacidad socioeconómica de los mismos, lo cual se prueba mediante Certificación del Tesorero de Proyectos y construcciones Andalucía donde hace contar que “Que a diciembre 31 de 2011 se registraron noventa y una (91) escrituras correspondientes al proyecto MIRADOR DE ANDALUCÍA, y que de éstas, setenta y una (71) están dentro del rango catalogado como VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL...”

Mediante Decreto 192/98 expedido por el Alcalde Municipal de Tunja, solamente se establecen cinco (5) estratos, no seis (6) como lo establece la ley, y lo coloca en igualdad con otros barrios como ARBOLEDA, BOSQUES DE GUAGUANI, LA MARÍA, LA VILLITA, LOS URAPANES, MESOPOTAMIA, REMANSOS DE SANTA INÉS, RESERVA CAMPESTRE, RINCÓN DE LA PRADERA y TERRAZAS DE SANTA INÉS, donde las circunstancias de lado de manzana difieren diametralmente de las establecidas por la vivienda en estudio, cuentan con un buenas vías de acceso, no focos de

contaminación, zona de esparcimiento, parques, zonas comerciales, acabados externos iguales o superiores a la calidad de las construcciones allí previstas.

En la clasificación indicada por la Alcaldía Municipal de Tunja se establece que el Mirador de Andalucía no es una vivienda atípica.

El 70% de los propietarios del Conjunto Residencial Mirador de Andalucía son madres cabeza de familia.

Adicionalmente debe indicarse que la Curaduría Urbana No. 2 de Tunja, mediante Modificación a la Licencia Vigente No. C2LUC0001-2010, Resolución No. 0080 del 21 de Febrero de 2011, señala dentro de los datos del predio que el inmueble ubicado en la Calle 40 No. 2 E-97 del Barrio La Esmeralda, se encuentra en estrato III, predio No. 010306120027000 y matrícula inmobiliaria No. 070-111595.

Finalmente, cabe destacar que cinco edificios cercanos tienen condiciones estructurales similares y un estrato inferior, a pesar de ubicarse en el mismo barrio: La Esmeralda y estar en la misma geo-económica del Municipio de Tunja:

Tabla 20. Estratificación conjunto residenciales Zona geoeconómica 3 Municipio de Tunja.

Nombre	Estrato	Ubicación
Conjunto Residencial Ciudadela COMFABOY	3	Sector 3 Mz 949, lado B, zona geoeconómica 11
Rincón de la Mesopotamia	4	Sector 3 Mz 605, lado D y zona geoeconómica 2
Mz 605,Edificio “San Pietro”	4	Sector 3, Mz 616, lado C zona geoeconómica 2
Conjunto “Balcones de Betania”	4	Sector 3 Mz 605, lado D y zona geoeconómica 2.
Edificio “Lombardia”	4	Sector 3, Mz 614, lado D y zona geoeconómica 2

Mirador de Andalucía	5	Sector 3, Mz 612, lado A y zona geoeconómica 2.
-----------------------------	----------	---

Fuente: elaboración propia.

Cabe destacar que algunos de estos edificios gozan de una ubicación privilegiada, frente a la avenida universitaria, con perfectas vías de acceso y un entorno dotado de una mejor estructura, ubicados a pocos pasos de los Centros Comerciales Unicentro y MAKRO, presencia de centros educativos, transporte público, ausencia de focos de contaminación y presencia constante de la fuerza pública.

5.2 Identificación del instrumento de intervención a inaplicar

Debe identificarse los siguientes instrumentos:

a. Actos Administrativos Específicos

En este caso se tratan de los siguientes:

- Certificado AP-ES-No. 0918 de 31 de agosto de 2011 expedido por la Oficina de Planeación Municipal de Tunja, mediante el cual se determina el estrato socioeconómico del Conjunto Residencial Mirador de Andalucía.
- Resolución No. 004 de Octubre de 2011 expedida por el Comité de Estratificación de la ciudad de Tunja, por medio de la cual se ratifica el estrato asignado del bien inmueble objeto del recurso, por tanto se determina por parte de los integrantes del Comité, que el estrato correspondiente es el CINCO (5), de acuerdo a la aplicación de la metodología del Departamento Nacional de Planeación (DNP), en razón a las observaciones inscritas en el formulario de calificación predominantes en el lado de manzana, como andenes, garajes, fachadas.

b. Norma o normas en que se sustenta el instrumento de intervención:

Se trata del Capítulo IV de la Ley 142 de 1994, por medio del cual se establece la estratificación socio económica, el cual está compuesto por los siguientes artículos:

- Artículo 101 de la Ley 142 de 1994, a través del cual se establecen las reglas de la estratificación.
- Artículo 102 de la Ley 142 de 1994, estipula los estratos y la metodología. Por la importancia en el desarrollo del caso en concreto, se transcribe el tenor literal del mismo:

“Artículo 102. Estratos y metodología. Los inmuebles residenciales se clasificarán máximo en seis (6) estratos socioeconómicos (1, bajo-bajo; 2, bajo; 3, medio-bajo; 4, medio; 5, medio-alto; 6, alto) dependiendo de las características particulares de los municipios y distritos y en atención, exclusivamente, a la puesta en práctica de las metodologías de estratificación de que trata esta ley. (Ley 142, 1994, art. 102).

Para tal efecto se emplearán las metodologías que elabore el Departamento Nacional de Planeación, las cuales deberán ser suministradas directamente a los alcaldes con seis (6) meses de antelación a las fechas previstas por esta ley para la adopción de la estratificación urbana y de centros poblados rurales, y con tres (3) meses de antelación a la adopción de la estratificación de fincas y viviendas dispersas rurales. Dichas metodologías contendrán las variables, factores, ponderaciones, y método estadístico, teniendo en cuenta la dotación de servicios públicos domiciliarios. Ninguna zona residencial urbana que carezca de la prestación de por lo menos dos (2) servicios públicos domiciliarios básicos podrá ser clasificada en un estrato superior al cuatro (4).

Los asentamientos indígenas ubicados en la zona rural dispersa recibirán un tratamiento especial en cuanto a subsidios y contribuciones, que dependa de su clasificación según condiciones socioeconómicas y culturales, aspectos que definirá el Departamento Nacional de Planeación a más tardar doce (12) meses contados a partir de la vigencia de esta ley”.

5.3 Identificación del escrutinio a desarrollar

En este caso, debe desarrollarse uno a uno los determinantes de identificación del test, así:

i. Derechos constitucionales vulnerados en el caso concreto

Los actos administrativos señalados infringen las siguientes normas constitucionales y el Bloque de Constitucionalidad, enunciados de manera prioritaria con base en la mayor intervención de los mismos por los instrumentos de intervención, transcribiendo los artículos constitucionales:

“Artículo 58: Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio”.

“Artículo 51. Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda”.

“Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

ii. Libertad de configuración legislativa

Se trata de una libertad de configuración amplia, ya que se le deja la competencia al legislador para que fije el régimen de prestación de los servicios públicos a partir de los principios de solidaridad y redistribución de ingresos, como lo indica el artículo 367 Constitucional:

“ARTICULO 367. *La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.*

Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.

La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas”.

iii. *Cosa juzgada constitucional*

Mediante Sentencia C-252 de 1997 la Corte Constitucional analiza la constitucionalidad de los artículos 101, 103 y 104 de la Ley 142 de 1994, señalando expresamente en el artículo primero de la parte resolutive que:

Primero.- Declarar EXEQUIBLES los artículos 86 numeral 4°, 87 numeral 3°, 89 numeral 1°, 99 numeral 7°, 101, 102, 103 y 104 de la Ley 142 de 1994. Los efectos de la exequibilidad se limitan al cargo resuelto en la presente sentencia y a las normas de la Constitución Política que han sido expresamente analizadas”. (Negrilla fuera del texto)

Se trata entonces de una cosa juzgada relativa, ya que declara la exequibilidad de la disposición legal, de manera formal, operando la cosa juzgada en relación con la norma constitucional señalada: artículo 367 otorgando la posibilidad para presentar y considerar nuevas demandas de inconstitucionalidad por su contenido material.

El principal argumento del demandante señala que no se da respuesta de manera pertinente y coherente a la redistribución del ingreso establecida en el artículo 367 de la Constitución Política, en razón a que la metodología establecida (parte física de la vivienda y su entorno) no da cuenta a la real capacidad de pago de para los servicios públicos domiciliarios.

iv. *Control constitucional de norma de intervención*

De conformidad con lo establecido en el numeral 4° del artículo 241 de la Carta Política, le corresponde a la Corte Constitucional “*Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación*”, situación que se presentó en el caso de estudio, ya que el ciudadano José Cipriano León Castañeda mediante acción de inconstitucionalidad contra los artículos 86 numeral 4°, 87 numeral 3°, 89 numeral 1°, 99 numerales 6° y 7°, 101, 102, 103, 104 de la Ley 142 de 1994 "por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones".

Se trata de un control posterior, realizado por vicios materiales o vicios de procedimiento.

v. *Conclusión del Test a aplicar en el caso concreto*

En este caso se presentan dos elementos importantes:

- De la situación fáctica del caso en concreto se evidencia el otorgamiento de estratos inferiores a cinco edificios, establecidos cerca al Edificio Mirador e Andalucía, ubicándose en el mismo Barrio la Esmeralda y zona geoeconómica 2, a pesar de que tienen mejores condiciones de infraestructura, entorno y contexto. Se les ha establecido en estrato 4 en cuatro oportunidades y 3 una sola vez, los cuales fueron otorgados por la Oficina de Planeación del Municipio de Tunja, mediante los actos administrativos respectivos.
- En cuanto a la libertad de configuración legislativa se identifica que de conformidad con el artículo 367 de la Carta Política, el legislador tiene amplia capacidad de reglamentar la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario. Sin embargo, señala que deben seguirse los criterios de costos, solidaridad y redistribución de ingresos, como elementos irradiadores para el ejercicio de esta tarea, ajustándose así a los fines del Estado.

En el primer aspecto estudiado nos encontraríamos ante un escrutinio estricto, en el segundo en uno intermedio. En razón a la regla No. 1., debe darse al derecho fundamental vulnerado en el caso concreto, en éste caso el derecho a la igualdad, en consecuencia de lo anterior deberá desarrollarse un escrutinio estricto.

5.4 Test de proporcionalidad *sui generis* Excepción de Inconstitucionalidad

5.4.1 Principio de idoneidad

5.4.1.1 Presupuestos Procedimentales

5.4.1.1.1 Actos administrativos

De conformidad a lo estipulado en el artículo 101 de la Ley 101 de la Ley 142 de 1994, le corresponde a los Alcaldes Municipales la adopción de a estratificación socioeconómica, a través de decretos y actos administrativos que se encarguen de actualizarla, de conformidad con lo siguiente:

“Artículo 101. Régimen de estratificación. La estratificación se someterá a las siguientes reglas.

101.1. Es deber de cada municipio clasificar en estratos los inmuebles residenciales que deben recibir servicios públicos. Y es deber indelegable del alcalde realizar la estratificación respectiva”.

En consecuencia de lo anterior, el Certificado AP-ES-No. 0918 de 31 de agosto de 2011 expedido por la Oficina de Planeación Municipal de Tunja, dentro de las funciones delegadas a dicha dependencia por parte del Alcalde, fue emitido por la autoridad competente.

De igual manera el artículo 104 de la Ley 142 de 1994, modificada por el artículo 17 de la Ley 689 de 2002, indica que el competente para conocer de las apelaciones de la revisión de estratos interpuestas es el Comité Permanente de Estratificación, de conformidad con lo siguiente:

"Artículo 104. Recursos de los usuarios. Toda persona o grupo de personas podrá solicitar por escrito la revisión del estrato urbano o rural que se le asigne. Los reclamos serán atendidos y resueltos en primera instancia por la alcaldía municipal, en un término no superior a dos (2) meses, y las apelaciones se surtirán ante el Comité Permanente de Estratificación de su municipio o distrito quien deberá resolverlo en un término no superior a dos (2) meses. En ambos casos, si la autoridad competente no se pronuncia en el término de dos (2) meses, operará el silencio administrativo positivo".

De lo anterior se colige que la Resolución No. 004 de Octubre de 2011 expedida por el Comité de Estratificación de la ciudad de Tunja, fue emitida por el órgano competente establecido.

5.4.1.1.2 Ley 142 de 1994

El artículo 150 de la Carta Política establece que es función del Congreso hacer las leyes, por medio de las cuales ejercerá las siguientes tareas: No. “3. *Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos*”.

De lo anterior se colige que el Congreso al expedir la Ley 142 de 1994 está facultado plenamente para realizarlo.

Existe abundante jurisprudencia constitucional para apoyar la inexistencia de vicios de forma en la ley 14 de 1994, por mencionar algunas: Sentencia de constitucionalidad no. C-066/97, 1997, Sentencia de constitucionalidad no. C-035/03, 2003 y Sentencia de constitucionalidad no. C-957/14, 2014, entre otras.

5.4.1.2 Presupuestos Sustanciales

5.4.1.2.1 Análisis Teleológico del Instrumento de Intervención

Para identificar el análisis teleológico del instrumento de intervención legal, se acoge el argumento contenido en el documento Concepto 813 de 2009 emitido por la Superintendencia de Servicios Públicos que indica:

“Con la Constitución Política de 1991 y las Leyes 142 y 143 de 1994 cambió el modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios que se caracterizaba por subsidios generalizados y por una fijación de tarifas que en ocasiones no reflejaban costos eficientes.

El nuevo modelo pretende garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos con fundamento en un régimen tarifario basado en criterios de neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, eficiencia económica, simplicidad y transparencia.

Los artículos 367 y 368 CP definen los principios orientadores de los servicios públicos domiciliarios y fijan el esquema de subsidios para dar aplicación

a los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos, así: (...). La piedra angular del nuevo modelo es la estratificación socioeconómica, definida como la base para la aplicación de los factores de subsidios y contribuciones en los servicios públicos domiciliarios.

Es el instrumento que permite clasificar los inmuebles residenciales de cada municipio en 6 estratos, siendo 1 el más bajo y 6 el más alto. La estratificación tiene por objeto materializar los criterios de solidaridad y redistribución del ingreso contemplados en el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios; facturar conforme a un estrato único el cobro de servicios públicos domiciliarios que recibe cada residencia; cobrar el impuesto predial unificado; dirigir eficientemente la inversión social a la población que verdaderamente la necesita (a través del SISBEN, mediante asignación de subsidios a las familias, pago diferencial de matrículas y pensiones de educación pública, etc.) y; conceder subsidios a los sectores menos favorecidos de la población y recaudar las contribuciones de los estratos superiores.”

De igual manera la Sentencia C-252 de 1997, donde se analiza la constitucionalidad de los artículos 101, 102, 103 y 104 de la Ley 142 de 1994, señala que:

- La clasificación de los usuarios en categorías, no viola la Constitución, siempre y cuando respete los distintos niveles de capacidad económica, es un método que permite distinguir grupos de usuarios y establecer entre ellos responsabilidades.
- Asignar tarifas diferenciales buscando favorecer los estratos más bajos en cumplimiento de los principios constitucionales de solidaridad y redistribución de ingresos, permitiendo conocer quiénes están en la capacidad de subsidiar y quiénes en la necesidad de ser subsidiados. Los que cuentan con la capacidad para subsidiar además de asumir los costos de los servicios, colaboran en la financiación de los subsidios que necesitan las personas de menores ingresos para completar el pago de los mismos. (arts. 367 y 368 C.P.)
- La estratificación, per se, no define el régimen tarifario, es el medio que se ha concebido para hacer operativos los criterios de solidaridad y redistribución del ingreso.

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

- Las normas tributarias, tienen que proyectarse sobre los distintos elementos del tributo, de suerte que el sistema fiscal resultante desde el punto de vista de la justicia y la equidad pueda reclamar el atributo de legitimidad sustancial.
- Con base en lo establecido en los artículos 95-9 y 363 de la C.P. el sistema tributario debe fundamentarse en los principios de equidad, eficiencia, progresividad y seguridad (no retroactividad). La equidad y la progresividad, se han elevado a principios constitucionales
- Dentro de los deberes de todo ciudadano se establece el de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, la cual se encuentra establecida mediante Ley.
- De las normas constitucionales se deriva la regla de justicia tributaria consistente en que la carga tributaria debe consultar la capacidad económica de los sujetos gravados.

5.4.1.3 Fines Constitucionalmente Perseguidos con la Inaplicación del Instrumento de Intervención

Con la inaplicación de los instrumentos de intervención se busca la protección de los siguientes fines constitucionales:

- Mediante Sentencia C- C-252 de 1997 se establece la posibilidad declarar la inconstitucional del instrumento si “...se probare que es irrazonable o desproporcionado por estar edificado sobre presupuestos falsos en relación con la capacidad económica de los usuarios que han de soportar parcialmente la carga de subsidiar, con su mayor pago, a los consumidores de menores ingresos”. (Corte Constitucional, C-252, 1997).
- Protección de la justicia y equidad tributaria, ya que no se puede exceder la capacidad económica de la persona, en este caso de los propietarios de los apartamentos del Conjunto Mirador de Andalucía, ya que supera de manera manifiesta sus recursos actuales o potenciales con cargo a los cuales puedan efectivamente contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, caso en el cual los actos administrativos y la norma tributaria están consolidando un sistema tributario injusto, respetando la regla de justicia tributaria consistente en que la carga tributaria debe consultar la capacidad económica de los sujetos gravados, sin tener que comprometer los recursos que las personas emplean para satisfacer sus necesidades mínimas vitales.

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

- De hecho la equidad y la progresividad, se han elevado a principios constitucionales del sistema tributario (Const. 1991, art. 363). Junto a la equidad horizontal que se alcanza mediante contribuciones proporcionales a los distintos niveles de bienestar y de riqueza, al sistema tributario se le asigna la misión de avanzar en términos de equidad vertical, lo que se realiza sólo cuando se disponen tratamientos diferenciados para los distintos niveles de renta o de patrimonio, lo que indefectiblemente lleva a romper el principio de universalidad.
- Protección de los principios de la equidad y la progresividad, los cuales han sido elevados a principios constitucionales del sistema tributario (Const. 1991, art. 363), protegiendo la equidad horizontal y la vertical. La equidad horizontal porque se evidencian contribuciones proporcionales a los distintos niveles de bienestar y de riqueza, y la vertical porque se disponen tratamientos diferenciados para los distintos niveles de renta o de patrimonio, lo que indefectiblemente lleva a romper el principio de universalidad. Lo anterior, ya que se busca que se tengan en cuenta las reales condiciones externas de la vivienda, su entorno inmediato y contexto urbanístico, con el fin de que se establezca un estrato legítimo a la capacidad económica de los propietarios del Conjunto Mirador de Andalucía.
- Protección del subsidio familiar con los que los distintos propietarios y sus familias cancelaron el valor del inmueble. Lo anterior de conformidad a los documentos Conpes 3200, Conpes 3269 de 2004 y 3403 de diciembre de 2005, en los cuales se establecen que

“El programa de subsidio familiar de vivienda seguirá contando con una fórmula de calificación directa de hogares, que garantice transparencia y objetividad en la asignación de subsidios y que favorezca a los hogares más vulnerables...”

- Una de las determinaciones fundantes de la Constitución de 1991 fue establecer la prioridad del interés general sobre cualquier interés privado, siempre y cuando no se vulnerara ningún derecho fundamental. En el caso *sub examine* se vulnera el derecho a la propiedad, la vivienda, el derecho al mínimo vital y el derecho a la igualdad.
- Las autoridades de la República tienen un deber constitucional con los intereses privados de las personas residentes en Colombia, concretándose en proteger su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades. El Estado Social de Derecho garantiza y protege la propiedad privada (*bienes*) de instrumentos y medios de producción. En consecuencia de

lo anterior, se protege la propiedad privada (artículo 58 de C.P y Artículo 669 del C.C) la cual ha sido reconocida como un derecho subjetivo, en cada uno de sus atributos (i) el *ius utendi*, que consiste en la facultad que le asiste al propietario de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pueda rendir; (ii) el *ius fruendi o fructus*, que es la posibilidad del dueño de recoger todos los productos que acceden o se derivan de su explotación; y (iii) el derecho de disposición, consistente en el reconocimiento de todas aquellas facultades jurídicas que se pueden realizar por el propietario y que se traducen en actos de disposición o enajenación sobre la titularidad del bien. (Petit. 2005, p. 230). El establecimiento de un estrato alto, limita el derecho de dominio, ya que no permite el uso, pues cancelar y subsidiar los servicios públicos de los estratos 1, 2 y 3, no deja la posibilidad de cancelar el crédito hipotecario respectivo, y con ello la pérdida de la misma. Así mismo, la disposición se ve afectada, pues el inmueble disminuye su valor comercial así como los cánones de arrendamiento, si se tienen en cuenta las reales circunstancias de la vivienda, el entorno inmediato y el contexto urbanístico, ubicado en el Barrio La Esmeralda de Tunja. La limitación impuesta desdice del contenido esencial del derecho a la propiedad. (Corte Constitucional, C-595, 1999), estando obligado a respetarlo, debiendo adoptar medidas que permitan asegurar el logro de las citadas funciones, lo que conduce -en últimas- a consolidar los derechos del propietario con las necesidades de la colectividad. (Corte Constitucional, C-189, 2006).

- Protección al derecho a la vivienda, el cual se encuentra establecido en el artículo 51 de la Constitución Política. A partir de la sentencia C-936 de 2003 la Corte Constitucional describe siete condiciones que configuran el derecho a la vivienda adecuada, a saber: a) La seguridad de la tenencia: la vivienda no es adecuada si sus ocupantes no cuentan con cierta medida de seguridad de la tenencia que les garantice protección jurídica contra el desalojo forzoso, el hostigamiento y otras amenazas. b) Disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura: la vivienda no es adecuada si sus ocupantes no tienen agua potable, instalaciones sanitarias adecuadas, energía para la cocción, la calefacción y el alumbrado, y conservación de alimentos o eliminación de residuos. c) Asequibilidad: la vivienda no es adecuada si su costo pone en peligro o dificulta el disfrute de otros derechos humanos por sus ocupantes. d) Habitabilidad: la vivienda no es adecuada si no garantiza seguridad física o no proporciona espacio suficiente, así como protección contra el frío, la

humedad, el calor, la lluvia, el viento u otros riesgos para la salud y peligros estructurales.

e) Accesibilidad: la vivienda no es adecuada si no se toman en consideración las necesidades específicas de los grupos desfavorecidos y marginados. f) Ubicación: la vivienda no es adecuada si no ofrece acceso a oportunidades de empleo, servicios de salud, escuelas, guarderías y otros servicios e instalaciones sociales, o si está ubicada en zonas contaminadas o peligrosas. g) Adecuación cultural: la vivienda no es adecuada si no toma en cuenta y respeta la expresión de la identidad cultural. En el caso su examine se vulneran los postulados de disponibilidad de servicios, la asequibilidad y la accesibilidad, postulados que deben protegerse si se tiene en cuenta que mediante Sentencia T- 772 de 2003, se reconoció el derecho a la vivienda como fundamental, en concordancia con lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De lo anterior se concluye que el hecho de establecer un estrato socioeconómico que difiera diametralmente de las condiciones de pago del propietario, de la situación de la vivienda, del entorno inmediato y del contexto urbano, contradiga el otorgamiento de los subsidios de vivienda otorgados por el Gobierno Nacional, hacen que de manera notoria se establezca una infracción directa a las normas constitucionales señaladas.

- Proteger el derecho al mínimo vital, buscando con ello la materialización del principio, el valor y el derecho a la dignidad humana. El contenido y el alcance de éste derecho ha sido desarrollado ampliamente por la Corte Constitucional, por mencionar la Sentencia SU-225 de 1994, en los siguientes términos:

“está compuesto por aquellos requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, especialmente en lo relacionado con su alimentación, vestido, educación, vivienda y seguridad social.

Así mismo, la jurisprudencia Constitucional ha precisado que el mínimo vital es una

“institución de justicia elemental que se impone aplicar, como repetidamente lo ha hecho la Corte Constitucional, en situaciones humanas límites producidas por la extrema pobreza y la indigencia cuando quiera que frente a las necesidades más elementales y primarias, el Estado y la sociedad no responden de manera

congruente y dejan de notificarse de las afectaciones más extremas de la dignidad humana”.

La atención que le ha prodigado la jurisprudencia a esta garantía constitucional no resulta caprichosa ni arbitraria, **dado que el mínimo vital es un presupuesto básico para el efectivo goce y ejercicio de la totalidad de los derechos fundamentales.** Se constituye en una *“pre-condición para el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales de la persona”* y en una salvaguarda de las condiciones básicas de subsistencia, puesto que *“sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales, como los correspondientes a alimentación, salud, educación o vestuario, en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana.”*(Corte Constitucional, T-148, 2002).

En el caso *sub examine* se vulnera tajantemente el derecho al mínimo vital, ya que se desconoce el hecho de que los apartamentos fueron adquiridos mediante subsidio de vivienda de interés social, según lo establecido en el Decreto 2190 de 2009. De igual manera se desconoce el hecho de que una gran mayoría de los dueños son madres cabezas de familia, que poseen unos ingresos deficientes para cancelar los créditos hipotecarios, las condiciones básicas de alimentación, educación salud y vestuario, desconociendo la especial protección constitucional otorgada a ésta población vulnerable. Se destaca que el hecho de que se asigne un estrato cinco (5) a éstos inmuebles hace que los propietarios tengan que dar una contribución del 50% a los estratos 1,2 y 3, de conformidad a lo establecido en el Decreto 057 de 2006, desconociendo los postulados del principio de solidaridad, ya que se ésta conculcando de manera directa la capacidad de ingreso o disponibilidad de pago de cada una de éstas familias.

- Protección del derecho a la igualdad, que en nuestro ordenamiento constitucional cumple una triple perspectiva: es un valor, es un principio y de un derecho fundamental, dependiendo de su consagración en preceptos de diferente densidad normativa que cumplen distintas funciones en nuestro ordenamiento. De tal manera que, se establece como valor en el preámbulo constitucional, y como principio y derecho fundamental a partir del artículo 13 de la Carta.

Cabe señalar que el derecho a la igualdad carece de contenido material específico, a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, de donde se desprende su atributo más importante: *su carácter relacional*, ya que no guarda ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado, es decir, presupone una comparación entre dos o más regímenes jurídicos, ya que generalmente un régimen jurídico no es discriminatorio considerado de manera aislada, sino en relación con otro, de allí que el derecho a la igualdad pueda ser invocado frente a cualquier actuación de los poderes públicos con independencia del ámbito material sobre el cual se proyecte. (González Beilfuss, 2000, p. 21 y ss)

Lo anterior no significa que se trate de un principio, en la Sentencia C-818 de 2010 la Corte descompone el contenido del mismo en cuatro mandatos: “...*(i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables*”. (Corte Constitucional, C-818, 2010).

En el caso en estudio, los propietarios del Edificio Mirador de Andalucía ha sido objeto de un trato diferenciado injustificado a pesar de encontrarse en supuesto fáctico que impone un trato igual con las otras edificaciones del entorno.

- Protección del derecho al Derecho al debido proceso estipulado en el artículo 29 de la Carta Política, el cual indica que nadie puede ser sometido a un juicio sino de acuerdo con las 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. Cabe destacar que el derecho de defensa hace parte intrínseca del debido proceso. De lo anterior se denota que

los núcleos esenciales de este derecho son: a) el principio de legalidad, b) el derecho de defensa, c) el derecho de contradicción, d) el derecho a la doble instancia.

En el caso *sub examine* se vulnera específicamente el derecho al juzgamiento con leyes preexistentes, pues mediante Resolución No. 106 del 7 de febrero de 2005 el Departamento Nacional de Estadística resuelve derogar la Resolución No. 392 del 28 de Mayo de 2004 por medio de la cual se establecían las metodologías Tipo 1 y 2 que el DNP había diseñado, realizándoles algunos ajustes y modificaciones, máxime cuando el artículo 2° señala expresamente que hasta que el DANE no suministre la nuevamente la metodología se deberá mantener vigente la estratificaciones que se adoptaron con las metodologías que les suministro el DNP, por lo tanto para el año 2011 cuando se emiten los actos administrativos respectivos, no existe metodología vigente para la adopción de la estratificación socioeconómica, existiendo un vacío legal originado de la derogatoria expresa de las metodologías adoptadas por el DNP.

5.4.1.4 Fines otorgados por el ordenamiento internacional: Bloque de constitucionalidad (Tratamiento internacional dado por los tratados de derechos humanos)

A continuación se señalan los instrumentos jurídicos internacionales en que se ha hecho referencia al derecho a la propiedad privada y el derecho a la vivienda, que son los que más se vulneran al analizar la situación fáctica del caso concreto. El derecho a la igualdad se analizará con más detalle en la sub etapa ponderación en sentido estricto:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los artículos 17 y 25 respectivamente, así:

Artículo 17. 1. Toda persona tiene derecho a la *propiedad*, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la *vivienda*, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad...

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmado el 21 de diciembre de 1966 y ratificado por Colombia 29 de octubre de 1969, en su artículo 11° estipula:

“Artículo 11°. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y *vivienda adecuados*, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento...”

El contenido del derecho a la vivienda fue desarrollado por la Observación General 4 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, con base en este instrumento internacional se convirtió en referente interpretativo del artículo 51 constitucional.

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consagra los dos derechos referidos en los siguientes artículos:

“Artículo XI. Derecho a la preservación de la salud y al bienestar. Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

Artículo XXIII. Derecho a la propiedad. Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”.

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos da preponderancia al derecho a la propiedad privada en el artículo 21, en los siguientes términos:

Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de

indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley....”

De igual manera existen varios instrumentos internacionales de otros continentes, que si bien es cierto no se encuentran ratificados por Colombia si sirven de herramienta para la interpretación, entre ellas están:

La Carta Social Europea que en el artículo 16 estipula el Derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica, en los siguientes términos:

*“Con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las partes contratantes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la **construcción de viviendas** adaptadas a las necesidades de las familias, ayudas a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas.*

Así mismo la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el artículo 34 establece la seguridad social y ayuda social, estableciendo la protección del derecho a la vivienda en el numeral 3, que dice:

“3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales”.

De lo anterior se denota que los derechos a la propiedad y la vivienda tienen una protección especial, con normas concretas internacionales que deben implementarse y medir su progreso, buscando la transformación positiva de la sociedad y el logro de la justicia social.

Adicionalmente estos derechos se encuentran consagrados en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5 d) v)) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 16 h)).

Cabe destacar que la propiedad y especialmente la vivienda es la base de la estabilidad y la seguridad de una persona o familia, es el centro de la vida sociales, emocionales y económicas a veces, un hogar debe ser un santuario; un lugar para vivir en paz, seguridad y dignidad, por tanto su vulneración afecta de manera directa la dignidad humana.

Finalmente, el derecho a la igualdad es reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales donde establecer de manera no exhaustiva los motivos de discriminación: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, amplía el espectro señalado a “otra condición social” incluyendo aspectos como la discapacidad, el padecimiento de enfermedades graves (por ejemplo, el VIH/SIDA) o la orientación sexual.

5.4.1.5 Juicio de contraste o verificación

Para realizar el juicio de contraste deben analizarse los siguientes ítems:

- a) Verificar si existe identidad entre los fines legalmente perseguidos y los fines constitucionalmente perseguidos.

Los fines establecidos por los actos administrativos y la norma legal que lo soporta, es decir la solidaridad y la redistribución de los ingresos en el caso en estudio, desconoce los fines constitucionales de protección al derecho a la propiedad, a la vivienda, a la igualdad, al debido proceso, a la materialización de la justicia tributaria, la protección de los subsidios de vivienda entre otros, como se expuso anteriormente, razón por la cual se da una preponderancia de los fines constitucionalmente protegidos que lleva a la consecuente inaplicación de los instrumentos de intervención.

- b) Verificar la relación entre los fines constitucionales perseguidos y los medios utilizados en el instrumento de intervención en el caso concreto.

La solidaridad y la redistribución del ingreso establecidos en el artículo 367, así como el otorgamiento de subsidios a personas de menores ingresos, consagrado en el artículo 368 de la Carta Política, se pueden conseguir a través del establecimiento de varias metodologías, las cuales ha tratado de identificar de manera diversa, primero en cabeza del Departamento Nacional de Planeación y posteriormente otorgando esta tarea al Departamento Administrativo Nacional de

Estadística. Denótese que se trata de una metodología derogada, por la necesidad primigenia de adaptarla a las realidades del entorno, hasta el punto de indicar en la parte motiva de la Resolución No 106 de 2005 lo siguiente:

“Que debido a la necesidad de revisar y evaluar las metodologías de estratificación urbana diseñadas por el DNP y diseñar unas nuevas antes de que los municipios las utilicen....

Que para ello el DANE evaluará las metodologías vigentes e iniciará el diseño de unas nuevas y establecerá las tipologías municipales acorde con los diseños metodológicos y la información estadística y cartográfica disponible de los municipios o distritos.

Que en mérito de lo expuesto se hace necesario derogar la Resolución No. 392 de 28 de mayo de 2004 que adoptó las metodologías de estratificación Tipo 1 y 2, para cabeceras y centro (sic) poblados rurales...”

Se trata de una metodología de hace más de doce (12) años, que se basa en tres aspectos fundamentales: construcción externa de la vivienda, el entorno inmediato y el contexto urbanístico, que utiliza conceptos anacrónicos, especialmente lo atiende a materiales de construcción, con la utilización de un software que desde su implementación no se puede modificar, específicamente con la identificación de zonas geoeconómicas, desconociendo las nuevas manzanas establecidas improvisando en dichas temáticas.

Hasta este momento, el DANE se encuentra validando la implementación de la metodología, desarrollada a través de unidades de vivienda y no de manera general como se está realizando mediante resolución 392 del 28 de Mayo de 2004 por medio de la cual se establecían las metodologías Tipo 1 y 2 que el DNP, la cual ya fue derogada. A continuación se indica la presentación del formato de metodología donde se involucra el No. predial nacional vs Formato IGAC:

DPTO		MPIO			ZONA		SECTOR		COMUNA		BARRIO		MANZANA				TERRENO				CONDICIÓN DEL PREDIO	NÚMERO DE CONSTRUCCIÓN								
																						No. DEL EDIFICIO O TORRE			No. DEL PISO DENTRO DEL EDIFICIO O TORRE			No. DE UNIDAD EN PH. CONDOMINIO O MEJORA		
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	
DANE		División Política Administrativa			00 Rural		Circuito/ Sector		Comuna		Barrio		Manzana Vereda				Número de orden de terreno en la manzana o vereda				0 NPH	No. de edificio o torre dentro del terreno			No. De piso dentro del edificio o torre			Unidad predial o mejora		
					01 Urbano																9 PH									
					02 a 99 otros núcleos corregimientos																8 condominio									
																					7 parques cementerios									
																					5 mejoras por edificaciones en terreno ajeno de propiedades no reglamentadas en PH									
																					4 vías									
																					3 bienes de uso público diferentes a vías									

DPTO		MPIO			ZONA		SECTOR		MANZANA				NÚMERO DEL PREDIO IGAC				CONDICIÓN DEL PREDIO		DIRECCIÓN		DESTINO ECONÓMICO			
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20					

Figura 5. Formato de metodología N. predial nacional vs formato IGAC. DANE

De lo anterior se concluye que si bien los fines constitucionales con los instrumentos de intervención son válidos para el caso concreto, el mismo Estado a través de sus diversos órganos ha establecido unas mejoras en las metodologías para lograr mayor efectividad en los fines propuestos: la solidaridad, la redistribución del ingreso y el otorgamiento de subsidios a personas de diversos ingresos.

De lo anteriormente descrito se concluye que se cumplen los requisitos para la inaplicación de los instrumentos de intervención: a) Que el contenido normativo de la disposición sea evidentemente contrario a la Constitución en el caso concreto, b) Que la norma claramente comprometa derechos fundamentales y c) Que se deduzca claramente de la Constitución la necesidad de garantizar un derecho constitucional...” (Corte Constitucional, T-291, 2009), en razón a que los instrumentos de intervención imponen a los propietarios del Edificio del Mirador de Andalucía una carga superior a lo que pueden soportar, sin que se logre de manera directa los fines constitucionalmente perseguidos con los instrumentos de intervención.

5.4.2 Principio de Necesidad

5.4.2.1 Análisis del medio utilizados por el instrumento de intervención.

Para lograr la consecución de los fines establecidos por los instrumentos de intervención, es decir la solidaridad, la redistribución y el otorgamiento de subsidios a la población con menores ingresos, se clasifican los usuarios en categorías, situación que por sí misma, no viola la Constitución, siempre que la clasificación corresponda a niveles distintos de capacidad económica, por tanto en primera instancia y a nivel general, no puede desecharse el esquema ideado por el legislador que se revela idóneo para cumplir dicho propósito.

Cabe destacar que este método permite diferenciar el grupo de usuarios que necesitan apoyo para completar el pago de los mismos y los que además de asumir los costos de los servicios, deben colaborar en la financiación de los subsidios.

En este caso el legislador se basa en el supuesto fáctico de asociar un determinado nivel de bienestar económico al costo y calidad de las viviendas, de conformidad a los materiales, la dotación y la ubicación urbanística. Cabe destacar que todos estos elementos con observables a través de la observación empírica, los cuales establecidos en una matriz estadística y un software específico puede arrojar datos relevantes sobre la capacidad económica de los propietarios.

5.4.2.2 Identificación de los Medios Alternativos y su idoneidad para el caso concreto

Una vez identificado que el medio establecido en los instrumento de intervención vulnera fines constitucionales de mayor importancia, deben identificarse otros medios posibles, que se articulen los fines constitucionales y los fines legales. De la situación fáctica señalada, y ante la inexistencia de medios técnicos adecuados para resolver la temática respectiva, y ante la imperiosa necesidad de actualizar dicha metodología, la cual es reconocida en varios documentos jurídicos Sentencia de constitucionalidad no. C-252/97, 1997, Resolución No. 106 de 2005, Conpes 3386 de 2005, entre otros, con base en las pruebas allegadas se procederá a identificar los posibles medios:

Tabla 21. Medios alternativos caso concreto.

Medios Alternativos	Idoneidad	Pertinencia
Con base en lo estipulado en la liquidación del impuesto predial donde se encuentra ubicado el	Protege de manera efectiva los derechos constitucionales vulnerados.	Al establecer el estrato 1 no se protegen los fines establecidos en los

respectivo edificio correspondiente al en Estrato 1, Certificado AP-ES-No. 0918 de 2011 de fecha 31 de agosto de 2011, suscrito por Asesora de Planeación Municipal		instrumentos de intervención: solidaridad, redistribución del ingreso y otorgamiento de subsidios, ya que el estrato 1 es merecedora de subsidio hasta del 70%.
Con base en Licencia Vigente No. C2LUC0001-2010, Resolución No. 0080 del 21 de Febrero de 2011, señala dentro de los datos del predio que el inmueble se encuentra en estrato 3, predio No. 010306120027000 y matrícula inmobiliaria No. 070-111595.	Protege de manera efectiva los derechos constitucionales vulnerados.	De manera similar, al establecer el estrato 3, tampoco se protegen los fines protegidos en los instrumentos de intervención, ya que tienen derecho a un subsidio hasta del 15%.
Equiparando la estratificación socioeconómica a la de los edificios que reúnen situaciones externas similares, entorno inmediato y contexto urbanístico e igual zona geoeconómica, especialmente el Edificio Lombardía que tiene las mismas condiciones del Edificio Mirador de Andalucía establecidas en el software respectivo, equivalente a estrato 4.	Protege de manera efectiva los derechos constitucionales vulnerados.	Este es el medio más pertinente, ya que se protegen los derechos vulnerados: propiedad, vivienda, mínimo vital, debido proceso e igualdad. No reciben subsidio alguno, cancelan el 100% del valor de la factura de los servicios públicos.

Fuente: elaboración propia.

Con base en lo anterior, el medio más pertinente y adecuado a los fines constitucionales y del instrumento de la intervención es el tercero, al establecer el **estrato 4** al Conjunto Mirador de Andalucía.

5.4.2.3 Afectación Empírica

5.4.2.3.1 Establecimiento del Statuos Quo Concreto (SQ)

El lote de terreno en que se encuentra ubicado el CONJUNTO RESIDENCIAL MIRADOR DE ANDALUCÍA se encuentra establecido en ESTRATO 1, de conformidad a liquidación de impuesto predial del año 2012, lo cual se puede confrontar con el oficio Certificado AP-ES-No. 0918 de 2011 de fecha 31 de agosto de 2011, suscrito por Asesora de Planeación Municipal, donde se indica que el estrato del lote según software de la Alcaldía corresponde al mencionado estrato.

La Curaduría Urbana No. 2 de Tunja, mediante Modificación a la Licencia Vigente No. C2LUC0001-2010, Resolución No. 0080 del 21 de Febrero de 2011, señala dentro de los datos del predio que el inmueble ubicado en la Calle 40 No. 2 E-97 del Barrio La Esmeralda, se encuentra en estrato III, predio No. 010306120027000 y matrícula inmobiliaria No. 070-111595.

Con base en lo establecido en el artículo 125 de la Ley 1450 de 2011 para efectos de lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 99 de la Ley 142 de 1994, hablándose de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, los subsidios en ningún caso serán superiores al **setenta por ciento (70%) del costo del suministro para el estrato 1, cuarenta por ciento (40%) para el estrato 2 y quince por ciento (15%) para el estrato 3.**

De lo anterior se denota, que de pasar de un estrato I o III, en el que se estaría beneficiando de un subsidio por parte del Estado, en consecuencia de lo anterior, la intervención tendría la categoría de **menor impacto** con un valor de **14.4%**.

Teniendo en cuenta que la mayor satisfacción de los fines constitucionales en la situación fáctica inicial correspondería al 100% antes del advenimiento de los instrumentos de intervención, debe indagarse sobre el nivel de vulneración (términos relativos) de los derechos involucrados por los instrumentos de intervención, teniendo lo siguiente:

$$\Sigma 100\% - SQ$$

$\Sigma 100\%$ - 14.4%

$\Sigma = 85.5\%$

5.4.2.3.2 Establecimiento del Statuo Quo Modificado Caso Concreto (SM)

Adicionalmente, el artículo 125 de la Ley 1450 de 2011 establece que:

“Los factores de aporte solidario para los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo a que hace referencia el artículo 2° de la Ley 632 de 2000 serán como mínimo los siguientes:

Suscriptores Residenciales de estrato 5: cincuenta por ciento (50%);

Suscriptores Residenciales de estrato 6: sesenta por ciento (60%); Suscriptores Comerciales: cincuenta por ciento (50%);

Suscriptores Industriales: treinta por ciento (30%)”. (Negrilla fuera del texto)

En el caso *sub examine*, a unos propietarios que acceden a los subsidios del Gobierno con el fin de acceder al derecho a la propiedad y la vivienda, se le carga el subsidio de terceros con respecto al régimen tarifario de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, en una proporción del (50%), poniendo en juego su bienestar y el de su familia en condiciones dignas. Denótese como estas familias deben cancelar el crédito hipotecario, sufragar sus gastos de alimentación, vestuario, vivienda y educación de cada miembro, y sumado a ello subsidiar a los estratos 1, 2 y 3 en los porcentajes indicados, sumado al hecho de que el 70% de los propietarios son cabezas de familia.

En virtud a lo anterior, los instrumentos de intervención tiene la categoría de mayor Impacto con un valor de 57,1%.

Después del advenimiento de los instrumentos de intervención en concreto, y teniendo en cuenta que la mayor satisfacción de los fines constitucionales en la situación fáctica correspondería al 100% y ex post del advenimiento de los instrumentos de intervención, debe indagarse sobre el nivel de vulneración (términos relativos) de los derechos involucrados por los instrumentos de intervención, teniendo lo siguiente:

$\Sigma 100\%$ -SM

$$\Sigma 100\% - 57.1\%$$

$$\Sigma = 42,9\%$$

5.4.2.4 Contraste Comparativo de los Status Quo.

Una vez establecidos los Status Quo ex ante (ΣSQ) y ex post (ΣSM), con base en las reglas previamente establecidas debe indicarse si los instrumentos de intervención para el caso concreto respetan la ley de la proporcionalidad:

$$\Sigma SM = 42.9\%$$

$$\Sigma SQ = 85.5\%$$

En el caso *sub examine* se observa que $SM \leq SQ$, por tanto el instrumento de intervención no respeta la ley de la ponderación, no siendo proporcional, ya que se vulnera en un 42.6% adicional los derechos involucrados con la introducción de los instrumentos de intervención, teniendo en cuenta que en ambos casos debe establecerse el 100% de satisfacción de los principios constitucionales de solidaridad y redistribución del ingreso, pero con situaciones fácticas diversas.

5.4.2.5 Afectación Jurídica

Debe tenerse en cuenta el mayor grado de cumplimiento de los fines perseguidos constitucionalmente a partir de los medios escogidos tanto por el instrumento de intervención como el medio alternativo escogido es igual a 100%, debiendo previamente identificar el cumplimiento en unidades de los criterios de eficacia (E), temporalidad (T) y probabilidad (P).

En el caso *sub examine* los fines perseguidos con los instrumentos de intervención son dos especialmente: la solidaridad, la redistribución del ingreso y con ello el otorgamiento de subsidios a personas de escasos recursos (Const. 1991, art. 367 y 368).

5.4.2.5.1 Afectación Jurídica Medio Instrumento de Intervención en el Caso Concreto (AJMI)

Mediante Certificado AP-ES-No. 0918 de 2011 emitido por la Oficina de Planeación Municipal y la Resolución No. 004 de Octubre de 2011 el Comité de Estratificación de la ciudad de Tunja, al establecer el estrato 5 a los propietarios del Conjunto Residencial Mirador de Andalucía se busca que ellos contribuyan con un 50% de aporte solidario para los estratos 1, 2 y 3.

En la intensidad debe señalarse que los derechos fundamentales afectados la propiedad, la vivienda, el debido proceso, el mínimo vital, la igualdad, entre otros descritos de manera detallada en el sub principio de idoneidad. Con base en lo anterior se describen los aspectos que hacen parte de la intensidad:

a) Eficacia – Realización del Fin

Con la aplicación del instrumento de intervención se provee la estratificación socioeconómica del Conjunto Residencial Mirador de Andalucía a partir de la metodología establecida por el DNP, la cual se origina a partir de las características externas del inmueble, el entorno inmediato y el contexto urbanístico.

Con respecto al principio de solidaridad y la redistribución del ingreso se cumple el 60u al distribuirlo por categorías, sin embargo, la metodología esta derogada, desactualizada y no tiene en cuenta los adelantos de materiales de construcción, así como la obsolescencia del software que se utiliza, ya que únicamente permite el establecimiento de manzanas de registros catastrales antiguos y desactualizados y las zonas geoeconómicas predeterminadas. Aunado a lo anterior, no se tiene en cuenta la real capacidad económica de los contribuyentes.

b) Temporalidad

Los principios buscados por los instrumentos de intervención se cumplen de manera permanente en un porcentaje del 100u, ya que son de carácter permanente y se efectivizan de manera mensual.

c) Probabilidad

Se cumple en un 40u ya que los fines perseguidos con la norma son cumplidos con una seguridad promedio, al establecer un régimen tarifario diferenciado, sin embargo en el caso subexamine la solidaridad tarifaria es injusta e inequitativa, por dos razones principales: No obedece a la capacidad económica de los contribuyentes y no está ajustada a la situación fáctica real de las condiciones de la vivienda, el entorno inmediato y el contexto socioeconómico. Cabe destacar que la metodología está siendo objeto de revisión con el fin de tener de actualizarla, argumento que fue reforzado mediante el CONPES 3386 del 10 de octubre de 2005 el cual establece el “Plan de acción para la focalización de los subsidios para servicios públicos

domiciliarios”, en donde se indica que para el diseño de las nuevas metodologías el DANE debe contar con dos importantes herramientas: a) Los resultados del Censo General 2005 y b) Los resultados de la evaluación de la estratificación encargada al Departamento Nacional de Planeación, documento que refuerza el argumento que señala que la metodología adoptada por el DNP es anacrónica y no satisface la realidad del pueblo colombiano. Cabe señalar que después de once años, tampoco se ha aprobado la metodología respectiva.

Con base en lo anterior la Afectación del Instrumento de Intervención en el Caso Concreto final es igual a:

$$\sum E + T + P$$

$$\sum 60 + 100 + 40 = 200 \text{ u}$$

Se realiza la regla de tres respectiva para conocer el 210u a cuanto equivale del 300%, denotando un resultado final de: **66.6 %**

5.4.2.5.2 Afectación Jurídica Medio Alternativo Caso Concreto (AJMA)

a) Eficacia - Realización del Fin

Con base en la situación fáctica descrita, se puede evidenciar que con el medio alternativo utilizado es decir la asimilación del estrato con base a las características físicas, el entorno inmediato, el contexto urbanístico y zona geoeconómica de los edificios aledaños, puede verificar que los fines constitucionales del caso concreto se cumplen en una mayor medida, ya que se da la solidaridad y redistribución del ingreso con base en lo establecido tiene en cuenta la capacidad económica de los usuarios, no teniendo la carga de soportar la carga de subsidiar, con mayor pago a los consumidores de menores ingresos.

Con esta medida se protege el ingreso familiar y otros derechos como la alimentación, el vestuario, la salud, la educación y de personas vulnerables, los niños y las mujeres madre cabeza de familia.

Se reitera, que al tener en cuenta la capacidad de pago de la persona, se protege el régimen constitucional, pues nadie está obligado a lo imposible, mucho menos cuando restringe per se

derechos fundamentales propios y más importantes. El alcance del deber no es ilimitado, debe ajustarse a las condiciones de justicia en cada caso.

Se reitera que un gran porcentaje de los propietarios son madres solteras, accedieron a la vivienda a través de crédito hipotecario y subsidio del estado, por lo que debe concluirse sin temor a equivocarse que el deber de contribuir a subsidiar a otras personas no se aplica al caso en estudio.

Cabe destacar que el Corte Constitucional mediante Sentencia T-826 de 2005, la Corte Constitucional ante una condición fáctica similar, donde en un mismo lado de manzana, una casa de habitación con condiciones externas similares, entorno inmediato, contexto urbanístico e igual zona socio económica, tenía un estrato superior al de las demás, sin tratarse de una vivienda atípica positiva, se ordena modificar del estrato 3 al estrato 2 a la vivienda en mención, en virtud al trato discriminatorio presentado. Cabe señalar que el juez de segunda instancia en esta tutela revisada, ordena en segunda instancia

“ARTÍCULO PRIMERO. Modificar la estratificación asignada al inmueble ubicado en la Cra. 1 A No. 13-55 de este municipio de estrato dos (2) (sentencia de tutela 05 de mayo/04) a estrato tres (3) (Sentencia modificatoria de la anterior- Juzgado Segundo Municipal de Buga) y amparándonos en lo establecido en las normas legales de estratificación. **Así mismo, modificar de estrato dos (2) a estrato tres (3) todas y cada una de las viviendas ubicadas en el Sector 03 Sección 04 Manzana 04 lado A** (negrillas fuera del original)”.

Situación que obviamente gravaba la situación de terceros que ni siquiera habían hecho parte del proceso. Este proveído puede ser referente en el caso en estudio ya que si bien no estamos hablando del mismo lado de manzana, debe reconocerse que se trata de la misma zona geoeconómica, y con igual información en el software respectivo con el Edificio Lombardía, cambiando únicamente el material de la fachada, que indica que es ladrillo a la vista, y en el caso del Conjunto Residencial Mirador de Andalucía señala que es enchape, tratándose en realidad del mismo material. Se destaca que algunos de los edificios señalados en la descripción fáctica del caso, tienen mejores condiciones de accesibilidad y mejor entorno inmediato.

En consecuencia de lo anterior se denota que los fines legales se cumplen en 90u de manera más coherente con los fines constitucionales que deben protegerse en el caso en cuestión.

b) Temporalidad

Los principios buscados por los instrumentos de intervención se cumplen de manera permanente en un porcentaje del 100u, ya que son de carácter permanente y se efectivizan de manera mensual.

c) Probabilidad

Se cumple con 90u ya que los fines perseguidos con los instrumentos de intervención se cumplen con alto grado de seguridad, ya que se tiene en cuenta la capacidad económica real de los propietarios, respetando el concepto de justicia tributaria y solidaridad. El estrato 4 paga el 100% del valor de las facturas de los servicios públicos domiciliarios, de energía, acueducto y alcantarillado, sin subsidiar a otros, específicamente por la imposibilidad presentada.

Cabe resaltar que el Municipio de Tunja mediante Decreto 192/98 establece la estratificación del Municipio señalando que el Barrio la Esmeralda se encuentra en estrato 2, por tanto las viviendas y construcciones aledañas pertenecen al estrato dos. Cabe destacar que mencionado Decreto 192/98 solamente se establecen cinco (5) estratos y no seis (6) como lo ordena la ley 142 de 194, haciendo más imperiosa la necesidad de articular el cumplimiento de los fines constitucionales perseguidos.

Con base en lo anterior la Afectación del Instrumento de Intervención Alternativo Caso Concreto final es igual a:

$$\sum E + T + P$$

$$\sum 90 + 100 + 90 = 290 \text{ u}$$

Se realiza la regla de tres respectiva para conocer el 290u a cuanto equivale del 300%, denotando un resultado final de: **93%**

5.4.2.6 Contraste comparativo Afectación Jurídica de Medios

En el caso *sub examine*, identificarse de manera comparativa cuál de los dos medios previstos: el establecido por el instrumento de intervención y el alternativo se ajusta a la ley de la ponderación.

Siendo: $\sum \text{AJMI} = 66.6\%$

$$\sum \text{AJMA} = 93\%$$

Se observa que $\sum \text{AJMA}$, es $\geq \sum \text{AJMI}$, razón por la cual el medio alternativo satisface con mayor pertinencia e idoneidad los fines perseguidos constitucionalmente en relación con los fines indicados en el instrumento de intervención.

5.4.2.7 Coherencia Interna del Orden Jurídico

Debe confrontarse los resultados de los Contraste del Statuo Quo y los Contrastes de la Afectación Jurídica, teniendo lo siguiente:

$$\sum \text{SQ} + \sum \text{AJMA} = 85.5\% + 93\% = 178.5\%$$

$$\sum \text{SM} + \sum \text{AJMI} = 42.9\% + 66.6\% = 109.5\%$$

En consecuencia de lo anterior se denota que una vez verificado la vulneración de derechos involucrados antes de la existencia del instrumento de intervención y la utilización del medio alternativo propuesto se da un mayor porcentaje de efectividad de los derechos constitucionales perseguidos, por tanto el instrumento de intervención debe inaplicarse, ya que hay un grado de satisfacción superior del 69%.

Contrario sensu, si se aplica el medio establecido en el instrumento de intervención, denotándose un menor valor de los derechos de la persona después del advenimiento del mismo, se genera una carga inferior de satisfacción que no es permitida por la ley de la ponderación.

5.4.3 Proporcionalidad en sentido estricto

Adecuación entre la norma impugnada y el precepto constitucional que sirve de parámetro, sino que incluye otro régimen jurídico que actúa como término de comparación. En consecuencia se entabla una relación internormativa que debe ser abordada utilizando herramientas metodológicas especiales tales como el test de igualdad, empleado por la jurisprudencia de esta Corporación. (C-093 de 2001)

5.4.3.1 Núcleos Esenciales de los Derechos Fundamentales afectados

En el sub principio de idoneidad, se precisaron los derechos vulnerados del caso concreto, estableciendo la totalidad de los núcleos esenciales en cada caso. En este acápite se realizará un análisis de las razones por las cuales se vulnera cada uno:

- Derecho a la Propiedad, en las sentencias T-427 de 1998, T-554 de 1998, C-204 de 2001, T-746 de 2001, C-491 de 2002 y C-1172 de 2004 se ha reconocido que el núcleo esencial del derecho a la propiedad privada está constituido por el uso, goce y disfrute de la cosa, de conformidad a lo establecido en el artículo 669 del C.C. indica:

“El dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno”.

En el caso *sub examine* se vulnera el uso y el disfrute de manera específica, ya explicados sumariamente. En cuanto a las limitaciones del derecho la Sentencia C-1172 de 2004, estableció:

“En ese orden de ideas y reivindicando el concepto de la función social, el legislador le puede imponer al propietario una serie de restricciones a su derecho de dominio en aras de la preservación de los intereses sociales, respetando sin embargo, el núcleo del derecho en sí mismo, relativo al nivel mínimo de goce y disposición de un bien que permita a su titular obtener utilidad económica en términos de valor de uso o de valor de cambio que justifiquen la presencia de un interés privado en la propiedad”. (Corte Constitucional, C-1172, 2004).

El derecho a la propiedad es fundamental, facultando su desarrollo en el ámbito de libertad personal, debiendo protegerse constitucionalmente. En consecuencia de lo anterior, las limitaciones que el legislador puede imponer al propietario deben ser razonables y proporcionales, exigiendo *“un balance equitativo entre los intereses individuales y los intereses de la sociedad”*. (Corte Constitucional, C-1172, 2004).

Cabe destacar que la ley y la jurisprudencia ha establecido los límites que puede tener el derecho a la propiedad, en este caso la función social (utilidad pública e interés social, primacía del interés general sobre el particular) y la función ecológica (Art. 58 C.P), de los cuales se deriva la expropiación; así como otra clase de límites como la extinción de dominio y la confiscación.

En consecuencia de lo anterior, no puede llegarse al extremo de lesionar su núcleo esencial que se manifiesta en el nivel mínimo de ejercicio de los atributos de goce y disposición, que produzcan utilidad económica en su titular.

En varias sentencias se han establecido límites al derecho de la propiedad, en casos concretos, señalando algunos

- Sentencias C -554 de 1998 y C-204 de 2001 se establece el doble del lapso de tiempo para declarar la prescripción de un propietario que se encuentra en el extranjero, ya que debe reconocerse el mínimo de goce y disposición de un bien, aun cuando el titular no los ejerza.
- Sentencias T-746 de 2001 y C-491 de 2002 se establece la posibilidad de ordenar al propietario la realización de obras cuando la edificación se encuentre en mal estado, debiendo ceñirse a las normas urbanísticas, o de conservación del patrimonio cultural o histórico, cuando ellas establezcan parámetros estéticos o de presentación que deben cumplir dichas edificaciones.

Los dos casos más relevantes en cuanto a limitación del derecho a la propiedad están dados por la expropiación y la extinción de dominio. En cuanto a la primera se ha mencionado los siguientes requisitos:

“Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, puede presentarse la expropiación la cual debe efectuarse a través de sentencia judicial e indemnización previa, y solamente en los casos que establezca el legislador la expropiación puede adelantarse por vía administrativa, aunque está sujeta a una posterior acción contenciosa administrativa. La privación de la titularidad del derecho de propiedad privada contra la voluntad de su titular, requiere del cumplimiento de los siguientes requisitos: i) Que existan motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador; ii) Que exista decisión judicial o administrativa, esta última sujeta a posterior acción contenciosa administrativa incluso respecto del precio. La adopción de dicha decisión presupone que se adelante el procedimiento establecido en la ley, con garantía del derecho fundamental al debido proceso del titular del derecho de propiedad; iii) Que se pague una indemnización previamente al traspaso del derecho de propiedad a la Administración, la cual debe ser justa” (Corte Constitucional, C-133, 2009).

En cuanto a la extinción de dominio acorde con lo establecido en la Constitución y la ley las causales de procedencia de la extinción, esencialmente la exigencia de

licitud para la obtención del derecho a la propiedad. *“Debe recordarse que la extinción de dominio tiene una naturaleza constitucional. Es decir, “... no se trata de una pena a imponer con ocasión de una declaratoria de responsabilidad penal sino de acción constitucional pública, jurisdiccional, autónoma, directa y expresamente regulada por el constituyente, relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad y en virtud de la cual se extingue el dominio sobre los bienes adquiridos de manera ilícita...”*. (Corte Constitucional, C-133, 2009).

El hecho de imponer a los propietarios del Edificio Mirador de Andalucía el estrato 5, excediendo la capacidad de pago, ocasiona una vulneración de tal impacto en el derecho a la propiedad, que conlleva las mismas consecuencias de la expropiación administrativa, pues por la protección del interés general se impone una carga mensual del 50% de la tarifa para el pago de todos los servicios públicos domiciliarios: luz, agua y alcantarillado. Esta situación prácticamente desnaturaliza los núcleos básicos de uso y disfrute, ya que el inmueble sufre una disminución en precio, en razón a la estratificación otorgada.

Cabe resaltar que para privar a una persona de la titularidad del derecho a la propiedad, lo que en este caso conlleva el pago de la contribución excesiva por la imposibilidad de cancelar oportunamente el crédito hipotecario respectivo (100% de los propietarios), no sigue los requisitos establecidos para el decreto de la expropiación respectiva, esto es: i) ii) Que exista decisión judicial o administrativa, esta última sujeta a posterior acción contencioso administrativa incluso respecto del precio y ii) Que se pague una indemnización previamente al traspaso del derecho de propiedad a la Administración, la cual debe ser justa, de acuerdo con lo previsto en el Núm. 21.2 del Art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La propiedad privada, no puede ser objeto de restricciones irrazonables o desproporcionadas, como en el caso *sub examine*, desconociendo el interés legítimo que le asiste, tal y como se deduce de la protección de su núcleo esencial.

- Derecho a la Vivienda, no debe interpretarse en un sentido estricto o restrictivo. Para el Comité de las Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el derecho

a una vivienda adecuada además conlleva el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte.

Dentro de las libertades que abarca el derecho a la vivienda tenemos: a) El derecho de ser libre de injerencias arbitrarias en el hogar, la privacidad y la familia y b) El derecho de elegir la residencia y determinar dónde vivir y el derecho a la libertad de circulación.

Así mismo, el derecho a una vivienda adecuada lleva inmersos el contenido de otros derechos como: la seguridad de la tenencia; la restitución de la vivienda, la tierra y el patrimonio; el acceso no discriminatorio y en igualdad de condiciones a una vivienda adecuada; la participación en la adopción de decisiones vinculadas con la vivienda en el plano nacional y en la comunidad.

En el caso *sub examine*, dentro de las limitaciones encontradas a los núcleos esenciales tenemos: a) la disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura, la asequibilidad y la accesibilidad.

En cuanto a la disponibilidad de servicios públicos, exige que un acceso sostenible y no discriminatorio a los servicios públicos domiciliarios, y en materias como salud, seguridad, comodidad y alimentación. En el caso *sub examine*, no se da un acceso sostenible a los propietarios del Edificio Mirador de Andalucía, no tienen la capacidad económica suficiente para cancelar el crédito hipotecario y la contribución de los servicios públicos domiciliarios: acueducto, alcantarillado y energía eléctrica. Sin embargo el trato discriminatorio endilgado, con respecto al trato diferencial dado al edificio Mirador de Andalucía en relación con los demás ubicados en la misma zona geoeconómica, a pesar de las similitudes de las características físicas y entorno inmediato, hacen ver que se vulnera el derecho a la vivienda de manera tajante. Cabe destacar también, los desechos y malos olores que se encuentran alrededor del edificio, los cuales producen vectores que pueden causar enfermedades a los habitantes. Se resalta la presencia de viviendas a un costado del edificio los cuales no poseen alcantarillado, como se prueba de manera definitiva con la Acción Popular instaurada, lo cual agrava la situación presentada.

En cuanto a la asequibilidad, ya que el sólo hecho de cancelar mensualmente el 50% adicional al consumo de los servicios públicos de energía, acueducto y alcantarillado, ponen una carga económica difícil de soportar a las madres cabezas de familia que son propietarias (70%) y que lo adquirieron con subsidio para vivienda de interés social. Pagar mensualmente como mínimo

\$150.000 pesos por concepto de servicios públicos, merma la posibilidad de gozar otros derechos como la alimentación, el vestido, la educación, y desdibujando el derecho a la familia, que también es de protección constitucional.

Finalmente, se vulnera la accesibilidad si no se tiene en cuenta que el 70% son madres cabeza de familia, quienes tienen una protección especial de conformidad a su estado de vulnerabilidad, y a quienes debe dársele la oportunidad de contar con una vivienda adecuada, ya que ella es base fundamental de la consolidación de la familia y uno de los requisitos para el desenvolvimiento de los demás derechos.

Para la efectiva protección del derecho a la vivienda, es necesario atender esas especiales situaciones de ciertos grupos o individuos que se encuentran en estado de vulnerabilidad, especialmente a la mujer, que ha sido objeto de discriminación por otros conceptos como la pobreza, la edad, el origen étnico y la orientación social, por mencionar algunos. Aunado a los derechos de los niños los cuales están plenamente influidos por la calidad de vivienda en la que habitan, ya que su crecimiento, desarrollo y disfrute de toda una gama de derechos humanos, en particular los derechos a la educación, la salud y la seguridad personal se pueden ver afectados.

- En cuanto al debido proceso, se vulneran un núcleo esencial el derecho al juzgamiento con leyes preexistentes, ya que no existe metodología para la adopción de la estratificación de inmuebles Tipo I y II por derogatoria de la misma a partir de la Resolución 106 de 2005 emitida por el DANE. En este caso opera la pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo, en virtud al numeral 2. Del artículo 91 del C.P.A.C.A. que indica “2. *Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho*”.

En el caso *sub examine* operaría el decaimiento de los actos administrativos Certificado AP-ES-No. 0918 de 2011 de fecha 31 de agosto de 2011 emitido por Asesora de Planeación Municipal de Tunja y la Resolución No. 004 de Octubre de 2011 el Comité de Estratificación de la ciudad de Tunja, tratándose de una especie de “extinción” de los mismos, por desaparecer su fundamento jurídico (metodologías del DNP) por derogación expresa de la Resolución No. 106 de 2005, quedando sin piso legal, perdiendo su eficacia y fuerza de ejecutoria pues no puede aplicarse desde el momento en que desapareció, por la derogación expresa, del acto administrativo mencionado. De igual manera se destaca que la Alcaldía Municipal de Tunja, Secretaria de

Planeación y Comité Permanente de Estratificación al definir una situación jurídica particular aplicando fundamentos jurídicos que desaparecieron, está violando el debido proceso contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política, así como el principio de la buena fe estipulado en el artículo 83 de la Carta, cuando el municipio a sabiendas mantiene la vigencia y aplicación de un acto administrativo sin fundamento jurídico.

- El derecho al mínimo vital, ha sido desarrollado especialmente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional debiendo “...ser evaluado desde un punto de vista desde de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, por lo cual es necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto, haciendo una valoración que se encamine más hacia lo cualitativo que a lo cuantitativo, verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como la alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación, como mecanismos para hacer realidad su derecho a la dignidad humana”. (Corte Constitucional, T- 581A, 2011).

A renglón seguido la misma sentencia indica que este derecho al mínimo vital es especialmente relevante cuando se afectan personas de especial protección: personas de la tercera edad, personas discapacitadas, entre otros.

En el caso *sub examine* el 70% de los apartamentos fueron cancelados con créditos de vivienda de interés social, lo cual hace presumir la baja condición socio económica de los propietarios. Estos datos arrojan información sobre la realidad objetiva, en el cual se tiene que favorecer a este tipo de comunidad en cumplimiento de los principios constitucionales de solidaridad y redistribución de ingresos, puesto que esta clase de propietarios no están en la capacidad de subsidiar a otro tipo de comunidad. Lo anterior de conformidad a los documentos Conpes 3200, Conpes 3269 de 2004 y 3403 de diciembre de 2005, en los cuales se establecen que

“El programa de subsidio familiar de vivienda seguirá contando con una fórmula de calificación directa de hogares, que garantice transparencia y objetividad en la asignación de subsidios y que favorezca a los hogares más vulnerables...”

Se tratan de personas vulnerables, máxime si se dice que el 70% de los propietarios mujeres cabeza de familia, que deben responder por todas las necesidades mínimas de su familia. El

promedio del pago de \$150.000 pesos mensuales por concepto de servicios públicos, refleja una aproximación de gasto del 25% del salario mínimo legal, siendo una carga fuerte que no deja cumplir de manera satisfactoria las demás necesidades, resaltándose el hecho de que existen menores a los que el Estado también debe protección especial.

Legal y jurisprudencialmente se ha señalado que no se puede limitar más del 50% del salario de un trabajador o de un pensionado, so pena de incurrir en vulneración al derecho de la dignidad humana por desconocer el mínimo vital, lo que se encuentra estipulado en normas de orden público como la inembargabilidad del salario o la pensión o asignación de retiro. En el caso *sub examine*, se trata de un porcentaje inferior, pero sumado al pago del crédito hipotecario, hace que el porcentaje final sea superior al 50%, tratándose de un hecho notorio, que denota que los ingresos de estas familias no son suficientes para una congrua subsistencia, a un nivel de vida digno y la muy segura insatisfacción de las necesidades básicas.

A manera de conclusión se denota que al imponer una estratificación que no está acorde a la capacidad económica a los propietarios del Conjunto Residencial Mirador de Andalucía se están vulnerando varios núcleos esenciales de los derechos, así:

Tabla 22. Núcleos esenciales derechos vulnerados caso concreto.

Derecho	Núcleos Esenciales Derechos
Propiedad	1. Uso 2. Disfrute
Vivienda	1. Disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura 2. Asequibilidad 3. Accesibilidad
Debido Proceso	1. Juzgamiento con leyes preexistentes
Mínimo Vital (Dignidad Humana)	1. Nivel de ingreso mínimo. 2. Insatisfacción de otras necesidades básicas. 3. Nivel de vida digno.
Derecho a la Igualdad	1. Mandato de trato paritario a destinatarios a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las

	similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias.
--	---

Fuente: elaboración propia.

En el caso concreto se evidencia la vulneración de cinco (5) derechos fundamentales, por las razones ya explicadas, por tanto se denota un grado de afectación intenso.

- Adicionalmente debe tenerse en cuenta la vulneración del derecho a la igualdad que origina la aplicación de los instrumentos de intervención a los casos fácticamente similares. En el caso *sub examine* la administración municipal de Tunja mediante actos administrativos reconoció un estrato inferior a edificaciones con similares condiciones. Por la pertinencia de los datos se vuelven a traer a colación:

Tabla 23. Estratos asignados conjuntos residenciales aledaños caso concreto.

Nombre	Estrato
Conjunto Residencial Ciudadela COMFABOY	3
Rincón de la Mesopotamia	4
Mz 605,Edificio “San Pietro”	4
Conjunto “Balcones de Betania”	4
Edificio “Lombardia”	4
Mirador de Andalucía	5

Fuente. Secretaría de Planeación Municipal de Tunja.

Denótese que a pesar de la similitud de condiciones externas, entorno inmediato y contexto urbanístico e igual zona geoeconómica, se otorga un estrato inferior.

Cabe resaltar que el Edificio Lombardia, comparte todas las condiciones similares de

- ❖ *“En el lado de manzana hay viviendas con entrada principal?”*

1.- Si

- ❖ *Vía de Acceso. La calle o vía del lado de la manzana es:*

5.- Vehicular en cemento, asfalto o adoquín.

- ❖ *Focos de Contaminación Existen en el lado de la manzana o al lado de él:*

2.- No existen focos de contaminación.

❖ *Anden*

2.- Con andén sin zona verde

❖ *Antejardín*

2. Sin antejardín

❖ *Garajes o zona de parqueo*

3.- Con parqueadero zona de parqueo

❖ *Material de Fachadas*

5.- En ladrillo Estructural

❖ *Material de la Puerta Principal*

2.- En lámina metálica

❖ *El lado de la manzana pertenece a la zona geoeconómica Dos (2)”.*

Cambia el material de la fachada, que se contempla como ladrillo a la vista, a pesar de que las condiciones del material son exactamente igual.

De igual manera debe indicarse que el Decreto 192 de 1998 que establecen en Tunja tan sólo cinco (5) estratos socioeconómicos, no seis como lo ordena la ley, imponiendo una carga mayor a los que se encuentran en estrato cinco (5) pues el máximo permitido localmente, a pesar que nacionalmente sea más amplio.

Aunado a lo anterior se equipará al conjunto el Mirador de Andalucía con barrios como Alta gracia, Arboleda, Bosques de Guaguani, La María, La Villita, Los Urapanes, Mesopotamia, Remansos de Santa Inés, Reserva Campestre, Rincón de la Pradera, Terrazas de Santa Inés, los cuales poseen un entorno inmediato y un contexto urbanístico diametralmente diverso con el que cuenta el barrio La Esmeralda, ya que cuenta con buenas vías de acceso, no focos de contaminación, zona de esparcimiento, parques, zonas comerciales, acabados externos iguales o superiores a la calidad de las construcciones allí previstas.

Finalmente se resalta la protección del derecho a la igualdad, por la indebida estratificación de una casa de habitación en un mismo lado de manzana, reconocida mediante Sentencia T- 826 de 2005 expedida por la Corte Constitucional.

5.4.3.2 Atributos de la Ponderación en sentido estricto

En razón a que en virtud de los instrumentos de intervención (ley 142 de 1994) se han reconocido estratos inferiores a edificaciones con circunstancias externas similares, con base en ellos se aplicará la ponderación en sentido estricto, teniendo en cuenta que:

1: Hace referencia a los derechos vulnerados con la aplicación del instrumento de intervención.

2: Derecho a la Igualdad en relación con el Edificio Lombardía, Conjunto Residencial Ciudadela COMFABOY, Rincón de la Mesopotamia, Edificio “San Pietro” Conjunto “Balcones de Betania”

Tabla 24. Asignación de calificación subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto caso concreto.

<i>Atributo</i>	<i>Asignación</i>
<i>Grado de Afectación</i>	<i>GA1: 4</i>
	<i>GA2:1</i>
<i>Peso Abstracto</i>	<i>PA1: 4</i>
	<i>PA2: 1</i>
<i>Seguridad de Premisas Empíricas</i>	<i>SP1: 1</i>
	<i>SP2: ¼</i>
<i>Confluencia de Principios y Alcance</i>	<i>CP1: 2</i>
	<i>CP2:1</i>
<i>Prioridad de Intervención</i>	<i>PI1: 4</i>
	<i>PI2: 1</i>
<i>Relación con la Dignidad Humana</i>	<i>RD1: 4</i>
	<i>RD2:1</i>
<i>Urgencia</i>	<i>U1:4</i>
	<i>U2: 1</i>

Fuente: elaboración propia.

$$P1, P2 = \frac{GA1 * PA1 * SP1 * CP1 * PI1 * RD1 * U1}{GA2 * PA2 * SP2 * CP2 * PI2 * RD2 * U2}$$

$$P1, P2 = \frac{4 * 4 * 1 * 2 * 4 * 4 * 4}{1 * 1 * 0.25 * 1 * 1 * 1 * 1}$$

$$P1, P2 = \frac{40}{0.25}$$

$$P1, P2 = 160$$

A continuación se invertirá la fórmula para estudiar la relación del derecho a la igualdad vs los derechos vulnerados en el caso concreto:

$$P2, P1 = \frac{GA2 * PA2 * SP2 * CP2 * PI2 * RD2 * U2}{GA1 * PA1 * SP1 * CP1 * PI1 * RD1 * U1}$$

$$P2, P1 = \frac{1 * 1 * 0.25 * 1 * 1 * 1 * 1}{4 * 4 * 1 * 2 * 4 * 4 * 4}$$

$$P2, P1 = \frac{0.25}{40}$$

$$P2, P1 = 0.006$$

De lo anterior se concluye, que el sacrificio que hace P1, P2 en el caso concreto es de 160, y P2,P1 de 0.006, de lo cual se concluye que debe priorizarse P1 en virtud a los derechos constitucionales vulnerados en el caso concreto.

6. Conclusiones

a.- El control constitucional por vía de excepción es una posibilidad efectiva para la protección de los derechos fundamentales, a través de la efectivización de la supremacía constitucional establecida en el artículo 4° de la Carta Política, sin embargo no tiene un desarrollo legal donde se indique la forma de aplicación, las autoridades encargadas de aplicarlas, efectos entre otros. Sin embargo la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han estructurado la figura jurídica.

A nivel jurisprudencial se han desarrollado los sujetos, objetos, efectos y sanciones que conlleva el Control de Constitucionalidad por excepción, otorgando límites expresos que estructuran la figura jurídica. Se ha establecido que la excepción debe ser aplicada tanto por la rama judicial, como autoridades administrativas con jurisdicción, pudiendo interponerse de oficio o a petición de parte. En cuanto a los efectos ha dicho que es para las partes en el litigio, pero el Consejo ha reconocido efecto inter pares.

La Corte Constitucional le ha dado un papel protagónico a la aplicación de la excepción constitucional, especialmente para la protección del derecho a la salud y los derechos de los desplazados, donde taxativamente establece que ante cualquier incompatibilidad entre los derechos fundamentales y un instrumento de intervención debe protegerse los primeros.

En virtud a lo anterior, todos los operadores jurídicos y autoridades con jurisdicción tienen el deber de realizar el juicio pertinente, ubicando la norma aplicable al caso, y posterior análisis con la norma fundante. El papel del Juez se transforma y se percibe como un agente no solo intérprete sino creador de derecho.

A nivel normativo existen ciertas limitaciones para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, algunos establecidos a nivel jurisprudencial y otras a partir de los sistemas de responsabilidad penal, disciplinario, administrativo, responsabilidad patrimonial del Estado entre otros.

Finalmente, se establece que la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad no vulnera el derecho a la seguridad jurídica ni el derecho a la igualdad, contrario sensu materializa el principio de supremacía constitucional.

b.- El principio de supremacía constitucional establecido en el artículo 4º de la Constitución establece dos reglas definidas. La primera, le confiere a la Constitución el carácter de norma de normas, otorgándole la máxima condición jerárquica en el sistema de fuentes de derecho. La segunda, determina una regla interpretativa según la cual ante la incompatibilidad entre las normas constitucionales y otras de inferior jerarquía, prevalecen aquellas. El principio de la supremacía constitucional tiene una función jerárquica, una función directiva y una función integradora, por tanto la validez de las disposiciones de inferior jerarquía y sus interpretaciones dependen de su compatibilidad con las previsiones de mayor jerarquía que prevé la Carta Política, así como de su utilidad para hacer eficaces los fines del modelo de Estado que prescribe la Constitución.

En virtud de lo anterior, la interpretación de las normas constitucionales tiene una gran importancia en el Estado Social y Democrático de Derecho en el que nos encontramos, debiendo inicialmente analizar los métodos de interpretación legal: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático. Sin embargo, por las características propias de las normas constitucionales se acuden a estos métodos con unos matices especiales, incluyendo otros nuevos: el método finalista, la técnica del activismo judicial, el precedente, la teoría de los conflictos, sin embargo, la interpretación debe ser complementada con la teoría estándar de la argumentación jurídica, ya que no se trata solo de motivar una decisión sino de elegir las mejores razones para la solución de un caso concreto, que involucra la protección de derechos fundamentales, especialmente con el desarrollo de la técnica de la proporcionalidad, partiendo de doctrina internacional y su aplicación en Colombia, dando el soporte filosófico necesario, para un caso difícil, como es catalogado la excepción de inconstitucionalidad.

Se describe de manera detallada el desarrollo de la técnica de la proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, la cual ha tenido cuatro momentos evolutivos: i) aproximación a los criterios de racionalidad y razonabilidad, ii) aplicación de la proporcionalidad mediante la adopción del sistema norteamericano, iii) aplicación de la

proporcionalidad mediante la adopción del sistema continental europeo y iv) aplicación de la proporcionalidad mediante la adopción del sistema mixto o llamado test integrado de razonabilidad.

El “test integrado de razonabilidad” aplica aspectos entremezclados entre el modelo norteamericano y el modelo continental europeo, tratando de interrelacionar de manera coherente los conceptos de racionabilidad y razonabilidad, a través de un modelo híbrido, potencializando los beneficios de ambos y disminuyendo el margen de discrecionalidad judicial.

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado también ha utilizado la técnica de la ponderación, pero de una manera más tímida, debido principalmente al respeto que dicha jurisdicción tiene con respecto al principio de legalidad, usándolo únicamente al resolver acciones constitucionales.

c.- Con el fin de verificar una mayor seguridad jurídica dentro del ordenamiento jurídico se establece la posibilidad de la utilización de un test de proporcionalidad *sui generis* para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, que garantice la aplicabilidad de la figura y la objetividad de los argumentos planteados para inaplicar una determinada ley a través del uso del test integrado de razonabilidad, siendo esta la propuesta académica de la presente investigación.

El test de proporcionalidad *sui generis* para aplicación de la excepción de inconstitucionalidad difiere del control abstracto de las normas realizado por la Corte Constitucional, ya que se trata de un control concreto, donde se resuelven situaciones particulares, resolviendo la siguiente inquietud: ¿Si la aplicación del precepto legal se ajusta a la Constitución en un caso concreto?

Dentro del desarrollo del test de proporcionalidad se construye a partir de la clase de escrutinio a utilizar: leve, intermedio y moderado a partir de los siguientes determinantes: a) derechos vulnerados en el caso concreto, b) la libertad de configuración legislativa, c) cosa juzgada constitucional y el control constitucional de la norma de intervención.

Así mismo se desarrollan cada uno de los sub principios, estableciendo unos nuevos elementos o atributos que lo hagan más ajustado a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

El subprincipio de idoneidad se estructura a través de los siguientes atributos: presupuestos procedimentales, presupuestos sustanciales, fines constitucionalmente perseguidos, fines otorgados por el bloque de constitucionalidad y juicio de contaste o verificación.

El subprincipio de necesidad, donde se involucran datos numéricos que coadyuven la respectiva argumentación. Adicionalmente, se establecen los siguientes aspectos a evaluar: Análisis del medio utilizado por el instrumento de intervención, identificación de los medios alternativos y su idoneidad para el caso concreto, afectación empírica, afectación jurídica y coherencia interna del orden jurídico.

Finalmente, para el desarrollo de la ponderación en sentido estricto se respetan los tres aspectos clásicos: grado de afectación, peso abstracto, seguridad de las premisas jurídicas, adicionando unas nuevas categorías: confluencia de principios y alcance, prioridad de intervención, relación con la dignidad humana y urgencia, tratando de adaptarlo a las necesidades del control concreto, donde la situación fáctica es mucho más relevante.

Es una propuesta académica realizada con rigor científico, sin que constituya una verdad absoluta sino una verdad objetiva.

d.- Se concluye de manera imperativa que es menester la aplicación de la técnica de la proporcionalidad para aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando un instrumento de intervención vulnera los derechos fundamentales, máxime por ser catalogado como un caso difícil, otorgándole los rasgos característicos ya mencionados por tratarse de un control constitucional en caso concreto.

De lo anterior se colige que la hipótesis es la aplicable al caso concreto, haciendo la salvedad que fue indispensable la adecuación del test integral de proporcionalidad para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, haciendo más eficaz la protección de los derechos fundamentales en un caso concreto.

7. Referencias

Aarnio, Aulis, (2000) Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña, II Seminario Internacional de Filosofía del Derecho ¿Decisión Judicial o determinación del Derecho? Perspectivas Contemporáneas

Aarnio, Aulis. (2000). Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del Derecho. México, Fontamara.

Alexy, Robert, (1997), Teoría de los Derechos Fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: Imprenta Fareso S.A

Alexy, Robert. (1989). Teoría de la argumentación jurídica, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales.

Alexy, Robert. (2000). La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático”. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas : Boletín Oficial del Estado.

Aragón Reyes, Manuel (1998). Estudios de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de estudios Políticos y Constitucionales.

Atienza, Manuel (1991), Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación Jurídica. Madrid. Centro de Estudios políticos y constitucionales.

Atienza, Manuel, (2006) El Derecho como argumentación, Editorial Ariel S.A.

Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan (1996). Las piezas del derecho, Barcelona, 2a Ed. Ariel.

Atienza, Manuel. (1995). Sobre la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica, en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 85.

Atienza, Manuel. (2010). Interpretación constitucional, Bogotá. Universidad Libre.

Barak, Aharon. (1987). Judicial Discretion. Yale University Press, New Haven y Londres.

Bernal Cano, Natalia (2002), La excepción de Inconstitucionalidad y su Aplicación en Colombia, Bogotá, ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Bernal Pulido, C. (1997). El principio de proporcionalidad y de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Cabra Apalategui, José Manuel, (2000) Argumentación Jurídica y racionalidad en A. Aarnio, Dvkinson, Madrid.

Carbonell, Miguel, El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales, Comisión Nacional de Derechos Humanos CNDH, México, Porrúa, 2005, pp. 11-38

Cepeda Espinosa, Manuel. (2008). La ponderación de los derechos en Colombia: el aporte de la jurisprudencia constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Charry Ureña, Juan Manuel, (1994). La excepción de inconstitucionalidad, Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y ciencia política, Santafé de Bogotá, D.C., Ediciones Jurídicas Radar.

Díaz, Roca, Rafael. Teoría general del derecho. Madrid Editorial Tecnos,
Dueñas Ruiz, O. J. (2011). Lecciones de hermenéutica jurídica. Bogotá: Universidad del Rosario.

Dworkin, Ronald (1984), Los derechos en serio, Barcelona (trad. Al castellano de M. Guastavino de la versión inglesa de 1977, Gerald Duckworth & Co. Ltda, Londres) Ariel

Dworkin, Ronald, (1985). A Matler of Principies, Oxford, Clarendon Press,

Enrique Villas, Mirian Lorena. (2007). Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales. Estudios Constitucionales en línea, Año 5 N° 1, ISSN 0718-0195, Universidad de Talca.

Ferrajoli, Luigi. (2003) Pasado y futuro del Estado de Derecho, en Miguel Carbonell (edición de), Neoconstitucionalismo(s), Madrid. Trotta.

Figueroa Gutarra, E. (enero de 2009). Ponderación y proporcionalidad como técnicas de interpretación constitucional. Criterios jurisprudenciales. Gaceta Constitucional No. 13.

García Amado, Juan Antonio, (2004) Teoría del Derecho, Revista Jurídica de Castilla y León, No. 2.

García de Enterría, (1985). La Constitución como norma y el tribunal constitucional, Madrid, Civitas.

- García de Enterría, E., & Tomás-Ramón, F. (1993). Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas.
- García Villegas, M., Jaramillo, J., Rodríguez, A., & Uprimny Yepes, R. (2007). Teoría Constitucional. Bogotá. Ed. Ibañez.
- García, Domingo. (2001) Derecho procesal constitucional. Bogotá: Temis.
- Geny, F. (2000). Método de Interpretación y fuentes en derecho privado positivo. Granada, Comares.
- Gianformaggio, Letizia. (1987). Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio, en Doxa. núm. 4.
- González Beilfuss, Markus. (2006). Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional español. Derecho constitucional para el siglo XXI : actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. 2, págs. 4035-4053. España: Editorial Aranzadi. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2230266>
- Haberle, Peter, (2010). Métodos y Principios de Interpretación Constitucional. Un Catálogo de Problemas, 2010.
- Håkansson-Nieto, C. (2010). Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Una aproximación. Obtenido de <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/15>
- Hart, H. (1958). Positivism and the separation of law and morals. Harvard Law Review.
- Heller, Herman, Staatslehre, 6, 1983, pag. 258)
- Higuera Jiménez, Diego Mauricio. (2009). El ejercicio del órgano de control de constitucionalidad en Francia y en Colombia. Principia IURIS, 11(1).
- Hoyos, Arturo. (2012). La Interpretación Constitucional. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Pérez Royo Javier, (1993). Las fuentes del Derecho, 7 reimpresión, Madrid, Tecnos, 2001, p.31.
- Kelsen Hans (1993). Teoría Pura del Derecho, México. Edit. Porrúa. S.A., Séptima Edición.
- Klimowski, Georges, (1994). Teoría de las preposiciones normativas, en Studia Logica.

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Kriele, Martín. (1980). Introducción a la Teoría del Estado: Fundamentos Históricos de la Legitimidad del Estado Constitucional Democrático. (E. Bulygin, Trad.) Buenos Aires.

Lamprea Montealegre, Everaldo. (2001) El test de razonabilidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional durante el año 2001. Bogotá, Anuario de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia.

Lancheros, Juan y otros. (2010). Trámite Legislativo Ordinario. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung.

Lasalle, Ferdinand. (1996). ¿Qué es una Constitución? Bogotá: Editorial Panamericana.

Lopera, Gloria. (2006). Principio de proporcionalidad y ley penal: Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

López Jurado, D. B. (1994). Escribano F. La formulación de criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina alemana: parámetros de admisibilidad. Madrid.

Markus González Beilfuss. (2000). Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Martinez Cardenas, B. (2011). Nueva Perspectiva del Sistema de Derecho Continental en Colombia. Ius et Praxis, año 17(2), 25-52.

Monroy Cabra, M. G. (2002). La interpretación Constitucional . Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Monroy Cabra, M. G. (2003, p.135.). Introducción al derecho (13° ed.). Bogotá: Temis.

Navarro, Pablo E. (1993). Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho", en Doxa, no. 14.

Nino, Carlos S. (2004). Fundamentos del derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politólogo de la práctica constitucional astrea, buenos aires.

Novoa, Montreal, Eduardo, (1986). Derecho Como obstáculo al cambio social, 8ª. Ed. Siglo XXI, Editores México.

Núñez de Almeida, Luis Manuel César. (2002). Los Ámbitos y Formas del control de Constitucionalidad por El Tribunal Constitucional en Portugal. Ius et Praxis [en línea]. 2002, vol.8, n.1, pp 333-336. ISSN desde 0718 hasta 0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000100018>.

Ospina, Juan Manuel. (31 de julio de 2013) “La Justicia no enfrenta una crisis, sino tres crisis diferentes”, Periódico El espectador.

Perello Domenech, Isabel (2003) “Notas sobre el concepto de razonabilidad y su uso en la jurisprudencia constitucional”. En Jueces para la democracia. Disponible On Line: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/409560.pdf, consultado el 29 de diciembre de 2015).

Pérez Royo, J. (2001, p. 31.). Las fuentes del Derecho (7 ed.). Madrid: Tecnos.

Prieto Sanchís, L. (2008). El juicio de ponderación constitucional. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, 85-124. (M. Carbonel, Ed.) Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Prieto, L. (1997). Constitucionalismo y positivismo. México: Fontanamara.

Quinche Ramirez, Manuel Fernando. (2014). El Control sobre los Decretos con fuerza de ley. Bogotá. Ibañez.

Quiroga Natale, E. (2016). Interepretación Constitucional, Tunja.

Ramos Tapia, María Inmaculada y Woischnik Jan. Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Especial consideración del principio de proporcionalidad. En http://www.kas.de/db_files/dokumente/7_dokument_dok_pdf_8332_1.pdf

Raz, Joseph (1996). Por qué interpretar, en Insonomía, Num, 5, México, Fontamara.

Raz, Joseph, (1975). Razón práctica y normas, Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. (trad. E Juan Ruiz Manero de las ediciones inglesa primera).

Recaséns Siches, Luis (1975), Tratado general de Filosofía del Derecho, Porrúa, México.

Recasens Sitges, L. (2003). Tratado general de filosofía del Derecho. México: Editorial Porrúa.

Revista mensual Tutela, acciones populares y de cumplimiento, tomo I, agosto de 2000. Tomado de la III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamericana, España Portugal.

Roca, D. (1997). Teoría general del derecho Editorial Tecnos, Madrid, 1997, p.131. . Madrid: Tecnos.

Rubio Llorente, F. (1984, p. 196.). La interpretación de la Constitución. Madrid: Centor de Estudios Cnstitucionales.

Rubio Llorente, Francisco, Prólogo, en Enrique Alonso García,(1984). La interpretación de la Constitución, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Saffon, María Paula & Molina Roberto, García Mauricio, Rodríguez Andrés. Teoría Constitucional fundamental. Universidad Nacional de Colombia. Especialización en Derecho constitucional.

Sagüés, Nestor Pedro, (1998). La interpretación judicial de la Constitución, Buenos Aires, Delpalma.

Santos, Boaventura de Sousa, (1998). La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación, Bogotá. Universidad Nacional de Colombia - facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA).

Sarmiento, J. P. (2012). Hacia la constitucionalización del precedente judicial en colombia. ¿un esfuerzo por controlar a las fuentes del derecho? Opinión jurídica, Julio-diciembre, 65-82.
Schauer, Frederick. (1985). Easy Cases. . Southern California Law Review.

Smend Rudolf, Staatsrechtliche Abhandlungen, (1994). Teoría de la Constitución.

Summers, Robert S. (1978) Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification, Cornell Law Review, nº 63, 1978.

Tobo Rodríguez, Javier (2014), La corte constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia, Bogotá: Ibañez.

Troper Michel, (2004) Ensayos de teoría constitucional, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, Fotamara.

Uprimny Yepes, Rodrigo, “Modernización del Estado y reformas constitucionales en América Latina: encuentros y desencuentros”, en Procuraduría General de la Nación (Ed.), Los procesos de control estratégico como pilares de modernización del Estado, Bogotá, Procuraduría General de la Nación & Banco Interamericano de Desarrollo, ISBN 978-958-829-549-7, 2007

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Van Eemeren, Frans; Grootendorst Robert. (2004). A systematic Theory of Argumentation. The pragma-dialectical approach, Cambridge University Press.

Vega, Luis, 2003, Si de argumentar se trata. Una introducción a la argumentación, Montesinos, Barcelona.

Vigo, Rodolfo Luis, (1993). Interpretación Constitucional, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
Corte Europea de Derechos Humanos. (s.f.). Sentencia del 23 de julio de 1968.

LEYES

Constitución Política de Colombia, 1991, Ed. Legis.

Congreso de la República. (29 de julio de 1997). Ley 393. Diario Oficial No. 43.096.

Consejo Nacional Legislativo. (15 de abril de 1887). Ley 57 de 1887 . Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación Nacional.

Congreso de los Estados Unidos, (1781). Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.

Congreso de la República. (30 de julio de 1997). Ley 393. Diario Oficial No. 43.096.

Congreso de la República, (27 de julio de 1996). Ley 270 de 1996.

Congreso de la República (29 de julio de 2011). Ley 1437 de 2011.

Congreso de la República, (25 de junio de 2003). Ley 860 de 2003.

DECRETOS

Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. (19 de Noviembre de 1991).

Decreto 2591. Diario Oficial No. 40.165.

Presidencia de la República. (4 de Septiembre de 1991). Decreto 2067 de 1991. Diario Oficial No. 40.012. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

Presidencia de la República, (2008), Decreto 2474 de 2008.

SENTENCIAS CONSEJO DE ESTADO Y CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Consejo de Estado - Sección Quinta. (19 de marzo de 1996). Sentencia no 1122. . (Conjuez

Ponente: Alejandro Bula Ordosgoitia)

Consejo de Estado, (2 de octubre 2 de 1996), Exp. 7864, (MP Dr. Ernesto Rey Cantor).

Consejo de Estado, Sección Quinta, (Marzo 19 de 1996) Referencia número: 1122, 1123, 1124, 1125, 1126, 1127, 1133, 1134 y 1152. (Conjuez Ponente: Alejandro Bula Ordosgoitia)

Consejo de Estado, Sección Quinta, (Enero 25 de 1996). Radicación número: 1508 (C.P. Luis Eduardo Jaramillo Mejía).

Consejo de Estado, Sección Cuarta, (Septiembre 13 de 2007) Radicación número: 25000-23-27-000-2004-00863-01(16705) (C. P. María Inés Ortiz Barbosa).

Consejo de Estado, Sección Cuarta, (Octubre 10 de 2006). Radicación número: 25000-23-24-000-2003-01176-02(IJ). (C. P. Darío Quiñones Pinilla).

Consejo de Estado, Sección Cuarta, (Julio 11 de 1997). Radicación número: 8366 (C.P. Julio Enrique Correa Restrepo)

Consejo de Estado, Sección Quinta, (Febrero 1°2002). Radicación número: 25000-23-24-000-2000-0826-01(2794) (C.P. Darío Quiñones Pinilla)

Consejo de Estado, Sección Primera, (Septiembre 20 de 2007). Radicación número: 05001-23-31-000-1997-02499-01(C.P. Martha Sofía Sanz Tobón)

Consejo de Estado, Sección Primera, (Noviembre 19 de 1.998), Radicación número: 4860, (C.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz).

Consejo de Estado, Sección Cuarta, (Abril10, 1997). Radicación número: 8210, (C.P. Julio Enrique Correa Restrepo).

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, (2 de Mayo de 2014), Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01420-00(3592-13, (M.P. Alfonso Vargas Rincón).

Consejo de Estado, Sección Primera, (12 de junio de 2014), Radicación número: 13001-23-31-000-2003-90030-01, (C.P. María Claudia Rojas Lasso)

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, (2 de mayo de 2014), Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01061-00(2438-13, ((M.P. Alfonso Vargas Rincón).

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Consejo de Estado, Sección Cuarta, (13 de marzo de 2003), Radicación número: 17001-23-31-000-2001-00361-01. (M.P. Maria Inés Ortiz Barbosa).

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, (31 de marzo de 2014), Radicación número: 11001-03-25-000-2013-00871-00(1857-13, (C.P. Gerardo Arenas Monsalve).

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, (23 de marzo de 2004), Radicación número: S-394. (M.P. Ramiro Saavedra Becerra)

Consejo de Estado, Sección Cuarta, (15 de Febrero de 2002) Radicación número: 25000-23-27-000-2001-1903-01(12991) (M.P. German Ayala Mantilla)

Consejo de Estado, Sección Quinta, (16 de Octubre de 2014), Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00039-02.(M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez).

Consejo de Estado, Sala Quinta. Radicación número: 52001-23-31-000-2005-01400-01(3853). (C.P. María Nohemí Hernández Pinzón)

Consejo de Estado, Sección Primera, Radicación número: 25000-23-24-000-2002-90038-01 (C.P. Camilo Arciniega Andrade)

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Exp. 7392 (MP Dr. Ernesto Rey Cantor).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (27 de marzo de 2001), Expediente No. 16442, (M.P. José Roberto Herrera Vergara)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (22 de mayo de 2001), Radicación No. 6670, Acta No. 27, (M.P. José Roberto Herrera Vergara)

SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL

Corte Constitucional, 2010, Sentencia C-818 (MP. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto).

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Corte Constitucional, sentencia T-291 de 2009 (M. P. Clara Elena Reales Gutiérrez)

Corte Constitucional, 1998, Sentencia T-427 (M.P. Alejandro Martínez Caballero)

Corte Constitucional, 1998, Sentencia T-554 (M.P. Fabio Morón Díaz)

Corte Constitucional, 2001, Sentencia C-204 (M.P. Alejandro Martínez Caballero)

Corte Constitucional, 2001, Sentencia T-746 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra),

Corte Constitucional, 2002, Sentencia C-491 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

Corte Constitucional, 2004, Sentencia C-1172 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández)

Corte Constitucional, 2004, Sentencia C-1172 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

Corte Constitucional, 2001, Sentencia T-746 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

Corte Constitucional, 2002, Sentencias C-491 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra)

Corte Constitucional, 1998, Sentencia C-554 (M.P. Fabio Morón Díaz)

Corte Constitucional, 2001, Sentencia C-204 (M.P. Alejandro Martínez Caballero)

Corte Constitucional, 1995, Sentencia C-069 (M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara)

Corte Constitucional, 1994, Sentencia T-230

Corte Constitucional, 1996, Sentencia C-022

Corte Constitucional, 2001, Sentencia C-093 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Corte Constitucional, 2013, Sentencia C-401

Corte Constitucional, 1995, Sentencia C-445.

Corte Constitucional, 2001, Sentencia C-093 (M. P. Alejandro Martínez Caballero)

Corte Constitucional, 2001, Sentencia C-673 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Corte Constitucional, 1993, Sentencia C-530 (M. P. Alejandro Martínez Caballero).

Corte Constitucional, 2014, Sentencia C-726 (M.P. (e) Martha Victoria Sáchica Méndez).

Corte Constitucional, 2001, Sentencia C-673, (M.P. Manuel Cepeda Espinosa)

Corte Constitucional, 1992, Sentencia T-466 (M.P. Ciro Angarita Barón).

Corte Constitucional, 1993, Sentencia T-080 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional, 1994, Sentencia C-133 (M.P. Antonio Barrera Carbonell)

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Corte Constitucional, 2003, Sentencia C-1114 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

Corte Constitucional, 1993, Sentencia T-330 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Corte Constitucional, 1992, Sentencia T-422 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional, 1993, Sentencia T-124 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

Corte Constitucional, 2008, Sentencia C-756 (M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra)

Corte Constitucional, 1997, Sentencia C-066 (M.P. Dr. Fabio Moron Diaz)

Corte Constitucional, 2003, Sentencia C-035 (M.P. Dr. Jaime Araujo Renteria).

Corte Constitucional, 2014, Sentencia C-957 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

Corte Constitucional, 1999, Sentencia C-595 (M.P. Dr. Carlos Gaviria Diaz),

Corte Constitucional, 1997, Sentencia C-252,

Corte Constitucional, 1994, Sentencia C-221 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Corte Constitucional, 16 de diciembre de 2002, Sentencia C-916

Corte Constitucional, 10 de agosto de 2005, Sentencia C-822 (M.P. Manuel José Cepeda).

Corte Constitucional, 29 de octubre de 2002, Sentencia C-916 (M.P. Manuel José Cepeda).

Corte Constitucional, 1996, Sentencia C- 081 (M.P: Alejandro Martínez Caballero).

Corte Constitucional, 1993, Sentencia C-531 (M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.)

Corte Constitucional, 2001, Sentencia C-404/01, (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

Corte Constitucional, 1996, Sentencia C- 081 (M.P: Alejandro Martínez Caballero)

Corte Constitucional, 2013, Sentencia C-319 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Corte Constitucional, 2013, Sentencia C-279 de 2013, (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Corte Constitucional, 2001, Sentencia C-047 (M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett)

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Corte Constitucional, 1997, Sentencia C-048 (MP. Hernando Herrera Vergara),

Corte Constitucional, 1992, Sentencia T-406 (MP. Ciro Angarita Barón)

Corte Constitucional,, 2000, Sentencia C- 563 (MP. Fabio Morón Díaz).

Corte Constitucional, 1992, Sentencia T-406 (MP. Ciro Angarita Barón)

Corte Constitucional, 2005, Sentencia C-501 (M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa).

Corte Constitucional, 2000, Sentencia C-088 (MP. Fabio Morón Díaz).

Corte Constitucional, 2002, Sentencia C-372 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

Corte Constitucional, 2007, Sentencia C-932 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

Corte Constitucional, 2003, Sentencia C-128 (MP. Álvaro Tafur Galvis).

Corte Constitucional, 2001, Sentencia C-949 (MP. Clara Inés Vargas Hernández)

Corte Constitucional,, 2005, Sentencia C- 672 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

Corte Constitucional, 2013, Sentencia C-400 (M.P. Nilson Pinilla, consideración jurídica No. 7.4.).

Corte Constitucional, 1995, Sentencia C-397,

Corte Constitucional, 1999, Sentencia C-700,

Corte Constitucional, Sala Plena, 2003, Auto No. 001

Corte Constitucional, 2000, Sentencia C-557

Corte Constitucional, 2012, Sentencia C-049 (M.P. Mauricio González).

Corte Constitucional, 1993, Sentencia C-027 (M.P. Simón Rodríguez, consideración jurídica A, sección IX)

Corte Constitucional, 2010, Auto 288 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, consideración jurídica No. 3.2.)

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Corte Constitucional, 2000, Sentencia C-1404 (M.P. Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Galvis)

Corte Constitucional, 2010, Sentencia C-766 de 2010, (M.P. Juan Carlos Henao, consideración jurídica o. IV.1, citando la sentencia C-714 de 2008).

Corte Constitucional, 2009, Sentencia C-713 M.P

Corte Constitucional, 2010, Sentencia C-141

Corte Constitucional, 2010, Sentencia C-141 M.P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica No. 1.6.4.)

Corte Constitucional, 2010, Sentencia C- 141 (M.P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica No. 1.6.2.)

Corte Constitucional, 2003, Sentencia C-551 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett)

Corte Constitucional, 1998, Sentencia C- 400 (M.P. Alejandro Martínez Caballero, consideración jurídica No. 41).

Corte Constitucional, 1992, Sentencia C-004 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Corte Constitucional, 2002, Sentencia C- 802 (M.P. Jaime Córdoba Triviño, consideración jurídica No. 3)

Corte Constitucional, 1997, Sentencia C-122 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Corte Constitucional, 2009, Sentencia C- 135 (M.P. Humberto Sierra Porto consideración jurídica No. 4)

Corte Constitucional, 1995, Sentencia C-568 (M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional, 1993, Sentencias C-295 (M.P. Carlos Gaviria Díaz)

Corte Constitucional, 1994, Sentencia C-179 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Corte Constitucional, 1995, Sentencia C-225 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Corte Constitucional, 1995, Sentencia C-578 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz),

Corte Constitucional, 1997, Sentencia C-327 (M.P. Fabio Morón Díaz).

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Corte Constitucional, 2006, Sentencia C-803 (M.P. Jaime Córdoba Triviño)

Corte Constitucional, 2009, Sentencia T-291 (M. P. Clara Elena Reales Gutiérrez).

Corte Constitucional, 2011, Sentencia C-539,

Corte Constitucional, 2010, Auto 288 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, consideración A 2)

Corte Constitucional, 2005, Sentencia C-1040, (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, y otros).

Corte Constitucional, 2006, Sentencia C-028 (M.P. Mauricio González Cuervo)

Corte Constitucional, 2003, Sentencia C-798, (M. P. Jaime Córdoba Triviño).

Corte Constitucional, 2011, Sentencia C-260, 2011 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio)

Corte Constitucional, 2009, Sentencia C-029 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

Corte Constitucional, 2001, Sentencia C-404, (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

Corte Constitucional, 2011, Sentencia C-542. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

Corte Constitucional, 2010, Sentencia C-978. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

Corte Constitucional, 2011, Sentencia C-220 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

Corte Constitucional, 2006, Sentencia C-028 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)

Corte Constitucional, C-079, 2011 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla)

Corte Constitucional, 2004, Sentencia C-227 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Corte Constitucional, 2009, Sentencia C-354 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

Corte Constitucional, 2012, Sentencia C-415. (M.P. Mauricio González Cuervo)

Corte Constitucional, 2001, Sentencia C-093 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Corte Constitucional, 1997, Sentencia T-523 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Corte Constitucional, 1998, Sentencia T-796 (M.P. Hernando Herrera Vergara).

“El Control de Constitucionalidad por vía de Excepción”

Corte Constitucional, 2006, Sentencia C-355 (M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández).

Corte Constitucional, 2009, Sentencia T-388 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

Corte Constitucional, 2012, Sentencia T-018 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Corte Constitucional, 2012, Sentencia T-376 (M.P. María Victoria Calle Correa).

Corte Constitucional, (30 de septiembre de 2003), Sentencia C-872 (M.P. Clara Inés Vargas).

Corte Constitucional, 2009, Concepto 1956 (M. P. Luis Fernando Álvarez).

Corte Constitucional, 2013, Sentencia SU 918 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

Corte Constitucional, 2009, Sentencia C-417. (M.P. Juan Carlos Henao Pérez).

Corte Constitucional, 1996, Sentencia C-022 (M. P. Carlos Gaviria Díaz).

Corte Constitucional, 1995, Sentencia C-445 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Corte Constitucional, 1998, Sentencia SU-624 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional, 2001, Sentencia C-673 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Corte Constitucional, (21 de marzo de 1996), Sentencia C-118 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional, (22 de febrero de 1996), Sentencia C-070 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional, 1995, C-225 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Corte Constitucional, 1996, Sentencia C-244A, Expediente D-1144. (M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).