EL CONTROL INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA

MARÍA CAMILA DÍAZ MARÍN

UNIVESIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA DERECHO CONSTITUCIONAL
BOGOTÁ
2018

EL CONTROL INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de:

Magister en derecho

Director (a):

AURA MARÍA CARDENAS PAULSEN

Universidad Nacional De Colombia

Facultad De Derecho

Maestría Derecho Constitucional

Bogotá

2018

Contenido

1. INTRODUCCIÓN. 5
2. ANTECEDENTES 9
   2.1. SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. 9
   2.2. DEBATE DE LA DEFENSA Y GUARDA DE LA CONSTITUCIÓN PLANTEADO POR HANS KELSEN Y CARL SCHMITT 15
   2.3. CARACTERIZACIÓN DE LOS MODELOS CLÁSICOS 27
      2.3.1. Modelo americano, difuso o norteamericano. 27
      2.3.2. Modelo austríaco concentrado o europeo 30
      2.3.3. Modelo Político 33
3. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA 37
   3.1. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA. 37
   3.2. PLANTEAMIENTOS JURISPRUDENCIALES RESPECTO DE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA. 55
   3.3. CRÍTICAS A LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA 65
4. LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: UN ANÁLISIS CUANTITATIVO DE SU APLICACIÓN EN COLOMBIA. 67
   4.1. APLICACIÓN DEL CUESTIONARIO 68
   4.2. SELECCIÓN DE LA POBLACIÓN PARTICIPANTE 69
   4.3. DESCRIPCIÓN EL CUESTIONARIO. 70
   4.4. CONCLUSIONES DE LA APLICACIÓN DEL CUESTIONARIO. 78
   4.5. ESTUDIO DE CASO. 80
5. ALTERNATIVAS PARA LA OPTIMIZACÓN DE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. 85
   5.1. APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN AMÉRICA DEL SUR 87
      5.1.1. Argentina 87
      5.1.2. Bolivia 90
      5.1.3. Brasil 94
      5.1.4. Chile 96
      5.1.5. Ecuador 97
      5.1.6. Paraguay 98
      5.1.7. Perú 100
      5.1.8. Uruguay 102
      5.1.9. Venezuela 104

5.2. SUGERENCIAS A LA EXCEPCIÓN DE INCOSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA. 105

6. CONCLUSIONES..... 112

7. BIBILIOGRAFÍA..... 115

1. INTRODUCCIÓN.

En Colombia con el Acto Legislativo No. 3 de 1910, se estableció el principio de supremacía constitucional, el cual se mantuvo con la expedición la Constitución Política de Colombia de 1991, que en su artículo 4º replica el contenido de este principio y adopta un modelo híbrido de control de constitucionalidad, el cual permite que exista un órgano principal especializado encargado de proteger la Constitución, que es la Corte Constitucional, y a la vez permite que el Consejo de Estado, se encargue de la competencia residual para analizar ciertos asuntos que expresamente la Constitución establece. De igual manera el mencionado artículo faculta a los jueces y autoridades públicas para inaplicar una norma jurídica que contradiga la Constitución en los casos concretos que conozcan, por medio de la excepción de inconstitucionalidad.

Considerando que la excepción de inconstitucionalidad debe ser aplicada por todos los jueces de la nación y por las autoridades administrativas, el procedimiento a través del cual debe hacerlo no se encuentra reglamentado, no cuenta con especificaciones respecto de cómo iniciarla, ni determina cómo debe ser resuelta, es decir, mediante sentencia o a través de un auto, ni contempla la procedencia de los recursos. En Colombia no existe una ley o decreto que desarrolle la excepción de inconstitucionalidad, los jueces y autoridades administrativas deben realizar un ejercicio de interpretación del caso concreto y determinar, basados en las reglas jurisprudenciales, la inaplicación de la norma en el caso analizado.

Por lo tanto, en la presente investigación se realiza, en primer lugar, un estudio cualitativo que desarrolla el principio de supremacía constitucional y el surgimiento y evolución de la jurisdicción constitucional, mostrando los antecedentes que se conocen de la defensa y guarda de la Constitución. A partir de este contexto, se relata la discusión teórica suscitada entre Hans Kelsen y Carl Schmitt respecto del guardián de la Constitución. Como resultado del debate entre estos dos autores se describen las características de los modelos de control de constitucionalidad clásicos (concentrado, difuso y político).

Con base en la estructura de los modelos clásicos, se indagan los antecedentes del control de constitucionalidad en Colombia, que se remontan a la expedición de la Constitución del Estado de Cundinamarca de 1811, caracterizando los distintos cambios y aportes que todas las Constituciones y sus respectivas reformas hasta el año 1991, para posteriormente poder determinar las reglas jurisprudenciales que existen respecto de la excepción de constitucionalidad, partiendo de la definición de la excepción que es entendida como: *"una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a una caso concreto y las normas constitucionales"*[1].

Recopilada la información antes descrita, se evidencia un vacío normativo y reglamentario del procedimiento para aplicar la excepción de inconstitucionalidad, lo cual llama especialmente la atención, pues se hallaron escasos pronunciamientos de jueces que en primera o segunda instancia aplicaron la excepción pero de manera diferente; lo cual justifica la necesidad de indagar con algunos de los jueces y magistrados de Colombia respecto de su experiencia con la aplicación de esta figura jurídica en su día a día.

Por ello se desarrolla, en segundo lugar, un estudio cuantitativo, que tiene como objetivo analizar la hipótesis de por qué en Colombia los jueces y magistrados de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa hacen un uso poco frecuente de la excepción de inconstitucionalidad, enfrentándola con su realidad. Para ello se formula un cuestionario que contiene seis preguntas respecto de una sola variable de medición, que consiste en establecer cuáles son las razones que tienen los jueces y magistrados en Colombia para usar con poca frecuencia la

[1] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU-132 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

excepción de inconstitucionalidad. Las preguntas formuladas en el cuestionario son de dos tipos, tres preguntas cerradas con dos posibilidades de respuesta (sí/no) y tres preguntas abiertas con la posibilidad de que cada participante exprese una respuesta diferente.

Con la recopilación de la información antes mencionada y la aplicación del cuestionario, se procede a indagar cuales son las principales características de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad en otros países de América del Sur (Argentina, Bolivia, Venezuela, Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay), con el fin de poder obtener herramientas en el derecho comparado que permitan dar respuesta a la pregunta de investigación que consiste en determinar: ¿cuáles son las vías para que se utilice de manera consistente la excepción de inconstitucionalidad en Colombia?

La metodología que se utilizó en la presente investigación es mixta puesto que corresponde a un estudio cualitativo y cuantitativo del problema de investigación planteado. Adicionalmente se realiza un estudio comparativo respecto del funcionamiento de la excepción de inconstitucionalidad en países de América del Sur.

La estructura de la presente investigación está dada en cuatro capítulos que se encuentran distribuidos de la siguiente manera: en el primer capítulo se realiza un estudio de derecho comparado respecto de la reconstrucción del debate del guardián de la Constitución y la extracción de las principales características de los modelos clásicos de control de constitucionalidad. En el segundo capítulo se reconstruyen los antecedentes del control de constitucionalidad y la excepción de inconstitucionalidad en Colombia y se extraen las principales reglas de la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad. El tercer capítulo desarrolla un estudio cuantitativo que incluye la presentación de los resultados obtenidos y se exponen dos casos en los cuales se aplicó la excepción de inconstitucionalidad por parte de jueces o magistrados participantes en el cuestionario. Finalmente, el cuarto capítulo contiene un ejercicio

teórico – procedimental recopilado del derecho comparado, que contiene la descripción general del funcionamiento de la excepción de inconstitucionalidad en los países de América del Sur, esto con el fin de poder realizar el análisis de los distintos procedimientos y de este modo poder recoger los elementos que puedan llegar a ser aplicables a la excepción de inconstitucionalidad en Colombia.

Con los planteamientos realizados en la presente investigación se pretende establecer cuáles pueden ser las posibles vías o herramientas que se deben garantizar para que los jueces y magistrados en Colombia utilicen la excepción de inconstitucionalidad de forma sólida y contundente cuando sea necesario.

2. ANTECEDENTES

En el presente capítulo se estudiará el surgimiento y la evolución de la jurisdicción constitucional, mostrándose los antecedentes de lo que se conoce como la defensa y el guardián de la Constitución. Con este contexto histórico, se describirá el debate que se suscitó entre Hans Kelsen y Carl Schmitt respecto del guardián de la Constitución; posteriormente se detallarán las principales características de los modelos de control de constitucionalidad clásicos.

2.1. SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.

A continuación, se hará una presentación de los tres antecedentes principales de la evolución de la jurisdicción constitucional enmarcados en la defensa y guarda de la Constitución, iniciando en la época antigua en Grecia, en la que se destacó la garantía de la superioridad del *'nómos'* respecto del '*pséfisma*', posteriormente se analizará el caso Bonham, que evidencia la supremacía del *Common law* sobre los demás actos del ordenamiento jurídico, para finalmente establecer los hechos relevantes del caso Marbury vs. Madison y su importancia para el derecho constitucional.

La defensa y guarda de la Constitución tienen un primer antecedente en la época antigua, en Grecia, donde el derecho ateniense desarrolló un procedimiento basado en la superioridad del *'nómos*' *"que se equipara a la ley constitucional, con respecto del '*pséfisma*' *que se asemeja a un decreto"*[2]. El *nómos* era considerado como una Constitución por tratarse de un texto que no solamente establecía la organización del Estado, sino que, adicionalmente, incorporaba un procedimiento especial para poder modificar las leyes vigentes[3]. La consecuencia de que un *pséfisma* contrariara a un *nómos* se reflejaba en dos efectos: el primero, responsabilidad penal de quien

[2] FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, Aproximaciones al Derecho Procesal Constitucional, publicado en el Diccionario de Derecho Constitucional, 3.a ed., México, Porrúa, 2009, p. 438.
[3] ALVARADO ANDRADE, Jesús María, Introducción a la Idea y Concepto de Constitución, Revista Politeia No. 48, Vol. 35. Instituto de Estudios Políticos, Venezuela, 2012. p. 159.

había propuesto el *pséfisma*, a través de una acción pública denominada "*graphê paranómôn*". El segundo, consistía en la invalidez del decreto ilegal, que había contrariado al *nómos*[4].

La *graphē paranómōn* era una acción dirigida en contra de quien había propuesto en la Asamblea, para su aprobación, un *pséfisma*, bajo la acusación de que este era contrario a las leyes. El procedimiento se podía adelantar contra la propuesta de Decreto o contra el Decreto aprobado por la Asamblea y era interpuesto ante los *tesmótetas*, quienes eran los magistrados de la época, por cualquier ciudadano. Caso en el cual los Decretos eran suspendidos hasta que se resolviera el asunto[5].

Puede entenderse como el antecedente más antiguo conocido de la revisión de constitucionalidad de las normas.

El segundo antecedente se da finalizando la Edad Media e iniciando la Edad Moderna. En el año 1610, se presentó el denominado "caso Bonham"[6], cuyos presupuestos fácticos fueron los siguientes:

> 1) Thomas Bonham fue un médico graduado de la Universidad de Cambridge, sin embargo, se trasladó a Londres para ejercer su profesión[7].
> 2) En la ciudad de Londres se encontraba el Colegio Real de Médicos, que fungía como el órgano de control de quienes ejercían la medicina en dicha ciudad, razón por la cual requirieron a Thomas Bonham para que presentara los exámenes para obtener una autorización para ejercer medicina en la ciudad, solicitud a la cual Bonham se rehusó argumentando que sus estudios los había realizado en la Universidad de Cambridge y que el Colegio Real de

[4] CAPPELLETTI, Mauro, La Justicia Constitucional y Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo, México, Porrúa – Facultad de Derecho de la UNAM, 2007, p. 57; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, ponencia. En: (8-9 de septiembre de 2005, I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional), Mauro Cappelletti y el Derecho Procesal Constitucional Comparado, Monterrey, 2005.
[5] RAMÍREZ BARRIOS, Fernando, Orígenes de la Justicia Constitucional: Atenas, Revista Justicia Electoral No. 15, México, 2015. p. 231
[6] FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, Ponencia. En: (8-9 de septiembre de 2005, I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional), Mauro Cappelletti y el Derecho Procesal Constitucional Comparado, Monterrey. 2005.
[7] VELÁSQUEZ RIZO, Ana María, El Caso Bonham, Supremacía Constitucional, Revista de Derecho, Universidad del Norte, 1999. p. 137.

Médicos no tenía competencia para pronunciarse sobre su ejercicio profesional desarrollado en Londres[8].

3) Por su parte, el Colegio Real de Médicos planteó dos argumentos, el primero, consistente en que el poder que el Rey Enrique VIII le otorgó al Colegio lo facultaba para sancionar profesionales que no obtuvieran autorización previa para ejercer la medicina en Londres. Y el segundo, fundamentado en el poder general del Colegio para reglamentar y sancionar con multas y cárcel a los médicos de Londres.

4) Finalmente, el Colegio Real de Médicos de Londres decidió prohibirle a Thomas Bonham ejercer la medicina e imponerle una multa que, de no ser pagada, generaría como consecuencia la pérdida de su libertad[9].

Dada la decisión tomada por el Colegio Real de Médicos, este caso llegó al Tribunal de Inglaterra, que era presidido por Sir Edward Coke, quien en concurso de los jueces Daniel y Warbuton[10], profirieron la sentencia que decidió el caso en el sentido de señalar que todos los actos del Parlamento o de las autoridades debían sujetarse a los principios rectores del *Common Law*[11]. Con fundamento en esto, en la sentencia se plasmó la siguiente frase: *"Aparece en nuestros libros que en muchos casos el Common Law controla los Actos del Parlamento que se oponen al derecho común y a la razón, o que son de imposible aplicación, imponiéndose sobre tal Acto y anulándolo"*[12]. Esta frase fue considerada como el primer pronunciamiento claro que reafirmaba la doctrina expresada en los fallos del Tribunal inglés, bajo la cual el *Common Law* no debía ser contrariado por ningún acto[13].

La sentencia del caso Bonham permitió que los Tribunales ingleses defendieran la independencia judicial en cuanto a los actos de la Corona y del Parlamento, atendiendo a la supremacía del *Common Law*. Sin embargo, generó la discusión sobre quién debía controlar y garantizar la supremacía del *Common Law* de las

[8] ídem.
[9] ídem.
[10] FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, Aproximación al Derecho Procesal Constitucional, p. 440.
[11] VELÁSQUEZ RIZO, Ana María, El Caso Bonham Op. cit., p. 137.
[12] Ibíd. p. 140.
[13] FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, Aproximación al Derecho. Op. cit., p. 440.

posibles arbitrariedades en que incurriesen la Corona y el Parlamento. Frente a esta discusión, Sir Edward Coke sostuvo la siguiente tesis: *"Ese control, esa garantía, debe ser de los jueces. Estos son los intérpretes auténticos de un derecho que es autónomo respecto del legislador, constituyendo, según la doctrina, un verdadero poder independiente"*[14]. Con esta afirmación, el juez Coke constituyó uno de los precedentes del origen de la revisión judicial (*judicial review*) en los Estados Unidos de América[15].

En 1787, se dio el tercer antecedente cuando se profirió la Constitución de los Estados Unidos de América, la cual, en el parágrafo segundo del artículo 6°, estableció lo siguiente:

> *"Parágrafo Segundo*: *Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que de ella dimanen, y todos los tratados que se celebren o vayan a celebrarse bajo la autoridad de los Estados Unidos, constituirían la ley suprema de la nación; y los jueces de todos los Estados tendrán obligación de acatarla, a pesar de cualquier disposición contraria que pudiera estar contenida en su Constitución o en las leyes de cualquier Estado"*[16]

Dicho precepto evidencia, por un lado, la supremacía de la Constitución y de las leyes del Estado federal sobre la Constitución y las leyes de los estados federados y, por otro, el surgimiento de la que hoy conocemos como excepción de inconstitucionalidad, a través de la cual los jueces debían inaplicar las leyes que eran contrarias a la Constitución[17]. Lo anterior, tal y como lo señala Alexander Hamilton en su texto "El Federalista", se constituyó en el origen del control difuso de la Constitución, al manifestar: *"Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces (…) y si ocurriere entre las dos discrepancia debe preferirse la Constitución"*[18].

---

14 CLIFFORD GRANT, James Allan, El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes: Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1963, p. 10.
[15] Ídem.
[16] CAMARGO, Pedro Pablo, Acciones Constitucionales y Contencioso Administrativas, Bogotá, Colombia.1999. p. 24
[17] Ídem.
[18] Ibíd. p. 21.

Ahora bien, en el marco de esta Constitución de los Estados Unidos de América, en el año 1803 se presentó el reconocido caso "Marbury versus Madison"[19]; el cual surgió en una época de cambios políticos, pues el entonces presidente John Adams había llevado a cabo unos nombramientos judiciales entre los cuales se encontraban 42 jueces de paz para el Distrito de Columbia, nombramientos que fueron confirmados por el Senado y que se firmaron por parte del secretario de Estado, quien en ese momento se encargaba de sellar y entregar las actas de nombramiento[20]. Sin embargo, Adams fue derrotado en las elecciones por Thomas Jefferson y, durante este término de ingreso de la nueva administración que había ganado, se omitió por parte del gobierno de John Adams entregar algunas actas de nombramiento de los jueces de paz, entre los cuales se encontraba William Marbury, quien no se pudo posesionar. Por esa razón, interpuso una querella ante el Tribunal Supremo[21], con el fin de que se le hiciera entrega de su acta de posesión para el Distrito de Columbia [22].

A pesar de lo anterior, el secretario de Estado del gobierno, James Madison, se rehusó a entregar el acta de nombramiento, razón por la cual Marbury acudió a la Corte Suprema con el objetivo de que esta ordenara a Madison entregarle su acta de posesión[23].

El juez John Marshall, en calidad de Presidente de la Suprema Corte de Estados Unidos, estableció los fundamentos para que la judicatura decidiera la constitucionalidad de las leyes, de la siguiente manera:

a. Principios de limitación de poderes y de supremacía de la Constitución escrita[24]: en Estados Unidos el Gobierno tiene poderes limitados y descritos en el texto de la Constitución, por esta razón la Constitución es escrita. La Constitución es

[19] CAMARGO, Pedro Pablo, Acciones Constitucionales. Op. cit., p. 222
[20] ANDRADE, María Virginia, Sentencia Marbury vrs Madison, En: Derecho y Sociedad, Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila. p. 274
[21] FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, Mauro Cappelletti y el Derecho Procesal Constitucional Comparado, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Madrid. 2009. p. 290.
[22] ANDRADE, María Virginia, Op. cit., p. 275.
[23] Ibíd. p. 274.
[24] Ibíd. p. 275.

considerada una ley superior inmodificable mediante métodos ordinarios. Los Estados que han acogido constituciones escritas las definen como: *"la ley fundamental y superior de la nación, y consecuentemente la teoría de tales gobiernos ha de ser que un acto de la legislatura que repugne a la Constitución es nulo"*[25].

b. Los tribunales tienen como función aplicar la ley correspondiente al caso; considerando la siguiente circunstancia:

> *"si dos leyes están en conflicto entre sí, ha de decidir la aplicación de cada una. Si una ley está en oposición a la Constitución; si ambas, la ley y la Constitución, son aplicables al caso particular (…) el tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto es la que rige el caso. Si los tribunales han de observar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura, la Constitución y no tal acto ordinario ha de regir el caso a que ambas se aplican"*[26].

Expuestas estas dos consideraciones, la decisión de Marshall estableció que la Ley Judicial, específicamente en la Sección 13, otorgaba a la Corte ciertas facultades que resultaban inconstitucionales debido a que ampliaba la jurisdicción original establecida en la Constitución al Tribunal. Por esa razón, la Corte determinó no intervenir en el caso particular y ratificó su papel frente al análisis de las leyes que estaban en el ordenamiento jurídico y que debían estar de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución. Se puede concluir que este sistema propugnó por la defensa de las constituciones escritas, rígidas y supremas. Como consecuencia de lo anterior, con el sistema estadounidense se creó la denominada "*Judicial Review*"[27].

De este modo se evidencia el antecedente histórico del modelo constitucional norteamericano, basado en el control judicial de la constitucionalidad de las leyes y en la idea de Constitución como norma suprema, fundamental, real y efectiva[28].

---

[25] Ídem.
[26] Ídem.
[27] Ídem.
[28] BREWER-CARÍAS, Allan R, Derecho Procesal Constitucional Instrumentos para la Justicia Constitucional, Segunda Edición, Bogotá D.C. 2013, p. 20.

2.2. DEBATE DE LA DEFENSA Y GUARDA DE LA CONSTITUCIÓN PLANTEADO POR HANS KELSEN Y CARL SCHMITT

En el presente título se analizará el debate histórico de la defensa y guarda de la Constitución, que fue abordado en un primer momento principalmente por dos autores, Hans Kelsen, pensador jurídico y político austriaco, socialdemócrata liberal, y docente de la Universidad de Colonia, a la cual tuvo que renunciar con la llegada del nazismo y Carl Schmitt, jurista alemán, uno de los principales ideólogos del Movimiento Revolucionario Conservador de Alemania, nacionalsocialista, desde 1933 hasta la terminación de la Segunda Guerra Mundial en 1945[29]. Partiendo del principio de supremacía constitucional, en la cual coinciden los autores, se establecerán las diferencias existentes entre las dos propuestas para argumentar quién debe ser el guardián de la Constitución.

Para Kelsen, la Constitución se definió a partir de la teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico[30], como *"el fundamento del Estado, la base del orden jurídico que pretende conocerse. Un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas en un momento determinado, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, tribunales y autoridades administrativas"*[31].

Por su parte, Carl Schmitt *"distingue con rigor entre la Constitución y la Ley Fundamental"*[32]. Concibe la Constitución en sentido normativo como *"norma de normas"*[33], es decir, que *"utiliza la palabra Constitución en el sentido del concepto positivo de Constitución"*[34]. Mientras que a la Ley Fundamental o Norma Fundamental o "*Lex Fundamentalis"* le atribuye las siguientes características[35]: **a)**

[29] FARRELL, Martin Diego, Enseñando Ética, Capítulo 12, Carl Schmitt, Hans Kelsen y La Corte Suprema, Madrid. p. 202.
[30] KELSEN, Hans, La Garantía Jurisdiccional de la Constitución, Traducido por Rolando Tamayo y Salmorán. 1 ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. p. 20.
[31] Ibíd. p. 21.
[32] SCHMITT, Carl, Teoría de la Constitución, Ed. Alianza Universidad Textos. 1992. p. 63.
[33] Ibíd. p. 33.
[34] Ibíd. p. 65.
[35] CRACOGNA, Dante, Acerca del Concepto de Constitución en Carl Schmitt y Hans Kelsen, Universidad de Buenos Aires. Argentina. p. 73.

Es una norma "*absolutamente inviolable y relativamente invulnerable*"[36]; **b)** Contiene disposiciones con *"importancia política para las personas o grupos políticamente influyentes"*[37]*;* **c)** Es *"el último principio unitario de la unidad política y de la ordenación de conjunto"*[38]*;* **d)** Plasma cualquier principio de la organización estatal[39]; **e)** "*Acentúa ante todo el elemento «ley»*"[40]; **f)** Plasma la unidad política y la organización del Estado; **g)** Establece las reglas de competencia y procedimiento para las actividades estatales; **h)** Crea limitaciones a las actividades estatales; **i)** Es una decisión política más que una norma legal que se apoya en otra norma para obtener su validez[41].

Las definiciones de Constitución propuestas por Hans Kelsen y Carl Schmitt, contienen la concepción del principio de la supremacía constitucional, tema que condujo a que estos autores se enfrentaran en la discusión sobre quién debe ser el garante o guardián de la Constitución. Dicha discusión tuvo lugar en el año 1931[42].

Por su parte, Carl Schmitt propuso la tesis de hacer del Presidente del *Reich* el defensor de la Constitución en sentido normativo[43], basado en que su elección proviene directamente del pueblo. La idea de Carl Schmitt se fundamentó en el artículo 48 de la Constitución de Weimar en la Alemania de 1919 que establecía:

> *"Artículo 48:* ***En el caso de que un estado (Land) que no cumpla con los deberes que le haya impuesto el Reich, la Constitución o las leyes del Reich, el presidente del Reich podrá hacer uso de las fuerzas armadas para compelerlo a hacerlo****. Si la seguridad y el orden público al interior del Reich son severamente dañados o están en peligro,* ***el presidente del Reich podrá tomar las medidas necesarias que lleven a restablecer el orden****, interviniendo con la asistencia de las fuerzas armadas, de ser necesario.* ***Para este propósito, podrá suspender***

[36] SCHMITT, Carl, Teoría de la Constitución, Op cit. p. 43.
[37] Ibíd. p. 63.
[38] Ídem.
[39] Ídem.
[40] Ibíd. p. 64.
[41] HERRERA, Carlos Miguel, La Polémica Schmitt – Kelsen Sobre el Guardián de la Constitución. Instituto de Investigaciones Jurídicas de México. 1995. p. 122.
[42] TORRES TEJADA, Oscar Eduardo, ¿Quién Debe Ser el Guardián de la Constitución?, Ensayo presentado para optar al Título de Especialista en Derecho Constitucional. Universidad Libre Seccional Pereira. 2014. p. 3.
[43] SCHMITH, Carl, La Defensa de la Constitución.Ed. Tecnos. Prólogo de Pedro Vera. Segunda Edición. Madrid. 1998 p. 213.

> ***temporalmente, totalmente o en parte, los derechos fundamentales*** *proveídos en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153"*[44]. (Negrilla fuera el texto original)

Y señaló enfáticamente que, como se podía evidenciar, la Constitución de Weimar plasmaba un "poder neutral" o *pouvoir neutre*[45], que estaba en cabeza del presidente del *Reich*, el cual se encontraba en "*el centro de un sistema de neutralidad e independencia respecto de los partidos políticos*"[46]. En este sentido, Schmitt explica que la función del tercero neutro no es una actividad "*reglamentadora, continua e imperante*"[47], sino que corresponde a una actuación "*mediadora, reguladora y tutelar*"[48] que solamente en casos necesarios se activa. En consecuencia, Schmitt expone que, antes de crear un tribunal para decidir los conflictos de alta política, es pertinente recordar que el Presidente del *Reich* es designado por la misma Constitución como su protector[49] y, en consecuencia, este debe actuar como "*defensor y guardián de la unidad constitucional y de la integridad de la nación*"[50]. Sin embargo, precisa que el Tribunal Supremo del *Reich* es el encargado de revisar si existe o no alguna incompatibilidad entre un acto o una noma y la ley fundamental, subjetiva y nacida de la voluntad popular, acogiéndose a la Constitución[51]

El presidente del *Reich* contaba con una estabilidad y permanencia relativa por un término de siete años, así como una serie de atribuciones, que consistían, entre otras, en: 1. La facultad de disolver el *Reichstag*; 2. Promover plebiscitos; 3. Referendo y promulgación de leyes; 4. El desarrollo del *Reich* y la protección de la Constitución. Herramientas que le garantizaban el cumplimiento de su obligación de salvaguardar la Constitución[52].

Schmitt considera que una ley más fuerte no podría ser protectora de una ley débil, ya que, en caso de presentarse una duda frente al contenido de una ley, esta es

---

[44] TORRES TEJADA, Oscar Eduardo, ¿Quién Debe Ser El Guardián De La Constitución?, Op cit. p. 3.
[45] SCHMITH, Carl, La Defensa. Op cit. p. 220.
[46] FARRELL, Martin Diego, Enseñando Ética, Op cit.p. 221.
[47] SCHMITH, Carl, La Defensa. Op cit. p. 220.
[48] Ídem.
[49] Ibíd. p. 250.
[50] ídem.
[51] SCHMITH, Carl, La Defensa. Op cit. p. 46.
[52] ídem.

una misión que le correspondería resolver al legislador, no a un tribunal que aparece en el sistema como un tercero[53]. Por lo que resalta que el control judicial ejercido por el Tribunal Supremo del *Reich* se reglamentó en la Sentencia del 4 de noviembre de 1925[54], bajo los siguientes principios:

1. El juez está sometido a la Ley[55], "no excluye que una ley del Reich o alguno de sus preceptos puedan ser estimados como no válidos por el juez, cuando se encuentren en contradicción manifiesta con otras normas precedentes que el juez viene obligado a tener en cuenta".
2. El derecho de control solo puede ejercitarse frente a las leyes simples del Reich.
3. No se pronuncia sobre el control de los Tribunales que procura una autoprotección a la independencia del poder judicial. Ello significa que se garantiza la posición constitucional de la Justicia. Lo que evidenciaría la aplicación de un control judicial defensivo[56].

Por lo tanto, Schmitt propone que el guardián o protector de la Constitución en sentido positivo sea el Presidente, mientras que al Tribunal del *Reich* le asigna la competencia para determinar la existencia de una posible incompatibilidad entre una norma o un acto y la Ley Fundamental[57].

Por su parte, Hans Kelsen propuso que el defensor, guardián y garante de la Constitución del Estado de Derecho debía ser un "Tribunal Constitucional" o *Verfassungsgerichtshof*[58], que estaría encargado de velar por los intereses generales del pueblo enmarcados en la norma constitucional[59]. La tesis de Hans Kelsen de atribuir a un órgano especializado el control monopólico de la constitucionalidad de las leyes[60] fue recogida en la Constitución austriaca de 1920.

---

[53] HERRERA, Carlos Miguel, La Polémica Schmitt – Kelsen. Op cit. p. 129.
[54] SCHMITH, Carl, La Defensa. Op cit. p. 46.
[55] Ibíd. p. 47.
[56] Ibíd. p. 46.
[57] SCHMITH, Carl, La Defensa. Op cit. p. 46.
[58] KELSEN, Hans, La Garantía Jurisdiccional Op cit. p. 52.
[59] Ídem.
[60] TORRES TEJADA, Oscar Eduardo, Op cit. p. 10.

Kelsen plantea una restricción al Tribunal Constitucional, ya que éste no debía desarrollar funciones legislativas, es decir, este órgano no podía ser creador de leyes, pues, desde su concepción, el Parlamento – de acuerdo con la Constitución – es la autoridad competente para crear la ley[61], y la decisión aprobatoria de la ley existe cuando la mayoría de los miembros vota por el proyecto[62]. Por lo tanto, el Parlamento no podría realizar actividades adicionales a la creación de la norma, y por ello, no tendría la potestad de verificar la subordinación de la norma a la Constitución[63], puesto que si se le permite al Parlamento realizar estas actividades se considera *"incompatible con la soberanía del parlamento"*[64].

La propuesta de Kelsen se centra en que un tercero (Tribunal Constitucional) declare la irregularidad del acto. Algunas de las características que, según Kelsen, debe tener el Tribunal son: a) No debe tener un exceso de miembros. b) Debe cumplir una misión jurídica de interpretar la Constitución. c) Los integrantes de esa jurisdicción constitucional deben ser preferiblemente juristas. d) La forma de seleccionar o elegir a los miembros del tribunal no puede ser la tradicional en manos de un grupo, sino que puede ser que el gobierno elija unos candidatos y el parlamento elija o viceversa, o también sugiere que se acuda a la cooptación.[65]

Para Kelsen resultaba imperiosos que la jurisdicción constitucional no fuera permeada por los miembros del parlamento o del gobierno, pues el control que ejerce este órgano está directamente dirigido a controlar estos dos sectores, evitando de este modo la influencia política[66].

Para Kelsen, la inconstitucionalidad de un acto implica: *"una alteración a la línea que divide las esferas del gobierno y del Parlamento, tan importante políticamente"*[67]. Y, bajo esta perspectiva, el punto de partida para determinar la

[61] KELSEN, Hans Teoría General del Derecho y del Estado, Traducido por Eduardo García Máynez. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1988. p. 38.
[62] HERRERA, Carlos Miguel, Op cit. p. 125.
[63] KELSEN, Hans, La Garantía, Op cit. p. 52.
[64] ídem.
[65] Ibíd. p. 58.
[66] ídem.
[67] KELSEN, Hans, La Garantía, Op cit. p. 61.

competencia de la jurisdicción constitucional se encuentra en limitarla respecto de la justicia administrativa, considerando las siguientes circunstancias: 1. La noción de garantía de la Constitución implica el control de todos los actos sometidos a la Constitución. 2. La oposición entre actos generales y actos individuales requieren la aplicación del control de la jurisdicción constitucional[68].

En este orden de ideas, Kelsen resalta varias reglas: a. Un acto de carácter jurídico expedido por un tribunal constituye garantía de su regularidad. b. Los actos individuales realizados por las autoridades administrativas se someten al control del tribunal constitucional, siempre y cuando se encuentren subordinados a la Constitución. c. A la jurisdicción constitucional le corresponde únicamente el control de los actos jurídicos que son realizados por el Parlamento (ley o tratado internacional). d. Constituir el tribunal constitucional como una corte de justicia con la función de juzgar a los ministros sometidos a su responsabilidad, dicho tribunal centraliza los conflictos y esta investido de otras facultades con el fin de evitar jurisdicciones especiales[69].

Respecto del criterio del control de constitucionalidad, Kelsen señaló que este depende del objeto del control; distinguiendo dos tipos de actos, *"los inmediatamente subordinados a la Constitución y los mediatamente subordinados a la Constitución"*[70]. Es así como el criterio de control respecto de los primeros es su constitucionalidad, y el criterio del control de los segundos es su legalidad respecto de las normas de grado superior.[71]

Ahora bien, respecto del criterio del control de constitucionalidad a partir de la utilización de las normas de derecho internacional, Kelsen precisa que éste no es absoluto en todas las constituciones del mundo, si no que depende de la noción de tratado que ha incorporado cada Constitución, así como la competencia para dirimir

[68] Ibíd. p. 64.
[69] Ibíd. pp. 68 - 69.
[70] Ibíd. p. 73
[71] Ídem.

los conflictos entre una norma nacional y una de carácter internacional. Razón por la cual en el dominio de la Constitución está determinar el estado de la jurisdicción constitucional y la voluntad de que esas normas de derecho internacional sean también respetadas por el legislador.[72]

En este escenario, es posible comprender que las leyes que son contrarias al derecho internacional son consideradas inconstitucionales. Kelsen plantea la misma solución*; "en caso de que la norma haya sido 'recibida' por la Constitución con el rango de leyes constitucionales o no. Pues en uno u otro caso su 'recepción' significa que estas leyes no pueden ser excluidas por una ley ordinaria. Esta 'recepción' solemne debe traducir la voluntad de asegurar el respeto al derecho internacional y es la solución contraria a lo que se llegaría si, no obstante esta 'recepción', toda ley ordinaria pudiera violar el derecho internacional sin que en ello se vea, desde el punto de vista de la Constitución que la contiene, una irregularidad."*[73] En conclusión, es la Constitución la que plasma las reglas que garantizan el dominio del Estado, creándose el tribunal constitucional, dándole su competencia e incluso suprimiendo dicho tribunal si fuera necesario.[74]

Dado el contexto antes mencionado, Kelsen sugiere que *"la Constitución debe establecer principios relativos al contenido de las leyes, por lo cual deberá formularlos de una manera tan precisa como sea posible"*[75]. Por su parte, para Kelsen, el resultado del control de constitucionalidad, puede verse reflejado de seis formas[76]:

1. En caso de considerar el acto contrario a la Constitución, se expide sentencia con fuerza anulatoria del mismo por estar sometido al control del tribunal constitucional.

[72] Ibíd. p. 75.
[73] Ibíd. p. 76.
[74] Ídem.
[75] KELSEN, Hans, La Garantía, Op cit. p. 81.
[76] Ibíd. p. 86

2. Por vicios de forma de un acto, el Tribunal Constitucional no deberá anularlo, solamente podrá hacerlo respecto de vicios de fondo. Los cuales deben ser reglados por el mismo Tribunal.
3. La anulación de las normas generales, leyes y tratados internacionales, solo procederá dentro del plazo que la Constitución fije para la revisión por parte del tribunal constitucional, con el fin de garantizar la seguridad jurídica del Estado.
4. La anulación de los actos no podrá tener ningún efecto retroactivo, pues dicha anulación opera *pro futuro*, a fin de garantizar la seguridad jurídica del Estado.
5. La forma de resolver del Tribunal Constitucional debe ser diferente según el acto jurídico, si está vigente o abrogado. En el primer caso, el tribunal deberá anular el acto, pero en el segundo caso no tiene que ser anulado.
6. La anulación puede ser total o parcial, es decir, se puede limitar a ciertos apartes de la norma o el reglamento que no correspondan con el contenido de la Constitución.

Finalmente, el procedimiento del control de constitucionalidad descrito por Kelsen está enmarcado en principios esenciales que deben verse reflejados a lo largo de la aplicación del procedimiento. El autor plantea que la más fuerte garantía que se puede brindar dentro del procedimiento del control de constitucionalidad ante el tribunal constitucional consistiría en "autorizar un *actio popularis*"[77], es decir, que dicho tribunal debe *"realizar el examen de regularidad de los actos sometidos a su jurisdicción, por cualquier particular".*[78] Sin embargo, esta máxima garantía que puede ofrecer la jurisdicción constitucional es cuestionada por el peligro de generar acciones temerarias y congestión de procesos.

Dada la problemática antes presentada, Kelsen planteó posibles soluciones al procedimiento de control de constitucionalidad:

[77] Ibíd. p. 87.
[78] Ídem.

1. *"Autorizar y obligar a todas las autoridades públicas que al aplicar una norma tengan duda sobre su regularidad, interrumpan el procedimiento en el caso concreto e interpongan ante el tribunal constitucional una demanda razonada para examen y anulación eventual de la norma"*[79].

   Si el tribunal constitucional anula la norma demandada, la entidad demandante no debería aplicarla al caso completo. Por el contrario, debería decidir como si la norma no hubiera estado vigente cuando el caso se produjo. Es decir, que se trataría de una anulación "*pro futuro*", con efecto retroactivo limitado de la anulación, efecto que es considerado indispensable para poder aplicar la decisión del tribunal constitucional.[80]

   La demanda de anulación es considerada *"un medio indirecto de provocar la intervención del tribunal constitucional, mas no un derecho de acción abierto a los particulares"*[81].

   1.1. En los Estados federales, "*el recurso de inconstitucionalidad*"[82] es convenido con los estados que hacen parte de él. En este caso, el control de constitucionalidad se refiere a la aplicación de disposiciones que caracterizan las constituciones de Estados federales delimitando la competencia tanto de la federación como de sus miembros. Existe un defensor de la Constitución que actúa ante el tribunal constitucional, con el fin de iniciar de oficio el procedimiento de control de constitucionalidad, respecto de los actos que estima irregulares.[83]

   1.2. De oficio, el tribunal constitucional puede iniciar el procedimiento de control respecto de la norma cuya regularidad le genere dudas, así mismo, cuando este tribunal decide sobre la regularidad de algunos actos jurídicos individuales de los cuales solamente su legalidad es

[79] Ibíd. p. 88.
[80] Ibíd. p. 89.
[81] Ídem.
[82] Ibíd. p. 90.
[83] Ídem.

puesta en duda, más no su constitucionalidad, el tribunal interrumpe el procedimiento relativo al caso concreto y procede, de oficio, a examinar la norma que él debió aplicar al caso. Si el tribunal anula la norma, el litigio se resuelve en el entendido de que la norma anulada no fuese aplicable.[84]

1.3. Los particulares pueden someter un acto jurídico individual a revisión del tribunal constitucional, por considerarlo irregular o contrario a una norma general, en este caso, pueden interponer recursos en el marco de un proceso judicial o administrativo, es decir, que se evidencia la posibilidad que tienen los particulares de someter, indirectamente, normas generales al conocimiento del tribunal constitucional.

2. Se recomienda que el proceso que se adelante ante el tribunal constitucional esté enmarcado en el principio de publicidad, lo que se puede garantizar realizando el procedimiento en audiencia pública; para lo cual la autoridad que atacó el acto debe tener acceso al procedimiento de control, a través de su representante legal o algún funcionario, así como el particular interesado en el litigio, a través de un abogado, por el carácter jurídico del litigio[85].

3. La sentencia del tribunal constitucional, siempre que encuentre mérito suficiente para anular un acto, debe indicarlo. De igual manera, se precisa que las sentencias anulatorias expedidas por el tribunal constitucional deben ser publicadas. A tal punto que el fallo del tribunal debe ordenar la publicación del fallo, para que éste tenga efectos.

   Si un tribunal o autoridad administrativa atacan una Ley en su aplicación al caso concreto, se generan dificultades con el efecto retroactivo, puesto que si la ley anulada pierde efecto cierto tiempo después de la publicación de su anulación,

[84] Ibíd. p. 91.
[85] Ibíd. p. 93.

las autoridades deben continuar aplicándola, por lo que puede no interesar someter las leyes al control constitucional del tribunal. Sin embargo, si se trata de un efecto retroactivo, debe establecer un tiempo prudente para que el Estado prepare una nueva Ley que responda a las exigencias de la Constitución, fortaleciendo la competencia del Tribunal Constitucional para anular inmediatamente la ley.

De las dos posturas (Schmitt - Kelsen) antes expuestas, es posible concluir que son antagónicas entre sí, pues responden a dos ideas diferentes de Estado y de Derecho que contraponen el pensamiento jurídico y el pensamiento político[86]. Mientras Kelsen muestra un modelo de control constitucional concentrado, Schmitt, ofrece un modelo de guarda de la Constitución mixto y político.

Los planteamientos de Hans Kelsen que se expusieron fueron formulados en el año 1920. Como reacción a dicha postura, Carl Schmitt presentó su propuesta y realizó las críticas a los planteamientos de Kelsen en el año 1931[87], quien a su vez a través del texto denominado *"Wer soll der Hüter der Verfassung sein?"* o ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, escrito en 1931 formuló observaciones y críticas a la obra de Carl Schmitt "La defensa de la Constitución"[88]. La discusión entre estos dos autores se generó respecto de los siguientes puntos:

a) Mientras Hans Kelsen plantea la creación de un único órgano especializado, encargado de garantizar que la Constitución prevalezca[89], Schmitt distingue la competencia que tiene el Presidente del *Reich* como "*protector de la Constitución en sentido positivo*" y el Tribunal del *Reich* respecto del análisis de la procedencia de una incompatibilidad entre una norma y la Ley Fundamental[90]. Puede entenderse que el planteamiento del guardián de la Constitución desarrollado por cada uno de los autores analizados resulta

[86] TORRES TEJADA, Oscar Eduardo, ¿Quién Debe Ser el Guardián de la Constitución? Op cit. p. 4.
[87] Ibíd. p. 5.
[88] FARRELL, Martin Diego, Enseñando Ética, Op cit. p. 220.
[89] KELSEN, Hans, La Garantía, Op cit. p. 81.
[90] SCHMITH, Carl, La Defensa. Op cit. p. 46.

diferente en cuanto a la naturaleza del órgano a quien le encarga de ejercer esta tarea.

En este contexto, Schmitt considera que la propuesta de Kelsen, de un "*Tribunal Constitucional central*"[91], que concentraba y monopolizaba el control de la Constitución, traía como consecuencia una "*politización de la justicia*"[92] más que una "*judicialización de la política*"[93], asimismo, consideraba que la teoría de Kelsen era deudora de la aplicación del principio de separación de poderes[94]. Sin embargo, Hans Kelsen, respecto de la propuesta de guardián de la Constitución de Schmitt, considera que la misma carece de fundamento y sentido porque su objetivo es contraponer al Presidente del *Reich* y al Tribunal Constitucional, lo cual explicado metafóricamente puede entenderse así: *"como el ejército es la mejor defensa del Estado, no necesitamos más hospitales"*[95].

De igual forma, frente al argumento de la politización de la justicia, Hans Kelsen lo acogió y aclaró que es pertinente restringir el carácter político de los tribunales, diciendo que el límite debe ser restringir la discrecionalidad que las leyes confieren en su aplicación[96].

b) Schmitt plantea su objeción frente al tribunal descrito por Kelsen en el sentido de señalar que se trata de un órgano no democrático[97], afirmación que Kelsen responde sugiriendo que se podría hacer elegir por el pueblo[98], igual que al Presidente[99].
c) Kelsen manifiesta que la teoría desarrollada por Schmitt sigue la doctrina del constitucionalismo monárquico, pues centra su argumento en que el juez es

[91] Ibíd. p. 129
[92] Ídem.
[93] Ídem.
[94] FARRELL, Martin Diego, Enseñando Ética, Op cit. p. 221.
[95] KELSEN, Hans, "¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?", en Schmitt y Kelsen, Editorial Tecnos, Madrid. 1995 pp. 292-293.
[96] Ibíd. p. 221
[97] SCHMITH, Carl, La Defensa. Op cit. p. 50.
[98] KELSEN Hans, "¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?", Op cit. p. 320
[99] HERRERA, Carlos Miguel, La Polémica Schmitt – Kelsen Op cit. p. 222.

un “autómata jurídico”[100], que encuentra la norma que debe aplicar al caso concreto, pero que no es un sujeto que pueda crear el derecho. En este caso, para Kelsen, la diferencia entre ley y sentencia es cuantitativa, pues la sentencia es un acto de creación de derecho[101].

2.3. CARACTERIZACIÓN DE LOS MODELOS CLÁSICOS

La discusión sobre quién debe ser el guardián de la Constitución generó la formulación y consolidación de tres modelos de control de constitucionalidad: el Modelo americano, difuso o norteamericano, el Modelo austriaco, concentrado o europeo y el Modelo político. A continuación, se muestran las principales características de cada uno de ellos.

2.3.1. Modelo americano, difuso o norteamericano.

El modelo americano es considerado como el primer sistema de defensa de la Constitución, derivado del caso Marbury vs. Madison en Estados Unidos, este modelo fue el origen de la “revisión judicial” o también denominada “*Judicial review*”[102].

El método difuso de control constitucional prevé, al igual que los demás métodos, desde la concepción de supremacía constitucional, que la Constitución es la ley suprema y prevalece sobre las demás; por lo tanto, cuando alguna ley le es contraria, ésta debe ser inaplicada[103]. La garantía de la Constitución es el poder que tienen los jueces de vigilar la constitucionalidad de las leyes y declarar, en los casos particulares, la inaplicación de la norma.

Considerando el deber que tienen todos los jueces de inaplicar las normas que resulten inconstitucionales, este procedimiento solo puede adelantarse a través del

[100] KELSEN Hans, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, Op cit. p. 322
[101] Ídem.
[102] CAMARGO, Pedro Pablo, Acciones Constitucionales. Op cit. p. 87.
[103] BREWER-CARÍAS, Allan R, Op cit. p. 64.

"*incidenter tantum*", lo que implica un proceso de carácter incidental[104] que se debe aplicar al caso concreto, por parte del juez que esté conociendo conforme a su competencia[105].

Este sistema propone un control de tipo difuso y descentralizado que implica el control de constitucionalidad de las leyes como una función-deber de los tribunales de justicia[106], es decir, que los jueces son competentes para inaplicar las leyes que juzguen contrarias a la Constitución[107].

El modelo americano, se desarrolla en el sistema legal de los Estados Unidos de América en donde no existe un procedimiento *ad hoc* o especial para el control constitucional de las leyes. Existe la Suprema Corte de los Estados Unidos de América que admite la "acción o juicio declaratorios"[108], a través de los cuales las partes en controversia solicitan que el máximo tribunal emita pronunciamiento sobre una ley que todavía no es aplicada, pero que afecta sus intereses jurídicos. Con ello se evidencia un control constitucional o revisión judicial *stricto sensu*.[109]

En Estados Unidos los jueces tienen la obligación de preferir la aplicación de la Constitución Federal sobre cualquier ley o decreto contrario a la misma en un caso concreto. Y, por ello, están dotados de potestades discrecionales, cualificados por su confiabilidad. Por lo tanto, la sentencia en un caso concreto no suspende la vigencia de la ley o el decreto que se consideró contrario a la Constitución federal y tiene efectos *inter partes*.[110] El efecto *inter partes* implica que la ley o decreto inaplicable no surte ningún efecto para el caso concreto ni para las partes. En este caso, la decisión tiene consecuencias "*ex tunc o pro pretaerito*"[111].

De este modo se evidencia que la decisión judicial nunca declara la nulidad ni la inconstitucionalidad de una norma, por el contrario, dichas decisiones solo están

---

[104] RIVERA S., José Antonio, Jurisdicción Constitucional Procedimientos Constitucionales en Bolivia, Editorial KIPUS — 2001; p. 35.
[105] Ibíd. p. 67.
[106] Ibíd. p. 51.
[107] FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, Mauro Cappelletti y el Derecho Procesal Op cit. p. 291.
[108] CAMARGO, Pedro Pablo, Acciones Constitucionales. Op cit. p. 88.
[109] Ídem.
[110] Ídem.
[111] BREWER-CARÍAS, Allan R, Op cit. p. 52.

enmarcadas en la inaplicabilidad de una norma que resulta contraria a la Constitución en un caso concreto.[112] Ahora bien, cuando se trate de las decisiones adoptadas por la Corte Suprema, los efectos de sus decisiones tienen un efecto general en el sentido de obligar a todos los tribunales inferiores del país; por ello, a partir del momento en que la Corte Suprema determina la inaplicabilidad de una ley en un caso, ningún otro tribunal podría aplicarla en casos concretos con analogía fáctica al fallado[113].

En la doctrina constitucional se le denomina al procedimiento de control difuso como "excepción de inconstitucionalidad"[114]. Dicho control cuenta con las siguientes particularidades[115]:

a. El sistema americano es difuso y descentralizado porque, sin distinguir ningún tipo de jerarquía, todos los jueces del Estado pueden conocer de la constitucionalidad de las leyes o decretos en los casos concretos que tienen a su cargo[116].
b. Para ejercer la excepción de inconstitucionalidad no existe un procedimiento especial, puede ser aplicada por vía incidental o indirecta, esta puede ser presentada en los procedimientos judiciales[117].
c. La sentencia que declara la inaplicabilidad de una norma en un caso concreto tiene efectos sólo en relación con este caso o *inter partes*[118].
d. En el sistema difuso, la ley es inaplicable por oponerse a la Constitución en un caso concreto y tiene efectos *ex tunc*[119].

[112] Ibíd. p. 131.
[113] Ibíd. p. 52.
[114] CAMARGO, Pedro Pablo, Acciones Constitucionales. Op cit. p. 88.
[115] RIVERA, Julio César y LEGARRE, Santiago, Los Efectos de la Declaración de Inconstitucionalidad en los Estados Unidos y la Argentina, en: Lecciones y Ensayos, nro. 86, 2009 [On Line]. [Citado el día 6 de noviembre de 2018] Versión en internet en:< http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/14-traduccion-rivera-y-legarre.pdf> p. 112.
[116] RAMIREZ BARRIOS, Fernando, Orígenes de la Justicia, Op cit. p. 205.
[117] Ídem.
[118] Ídem.
[119] Ídem.

Una vez esbozadas las características de este modelo es preciso indicar que existe una crítica al sistema difuso, que consiste en que cuando un juez falla un caso y concede la inaplicación de la norma por considerarla contraria a la Constitución, esta no desaparece del ordenamiento jurídico. Por consiguiente, de presentarse otro caso en el cual la misma norma sea cuestionada en el proceso, se debe continuar teniendo en cuenta dicha normatividad y solo podrá inaplicarse la norma nuevamente por otro juez, cuando se configuren los mismos presupuestos fácticos que dieron lugar al primer pronunciamiento[120].

El modelo difuso ha sido aplicado por varios países de América Latina, como Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, Nicaragua, México, República Dominicana y Venezuela[121].

2.3.2. Modelo austríaco concentrado o europeo

El segundo sistema de control constitucional es el europeo[122], llamado también justicia constitucional "*ad hoc*", fue instituido en Austria con la Constitución de 1920, con la autoría de Hans Kelsen[123]. Se trata de un sistema a través del cual se crea un control concentrado de constitucionalidad, que tiene dos particularidades: en primer lugar, la potestad de anular algunos actos inconstitucionales está en cabeza de un solo órgano, con funciones de la jurisdicción constitucional; un tribunal *ad hoc* en Austria, denominado Tribunal o Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*)[124], ubicado en la cima de la jerarquía judicial de un país[125], y en la República Federal de Alemania su Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*)[126]. En segundo lugar, el poder de estos órganos constitucionales para juzgar la inconstitucionalidad y declarar la nulidad de algunos actos de rango legal o emanados de la Constitución se somete únicamente a sus

[120] Ídem.
[121] BREWER-CARÍAS, Allan R, Op cit. p. 51.
[122] CAMARGO, Pedro Pablo, Acciones Constitucionales. Op cit. p. 90.
[123] BREWER-CARÍAS, Allan R, Op cit. p. 51.
[124] CAMARGO, Pedro Pablo, Acciones Constitucionales. Op cit. p. 90.
[125] BREWER-CARÍAS, Allan R, Op cit. p. 12.
[126] CAMARGO, Pedro Pablo, Acciones Constitucionales. Op cit. p. 90.

regulaciones[127].

La propuesta del sistema concentrado confiere a un órgano estatal especializado la facultad de actuar como juez constitucional, el cual se encuentra apartado del poder judicial, sin tener funciones jurisdiccionales[128]. Esta restricción se fundamenta en la suspicacia que existe frente a los actos de los jueces y la necesidad de evitar un "gobierno de los jueces"[129]. El Tribunal Constitucional es comprendido como un "legislador negativo", porque refuerza y complementa al Parlamento, en lugar de ejercer control sobre este. Si la norma es creada con carácter general, la anulación de la misma debe tener el mismo carácter de generalidad[130].

El fundamento del sistema concentrado de control de constitucionalidad de las leyes proviene del concepto de Constitución, que es la ley suprema de un país que prevalece ante las demás leyes. Por lo tanto, debe considerarse nulo todo acto del Estado que contradiga la Constitución[131].

El deber de los tribunales ordinarios es revisar la constitucionalidad de los actos del Estado, sin embargo, cuando se trata de una ley u otro acto de ejecución directa de la Constitución, dichos tribunales no pueden realizar un juicio sobre su inconstitucionalidad, debido a que esta competencia está reservada para el Tribunal Constitucional especial, que puede anular el acto. En este caso la garantía de la Constitución es que el acto queda anulado con efectos generales o *erga omnes*[132].

Otra característica de este modelo consiste en que la acción puede ser ejercida de oficio o "*ex officio*" por los tribunales o, en su defecto, puede ser solicitada por las partes[133].

Las principales características del sistema concentrado son:

---

[127] BREWER-CARÍAS, Allan R, Op cit. p. 80.
[128] Ibíd. p.12.
[129] AGRESTI, María Mercedes y ALONSO María Victoria, "Conveniencia de Complementar el Control de Constitucionalidad Difuso con el Control Concentrado". Universidad de Buenos Aires, Argentina. p. 12.
[130] Ídem.
[131] BREWER-CARÍAS, Allan R, Op cit. p.77.
[132] Ibíd. p. 79.
[133] Ibíd. p. 83.

a) El control concentrado o condensado está dirigido por un Tribunal especializado que goza de autonomía frente a otros órganos y entidades del Estado.

b) La inconstitucionalidad de una ley declarada mediante fallo, la expulsa del ordenamiento jurídico, generando la anulabilidad o nulidad de los actos inconstitucionales según corresponda[134].

c) La declaratoria de inconstitucionalidad puede ejercerse a solicitud de parte o de oficio por el juez constitucional[135].

d) La sentencia de inconstitucionalidad tiene efecto *erga omnes*. De igual forma, dicha sentencia constituye una forma de legislación negativa, considerando que no solo declara la inaplicabilidad de la ley, sino que tiene el efecto derogatorio o abrogatorio de la misma.

e) La sentencia de inconstitucionalidad tiene efectos constitutivos, con carácter *ex nunc, pro futuro*, en el sentido de no ser retroactivos[136].

f) El sistema de control concentrado desarrolla un control abstracto, es decir, que el órgano especializado analiza la norma cuestionada de forma independiente a un caso concreto que afecte intereses particulares[137].

Finalmente, es preciso indicar que el modelo de control de constitucionalidad concentrado ha sido implementado en países como Alemania, Italia, España, Francia y Portugal. Sin embargo, en América Latina, se han aplicado los dos modelos de constitucionalidad (difuso y concentrado) en países como Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala y Perú[138].

---

[134] Ibíd. p. 88.
[135] ídem.
[136] ídem.
[137] RAMIREZ BARRIOS, Fernando, Orígenes de la Justicia, Op cit. p. 205.
[138] BREWER-CARÍAS, Allan R, Op cit. p. 12.

2.3.3. Modelo Político

El modelo de control de constitucionalidad político fue propuesto por Carl Schmitt y se vio materializado en Francia a principios del siglo XX, en el cual se estableció un órgano político, denominado "Senado Conservador"[139]. En este modelo, el control se le encarga a quienes ya hacen parte del poder político, aun cuando Carl Schmitt propone un "poder neutral" o *pouvoir neutre,* que está en cabeza del Presidente *del Reich*[140]*,* este órgano proviene de la elección popular, situación que valida el carácter de político de este órgano.

En el artículo 91 del título XI denominado *"De la revisión de la Constitución"* de la Constitución de 1946 de Francia, se establece que la guarda de la Constitución le corresponde al Comité Constitucional, el cual debe ejercer el control preventivo de las leyes aprobadas por la Asamblea Nacional[141] y está conformado, de la siguiente manera:

> *"Artículo 91. – El Comité constitucional está presidido por el presidente de la República. Comprende al presidente de la Asamblea nacional, al presidente del Consejo de la República, a siete miembros elegidos por la Asamblea nacional al principio de cada sesión anual, por representación proporcional de los grupos, y escogidos excluyendo a sus miembros, y a tres miembros elegidos en las mismas condiciones por el Consejo de la República. El Comité constitucional examina si las leyes votadas por la Asamblea nacional suponen una revisión de la Constitución"*[142]*.*

Se colige del artículo antes transcrito que, por su conformación, el Comité constitucional es un órgano político que realiza la revisión previa de las leyes.

Posteriormente, en 1958, se promulgó una nueva Constitución Francesa que estableció en el artículo 56 del título VII la conformación del Consejo Constitucional, así:

---

[139] PARDO FALCON, Javier, Notas Sobre la Historia del Control de Constitucionalidad en Francia Hasta la Aparición del Consejo Constitucional, Revista de Estudios Políticos Nueva Época, Nº. 72, abril – junio 1991. España, p. 244.
[140] SCHMITH, Carl, La Defensa. Op cit. p. 220.
[141] CAMARGO, Pedro Pablo, Acciones Constitucionales. Op cit. p. 92.
[142] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución de 1946 de Francia, [On Line]. [Citado el día 23 de agosto de 2018] Versión en internet en: <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/cf1946.htm>.

> *"Artículo 56. El Consejo Constitucional estará compuesto por nueve miembros, cuyo mandato durará nueve años y no será renovable. El Consejo Constitucional se renovará por tercios cada tres años. Tres de sus miembros serán nombrados por el Presidente de la Republica, tres por el Presidente de la Asamblea Nacional y tres por el Presidente del Senado. Además de los nueve miembros arriba mencionados, los ex-Presidentes de la República serán miembros vitalicios de pleno derecho del Consejo Constitucional. El Presidente será nombrado por el Presidente de la Republica. Tendrá voto de calidad en caso de empate"*[143].

Se trata entonces, de un Consejo conformado por un número impar de miembros, que no podrá ser reelegido y divide en los poderes legislativo y ejecutivo la facultad de selección de igual cantidad de miembros, también pertenecen como miembros vitalicios los expresidentes. Así mismo, da un voto preferente al presidente del Consejo, quien tiene la potestad de tomar decisiones en caso de empate[144].

Por su parte, el artículo 61 de la mencionada Constitución establece las funciones del Consejo Constitucional, tal como se muestra a continuación:

> *"Artículo 61.* ***Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, las proposiciones de ley*** *mencionadas en el artículo 11* ***antes de que sean sometidas a referéndum, y los reglamentos de las Cámaras parlamentarias, antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional,*** *el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución. Con el mismo fin, podrán presentarse las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el Presidente de la Republica, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores"*

Es decir, que la Constitución Francesa de 1958 regula el ahora denominado Consejo Constitucional, cuyos miembros son elegidos por los poderes ejecutivo y legislativo, con la función preventiva y previa de control de constitucionalidad, lo que significa que las leyes, antes de su promulgación, deben ser revisadas por este Consejo frente a su constitucionalidad[145].

Por lo tanto, en un primer momento, el carácter político del Consejo Constitucional estaba dado estrictamente por su conformación, esto es, el Presidente del Consejo

---

[143] Ídem.
[144] Ídem.
[145] CAMARGO, Pedro Pablo, Acciones Constitucionales. Op cit. p. 92.

de la República, el Presidente de la Asamblea nacional y siete miembros elegidos por la Asamblea nacional, es decir, que no debían ser miembros del legislativo. Pero con la Constitución de 1958, la composición del Consejo Constitucional cambia, pues el Presidente de la Asamblea nacional debe elegir tres miembros y el Presidente de la Republica también debe elegir otros tres miembros. De este modo el cambio en la conformación del Consejo se hace ostensible en la medida en que el Presidente de la República ya no es miembro, sino que se le encomienda la tarea de elegir. Pero, en contraste, se incluyen como miembros los ex Presidentes de la República, lo cual trae como consecuencia gradual la politicidad de este Consejo Constitucional.

Se trata de un modelo de control político preventivo, sin intervención ciudadana, que tiene por finalidad que ninguna ley o decreto declarado inconstitucional se promulgue ni aplique. En este caso, las decisiones tomadas por el Consejo Constitucional no son susceptibles de apelación y los efectos de estas decisiones tienen el carácter de vinculantes para todas las autoridades del Estado[146].

Algunas de las características más representativas del modelo político son[147]:

a) El sistema de control político es considerado *sui generis*.
b) Tiene participación del Parlamento
c) Es un control preventivo.
d) El tribunal que ejerce la actividad de control constitucional es un órgano político y no judicial.

Este modelo ha sido aplicado por Francia y, en América Latina, por Chile en la Constitución de 1980[148].

[146] Ibíd. p. 93.
[147] Ídem.
[148] Ídem.

A continuación, se expondrá un cuadro comparativo de las principales características de los modelos de control de constitucionalidad, que fueron expuestas en el presente capítulo:

Características de los modelos de control de constitucionalidad

DENOMINACIÓN DEL MODELO	MODELO AMERICANO	MODELO AUSTRIACO	MODELO POLÍTICO
TIPO DE MODELO	Difuso	Concentrado	Concentrado
ÓRGANO COMPETENTE PARA REVISAR LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS	Todos los jueces del país deben inaplicar las leyes o decretos inconstitucionales. La Suprema Corte a través de "acción o juicio declaratorio"	El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de las leyes y los decretos.	Consejo Constitucional o Senado Conservador
EFECTOS DE LA SENTENCIA	*Inter partes*	*Erga Omnes*	*Erga Omnes*
CONSECUENCIA DE LA DECISIÓN	Decisión retroactiva con consecuencia *Ex Tunc o Pro-pretaerito.*	La decisión tiene consecuencia *Ex Nunc – Pro Futuro.*	La decisión impide que la norma nazca a la vida jurídica y tenga efectos.
	Decisión declarativa	Decisión constitutiva	Decisión preventiva
	Decisión judicial no es absoluta	Decisión de la Corte es absoluta y se materializa a través de la sentencia	Decisión del Comité es absoluta
PROCEDIMIENTO PARA APLICARLO	Es aplicada por vía incidental o indirecta	Es aplicada por solicitud de parte o de oficio	Es automático o rogado

3. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA

En el presente capítulo se analizarán los principales antecedentes del control de constitucionalidad en Colombia, para posteriormente poder determinar las reglas jurisprudenciales que existen respecto de la excepción de constitucionalidad.

3.1. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA.

En Colombia, el control de constitucionalidad se remonta a la expedición de la Constitución del Estado de Cundinamarca de 1811, así como a la promulgación de la Constitución de la Nueva Granada de 1832, la Constitución de 1858, la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863 y, en consecuencia, una de las Constituciones de este Estado Federal, la Constitución de 1886, (y su reforma realizada mediante el acto legislativo No. 03 de 1910) y, finalmente, la Constitución Política de Colombia de 1991, las cuales se analizarán respecto de los distintos aportes realizados.

En el título I de la Constitución del Estado de Cundinamarca de 1811[149], se estableció como forma de gobierno la Monarquía Constitucional, con reconocimiento de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, independientes entre sí, pero con prevalencia del poder ejecutivo (ejercido por el Rey) que tenía la potestad de objetar lo que considerara conveniente[150].

Ahora bien, en el Título V, denominado “del poder ejecutivo”[151], se plasmaron las funciones del poder ejecutivo, sin embargo, llaman particularmente la atención los numerales 21 a 24 que establecen las funciones del poder ejecutivo que tienen que ver con la promulgación de las normas y se presentan tres escenarios: en el primero,

[149] DE LA OSSA, Natalia, Control Constitucional en Colombia Evolución Histórica, [On Line]. Publicado el 20 de Mayo de 2009. [Citado el día 6 de julio de 2018] Versión en internet en: <http://hdhc.blogspot.com/2009/05/control-constitucional-en-colombia.html>

[150] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución del Estado de Cundinamarca de 1811, [On Line]. [Citado el día 25 de agosto de 2018] Versión en internet en: <http://bdigital.unal.edu.co/25/1/constitucion_de_cundinamarca_1811.pdf> p. 176.

[151] Ídem.

el poder ejecutivo podía considerar que la ley era útil y la aprobaba para su publicación y ejecución, en el segundo, el poder ejecutivo devolvía al legislativo la norma porque generaba perjuicios públicos y la objetaba, y en el tercero, el poder ejecutivo podía objetar la norma por considerarla inconstitucional. Tal como se muestra en el siguiente aparte de la Constitución:

> *"TÍTULO V*
> *DEL PODER EJECUTIVO*
> *(…)*
> *24.* ***Si la ley que se le presenta se opone directa o indirectamente a la Constitución,*** *bien sea en su sustancia, o bien por no haberse guardado las formalidades prescritas por dicha Constitución,* ***pondrá al pie el decreto devuélvase por inconstitucional;*** *y en el oficio de devolución expresará los artículos o las formalidades de la Constitución que son contrarios a la ley propuesta."*[152] (Subrayado fuera del texto original).

En cualquiera de los tres escenarios antes descritos, era un deber del poder ejecutivo pronunciarse sobre las normas, pues si no lo hacía en el término que señalaba la Constitución, (diez días, contados desde la fecha de recibo de la ley), se entendía que la ley quedaba sancionada y se publicaba[153].

Esta Constitución muestra que, en Colombia, se pensó en la supremacía constitucional y en el control previo de las normas en cabeza del poder ejecutivo (el rey), es decir, que estableció una manifestación del control de constitucionalidad de carácter político. Situación que refleja que el mencionado modelo, 135 años antes de que se materializara en Francia, se planteó en la Constitución del Estado de Cundinamarca de 1811. De igual manera, este planteamiento se dio ocho (8) años después de que se presentara el caso Marbury vs. Madison en Estados Unidos, pero 110 años antes que Hans Kelsen planteara su propuesta de supremacía y guardián de la Constitución[154], y, 120 años antes que Carl Schmitt presentara las críticas al modelo kelseniano y su propuesta de guardián de la Constitución y de

[152] Ídem.
[153] Ídem.
[154] CHINCHILLA HERRERA, Tulio, Concepciones Sobre el Juez Constitucional en la Reforma de 1910: Una Cuestión de Confianza. En revista: Diálogos y Políticas. No. 3. 2010. p. 4.

supremacía constitucional[155].

Posteriormente, en la Nueva Granada[156], entró en vigencia la Constitución de 1832,que plasmó un Estado Federal[157] y estableció los siguientes controles de constitucionalidad a través de los artículos 117 y 162:

1. Los secretarios de Estado realizaban un control previo a la expedición de los decretos o resoluciones que estos autorizaban en cumplimiento de sus funciones, los cuales debían estar de acuerdo con la Constitución y las leyes, so pena de ser sancionados, en los términos del artículo 117, así:

   > ***"Artículo 117.-*** *Los secretarios de Estado son responsables por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones, y siempre que autoricen un decreto o resolución, o firmen una orden contraria a la constitución, o a las leyes; y no los excusa de esta responsabilidad la orden verbal o por escrito del Poder Ejecutivo"[158].*

2. El congreso podía anular los actos y resoluciones de las cámaras de provincias, cuando fueran inconstitucionales o ilegales.
3. El poder ejecutivo estaba facultado para suspender los actos y resoluciones de las cámaras de provincias, cuando fueran contrarias a la Constitución o a la Ley.
4. El gobernador de provincia estaba en la capacidad de suspender los actos y resoluciones de las cámaras de provincias, cuando fueran ilegales o inconstitucionales, siempre y cuando le notificaran al Presidente de la República, con el fin de que este tomara una decisión definitiva.

Los tipos de control antes expuestos permiten comprender que la Constitución de 1832 designa cinco actores pertenecientes a las ramas del poder público legislativa

---

[155] RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. El Principio de Supremacía de la Constitución en el Derecho Constitucional Colombiano. En: Tres ideas constitucionales. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986. pp. 12-16.

[156] BLANCO BLANCO, Jacqueline, De la Gran Colombia a la Nueva Granada, Contexto Histórico - Político de la Transición Constitucional. En: Revista Prolegómenos. Derechos y Valores. vol. X, núm. 20, julio-diciembre, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia, 2007. p. 82.

[157] POMBO, Manuel Antonio y GUERRA, José Joaquín. Constituciones de Colombia. Bogotá: Imprenta de la luz, 1911, p. 877.

[158] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución de la Nueva Granada de 1832, [On Line]. [Citado el día 25 de agosto de 2018] Versión en internet en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/colombia-21/html/0260fdfc-82b2-11df-acc7-002185ce6064_1.html#I_8_>

y ejecutiva, con el fin de ejercer distintos tipos de control de constitucionalidad. En el caso de los secretarios de Estado, se observa un control de constitucionalidad previo de los actos que ellos mismos firmaban, situación que resulta extraña pues se interpreta como un autocontrol. Por su parte, el control de constitucionalidad ejercido por el Congreso, el poder ejecutivo y el gobernador de provincia era posterior y solo podía ser realizado sobre los actos y resoluciones de las cámaras de provincias.

Lo anterior muestra que la manifestación del control político que se estableció en la Constitución de 1811, en cabeza del ejecutivo, se mantiene en la Constitución de 1832, con la restricción de que el análisis de inconstitucionalidad procede solamente respecto de los actos y resoluciones de las cámaras de provincias. Este tipo de control en Colombia llama especialmente la atención pues los planteamientos teóricos del control político se materializaron en Francia en 1946, es decir, que 135 años antes de que en Francia se desarrollara e implementara el modelo de control político en Colombia se dio una manifestación de este.

El 22 de mayo de 1858, el presidente Mariano Ospina Rodríguez sancionó una nueva Constitución para Colombia[159], en la cual se le asigna a la Corte Suprema la facultad de suspender los actos legislativos que fuesen aprobados en las provincias cuando estuvieran en contra de la Constitución[160]. Lo anterior, se señala en el artículo 50 de la citada Constitución, así:

> *"***Artículo 50.-** ***Corresponde a la Corte Suprema suspender la ejecución de los actos de las Legislaturas de los Estados, en cuanto sean contrarios a la Constitución o a las leyes de la Confederación****; dando cuenta de la suspensión al Senado, para que éste decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos"*[161] (Negrilla fuera del texto original).

[159] ZULUAGA GIL, Ricardo, La Constitución de 1858 y la Confederación que no Fue, [On Line]. Publicado el 13 de marzo de 2017. [Citado el día 10 de julio de 2018] Versión en internet en: <http://ricardozuluagagil.blogspot.com/2017/03/la-constitucion-de-1858-y-la.htm>
[160] DE LA OSSA, Natalia, Control Constitucional, Op cit.
[161] Ídem.

Del aparte antes transcrito es posible determinar que, si bien esta Constitución le asigna a la Corte Suprema la facultad de suspender los actos que la contradigan, figura que resulta innovadora en Colombia, pues en las anteriores Constituciones se le había dado esta facultad al poder ejecutivo y legislativo, supedita las decisiones de la Corte al Senado, órgano que debía decidir definitivamente sobre la validez de los actos. Situación que mostraba una vez más la influencia del control político de las anteriores Constituciones. El control de constitucionalidad ejercido por la Corte Suprema y por el senado es de carácter posterior.

La Constitución de 1858 desconoce la aplicación del control previo de constitucionalidad que había sido reconocido en la Constitución de 1832 y, por ende, no le asigna esta competencia a ningún órgano del Estado.

Posteriormente, el 8 de mayo de 1863, se proclama la Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia, con la cual se implementa un modelo federal[162], que obliga a que cada Estado cumpla y ejecute las leyes, la Constitución de la Unión y otras normas, para lo cual dispuso el contenido del artículo 9°, que puede ser considerado como aquel que plasma el principio de la supremacía constitucional[163]:

> *"Artículo 9o.* ***Las autoridades de cada uno de los Estados tienen el deber de cumplir y hacer que se cumplan y ejecuten la Constitución y las leyes de la Unión, los decretos y órdenes del Presidente de ella,*** **y los mandamientos de los Tribunales y Juzgados nacionales.** *En cada uno de los Estados se dará entera fe y crédito a los registros, actos, sentencias y procedimientos judiciales de los otros Estados"*[164] (Negrilla fuera del texto original).

El artículo 72 de la mencionada Constitución mantiene la designación a la Corte Suprema de Justicia como competente para decidir sobre la validez o nulidad de los actos legislativos de las Asambleas de los Estados Federales, respecto de la

[162] QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, Derecho Constitucional Colombiano: de la Carta de 1991 y sus Reformas. Quinta Edición, Editorial Temis S.A., Bogotá D.C. Colombia. p. 7
[163] Ídem.
[164] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia de 1863 [On Line]. [Citado el día 27 de agosto de 2018] Versión en internet en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2212/12.pdf> p. 2.

constitucionalidad o legalidad de estos[165], de la siguiente manera:

> *"Artículo 72.-* ***Corresponde a la Corte Suprema suspender, por unanimidad de votos, a pedimento del Procurador General o de cualquier ciudadano, la ejecución de los actos legislativos de las Asambleas de los Estados, en cuanto sean contrarios a la Constitución o a las leyes de la Unión****, dando, en todo caso, cuenta al Senado para que éste decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos"*[166] (Negrilla fuera del texto original).

Se colige del aparte antes transcrito que la Constitución de 1863 permitió a la Corte Suprema suspender los actos legislativos de las Asambleas de los Estados Federados que resultaren contrarios a la Constitución o a las leyes a través de dos vías. La primera, de oficio, a través de la cual la Corte por unanimidad de votos podía suspender los actos legislativos y la segunda, por petición de cualquier ciudadano o del Procurador General. Esta propuesta resulta innovadora en el Estado colombiano pues, hasta ese momento, ninguna Constitución había conferido esa potestad a terceros.

Puede afirmarse entonces que esta Constitución concede la legitimación por activa al Procurador General y a los ciudadanos para solicitar la suspensión de los actos de los Estados Federados que consideren contrarios a la Constitución o a las leyes, manifestándose de este modo un antecedente de la acción pública para el caso colombiano.

También es posible resaltar que la competencia para realizar el control de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema se encuentra limitada solamente respecto de los actos legislativos de las Asambleas de los Estados Federados más no de los actos nacionales. Otra limitación que tiene la Corte se refleja en que el artículo 72 de la Constitución le impone una segunda instancia a sus decisiones, la cual está en cabeza del Senado, quien debía decidir de forma definitiva sobre la validez o nulidad de dichos actos.

A nivel de los estados federados, hubo varias constituciones que hicieron referencia

[165] DE LA OSSA, Natalia, Control Constitucional, Op cit.
[166] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia. Op cit. p. 212.

al tema. Por ejemplo, el Estado de Panamá, con la Constitución de 1875 asignó a la Corte Superior del Estado la competencia para suspender los Acuerdos Municipales que fueran contrarios a la Constitución o a las leyes nacionales o del Estado Federado. Esta suspensión la realizaba la Corte por solicitud del Ministerio público o de cualquier ciudadano, en todo caso, debía informar la decisión de suspensión a la Asamblea para que esta decidiera definitivamente[167], tal como consta en el artículo 87 numeral 5 de dicha Constitución[168].

Volviendo a las constituciones nacionales, en 1886 se promulga la Constitución Política de la República de Colombia, con 210 artículos permanentes y 15 transitorios[169]. Esta Constitución llama la atención porque no incluye ningún sistema de control de constitucionalidad, tal y como lo habían hecho las anteriores Constituciones.[170] Esto implicó un retroceso en la aplicación del principio de supremacía constitucional que se venía desarrollado históricamente en el ordenamiento jurídico colombiano.

Como consecuencia de lo anterior, el Congreso podía expedir leyes contrarias a la Constitución, asimismo, el Presidente de la República podía declarar el estado de sitio, sin restricción alguna que lo obligara a garantizar el contenido de la Constitución. De igual forma los ciudadanos quedaron sin mecanismo o recurso de impugnación de las leyes contrarias a la Constitución, otro retroceso frente a los planteamientos en términos de control de constitucionalidad por vía de acción pública, que se plasmó en alguna medida en la Constitución de 1863.[171]

Posteriormente, identificada la ausencia de un sistema de control de constitucionalidad en la Constitución de 1886, se expide un año después a su promulgación la Ley 57 de 1887, por la cual se adoptan códigos y unifican la

---

[167] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución Política Del Estado Soberano De Panamá. [On Line]. [Citado el día 12 de junio de 2018] Versión en internet en: <https://www.constitucion.gob.pa/tmp/file/58/1875_CONSTITUCION_ESTADO_SOBERANO_PANAMA.pdf> p. 16.
[168] GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto, La Regulación Constitucional de la Administración de Justicia, [On Line]. Publicado el 5 de septiembre de 2007. [Citado el día 25 de julio de 2018] Versión en internet en: <https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/wp_repo/blogs.dir/cendoj/4-laregulacionconstitucional.pdf > p. 9.
[169] QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, Derecho Constitucional, Op cit. p. 8.
[170] CAMARGO, Pedro Pablo, Crítica a la Constitución Colombiana de 1886, Bogotá D.C., editorial leyer, 1987. p. 59.
[171] CAMARGO, Pedro Pablo, Acciones Constitucionales, Op cit. p. 227

legislación Nacional, y en el artículo 5° plasma el siguiente aparte[172]:

> ***"ARTÍCULO 5o. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.***
> *Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:*
> *1) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general;*
> *2) Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal. Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública"*[173] (Negrilla fuera del texto original).

Este artículo pretendía plasmar el principio de supremacía constitucional sobre las disposiciones legales que fueran incompatibles con esta. Sin embargo, ese mismo año se reforma el artículo antes transcrito con la expedición de la Ley 153 de 1887, por la cual se adicionan y reforman los códigos nacionales, consagrando en el artículo 6º lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO 6o.*** *Una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución. Pero si no fuere disposición terminante, sino oscura ó deficiente, se aplicará en el sentido más conforme con lo que la Constitución preceptúe"*[174]

Puede comprenderse la presunción de toda Ley como constitucional y de este modo ser aplicada en el país[175], de igual forma señala que si se presenta alguna duda frente a una disposición, se aplicará lo que esté de acuerdo al contenido de la Constitución. Nuevamente se acoge el principio de supremacía constitucional.

El artículo antes analizado resultó insuficiente y es derogado con la expedición del Acto Legislativo No. 3 de 1910, que enmienda la Constitución de 1886, con el objetivo de establecer un sistema de defensa judicial de la Constitución Política y

---

[172] Ídem.
[173] CONGRESO, Ley 57 de 1887 [On Line]. [Citado el día 27 de agosto de 2018] Versión en internet en: <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/13848/Ley%2057%20de%201887.pdf?sequence=1&isAllowed=> p. 2.
[174] Ídem.
[175] HENAO HIDRON, Javier, Derecho procesal constitucional, protección de los derechos constitucionales, Segunda edición, Editorial Temis SA. Bogotá D.C. Colombia. 2006. p. 98.

de garantizar su supremacía en el ordenamiento jurídico del país[176].

Mediante el artículo 40 del citado Acto Legislativo se restaura el principio de supremacía constitucional establecido por el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, así:

> "*Artículo 40. –* ***En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales***"[177]. (Negrilla fuera del texto original).

De igual forma, en el artículo 41 del Acto Legislativo No. 3 de 1910 se determina a quien se le confía la guarda de la Constitución[178]:

> *"Artículo 41.-* ***a la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución.*** *En consecuencia, además de las facultades que le confieren esta y las leyes, tendrá la siguiente: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados* ***ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales previa audiencia del procurador general de la nación****"* (Negrilla fuera del texto original).

De este modo, se puede concluir que el transcrito artículo 41 plantea el sistema de control de constitucionalidad que no se propuso en el texto de la Constitución de 1886, y que las Leyes 57 y 153 de 1887 tampoco desarrollaron. Este sistema tenía las siguientes características[179]:

a. Se nombra a la Corte Suprema de Justicia como el guardián de la Constitución, es decir, que se centraliza en un órgano su protección, lo que posteriormente se conoce como el modelo concentrado[180].
b. En el marco de su función como guardián de la Constitución, la Corte Suprema de Justicia es investida con la función de decidir sobre la exequibilidad de los decretos, leyes y actos que se expidan en Colombia.

---

[176] Ídem.
[177] ASAMBLEA NACIONAL DE COLOMBIA, Acto Legislativo No. 3 de 1910, [On Line]. [Citado el día 27 de agosto de 2018] Versión en internet en: <http://suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1825559>
[178] HIDRON, Javier Henao, Derecho Procesal. Op cit, pp. 98-99.
[179] MORENO ORTIZ, Luis Javier, El Sistema de Control de Constitucionalidad en Colombia, [On Line]. Publicado el 3 de julio de 2010. [Citado el día 27 de agosto de 2018] Versión en internet en: <http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v10n19/v10n19a07.pdf> p. 85.
[180] KELSEN, Hans, La Garantía, Op cit. p. 93.

c. Se adopta el principio de la supremacía constitucional, sobre los decretos, leyes y actos que se expidan en País.
d. Con base en el artículo 40 del Acto Legislativo No. 3 de 1910, se instaura un doble procedimiento de control de la Constitución, que funciona de la siguiente manera:

- **Por acción pública:** A través de la cual se establece la posibilidad que tiene cualquier ciudadano para solicitar la declaratoria de inconstitucionalidad de los actos, leyes o decretos que consideren contrarios a la Constitución a la Corte Suprema de Justicia, que previamente escucha al Procurador General de la Nación, quien actúa como líder del Ministerio público y representante de los intereses de la sociedad.

  Lo anterior implica, por un lado, que esta participación del Procurador muestra cómo el Acto Legislativo retoma de alguna manera el sistema de control de constitucionalidad establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia de 1863[181] y, por otro lado, que la acción propuesta en el Acto Legislativo dota al ciudadano de un instrumento que fortalece la democracia y que permite a los ciudadanos participar del control de constitucionalidad de las normas[182].

  Una vez la Corte Suprema de Justicia analiza la solicitud realizada por el ciudadano, la decisión que toma tiene efectos generales o *erga omnes*; lo que otorga seguridad jurídica para el ordenamiento[183].

- **Por vía de excepción:** Por medio de la excepción se brinda a los jueces una herramienta para garantizar la supremacía constitucional en los casos concretos en los cuales alguna norma resultara contraria a la Constitución. Lo anterior, con el fin de inaplicar las leyes incompatibles

[181]ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia de 1863, Artículo 72 [On Line]. [Citado el día 27 de agosto de 2018] Versión en internet en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2212/12.pdf> p. 212.
[182] MORENO ORTIZ, Luis Javier, El sistema de control de constitucionalidad en Colombia, Op cit. p. 85.
[183] HIDRON, Javier Henao, derecho procesal. Op cit, p. 98.

con la Constitución, sin embargo, en este caso, los jueces toman la decisión con efectos particulares o *inter partes*[184].

Lo anterior es posible deducirlo considerando que, en el sistema propuesto y desarrollado para los jueces, estos no perdían su competencia para defender la Constitución en los casos concretos que tuviera a su cargo, razón por la cual, con lo descrito en el Acto Legislativo, vincula activamente a los jueces a la defensa de la Constitución[185].

Como se puede ver, la acción pública de inexequibilidad, instaurada en 1910 en Colombia, surge 19 años antes de los planteamientos realizados por Hans Kelsen en su modelo de control concentrado de constitucionalidad europeo en 1929[186].

En cuanto a la excepción de inconstitucionalidad que es considerada *"una modalidad de desaplicación normativa"*[187] que defiende la Constitución, surge en Colombia con este Acto Legislativo de 1910, basada en los planteamientos del modelo de revisión judicial norteamericana y en el procedimiento de control difuso[188].

Posteriormente, con la revisión constitucional del año 1945 se expide el Acto Legislativo No. 1, a través del cual se regula la acción pública de inconstitucionalidad o inexequibilidad, se reafirma lo dispuesto en el artículo 40 del Acto Legislativo de 1910[189], de la siguiente manera:

> *"***Artículo 54.** El artículo 148 de la Constitución quedará así: *"Artículo 148. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales"*[190].

[184] Ídem.
[185] CAMARGO Pedro Pablo, Acciones Constitucionales. Op cit, p. 229.
[186] FERNANDEZ SEGADO, Francisco, el Sistema Constitucional Español. Madrid, Ed. Dykinson, 1992. p. 1035.
[187] HIDRON, Javier Henao, derecho procesal. Op cit, p. 102.
[188] Ídem.
[189] CAMARGO, Pedro Pablo, Acciones Constitucionales Op cit, p. 228
[190]CONGRESO DE COLOMBIA**,** Acto Legislativo 1 de 1945, [On Line]. [Citado el día 28 de agosto de 2018] Versión en internet en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1824969>

Al comparar el texto de los dos Actos Legislativos se puede determinar que esta modificación sólo incorpora una coma después de la palabra ley. Conservando el espíritu de lo ya establecido en 1910. Adicionalmente, en 1945 se modifican los siguientes términos de la acción pública de inconstitucionalidad[191]:

a. Se modifica el artículo 41 del Acto Legislativo No. 3 de 1910, el cual queda así:

   "Artículo 53. El artículo 147 de la Constitución quedará así:
   ARTÍCULO 147. A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, o sobre todas las leyes o decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 69 y el artículo 117 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.
   En las acciones de inexequibilidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación"[192].

   Es decir, se hace evidente que se mantiene la designación de la Corte Suprema de Justicia como guardián de la Constitución y, en consecuencia, su función de decidir sobre la exequibilidad de las normas.

b. Se adiciona a la competencia de la Corte Suprema de Justicia la revisión de las normas que dicta el Gobierno en el marco de sus funciones de suscribir contratos, hacer negociaciones o vender bienes del Estado, dentro de lo prescrito en la Constitución, así como de las normas que el Presidente expida en uso de sus facultades extraordinarias, pues también deben estar en coherencia con la Constitución. Esto significa que se determinan los decretos gubernamentales que son susceptibles de ser acusados ante la Corte Suprema por cualquier ciudadano.

---

[191] HIDRON, Javier Henao, Derecho Procesal Constitucional. Op cit, p. 99.
[192] CONGRESO DE COLOMBIA**,** Acto Legislativo 1 de 1945, [On Line]. [Citado el día 28 de agosto de 2018] Versión en internet en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1824969>

c. Los demás decretos de carácter administrativo, que tengan algún indicio de contradicción con la Constitución, eran remitidos para conocimiento al Consejo de Estado aplicando la competencia residual.

La aplicación de la excepción de inconstitucionalidad también estuvo marcada por los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, la cual, por ejemplo, en decisión del 25 de marzo 1961 estableció la diferencia entre acción y excepción de inconstitucionalidad, así:

> "***La Constitución simplemente autoriza oponer, en un caso concreto, la excepción de inconstitucionalidad. El fallo que decide sobre la acción de inexequibilidad solo puede ser pronunciado por la Corte en pleno y tiene efectos erga omnes****; en cambio, para decidir sobre la excepción referida es competente cualquier funcionario con jurisdicción, que deba aplicar la ley,* ***y solo tiene efectos en relación con el caso concreto en donde el conflicto surge"***[193]

Otro pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia se da a través de la sentencia del 23 de abril de 1970, que concluye:

> *"**En la hipótesis del artículo 214, se reconoce una acción pública. En el artículo 215, se consagra una excepción para situaciones o litigios determinados o se trazan pautas para efectos de aplicación de la ley en los mismos.** En todas estas circunstancias se trata de un fenómeno de interpretación, que se traduce en primacía de normas constitucionales sobre textos de ley."*[194]

Para la Corte Suprema de Justicia era clara la diferencia entre la acción pública de inexequibilidad y la excepción de inconstitucionalidad, pues le atribuye las siguientes características a cada una:

ACCIÓN PÚBLICA DE INEXEQUIBILIDAD	EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD
1. Opera para todos los casos y en forma general.	1. Opera en un caso concreto

[193] CAMARGO, Pedro Pablo, Acciones Constitucionales. Op Cit., p. 228
[194] ídem.

2. Para emitir el fallo que decide la acción pública de inexequibilidad se requiere que la Corte en pleno lo realice.	2. Para emitir el fallo que decide la excepción de inconstitucionalidad es competente cualquier funcionario con jurisdicción y con el deber de aplicar la Ley
3. El fallo que decide la acción pública de inexequibilidad tiene efectos *erga omnes* o generales.	3. El fallo que decide la excepción de inconstitucionalidad tiene efectos *inter partes* o para el caso concreto.

Fuente: sentencias del 25 de marzo 1961 y del 23 de abril de 1970, proferidas por la Corte Suprema de Justicia

En 1968, se profiere el Acto Legislativo No. 1[195], a través del cual se enmienda nuevamente la Constitución de 1886 y se optimiza el sistema judicial de defensa de la Constitución, con el propósito de mejorar el trabajo de la Corte Suprema de Justicia, creando la Sala Constitucional de esta Corte, encargada de presentar ante la Sala Plena los proyectos de sentencia en materia de inexequibilidad e integrada por magistrados especialistas en derecho público[196].

Este Acto Legislativo modifica el artículo 214 de la Constitución Nacional, a través del artículo 71, así:

> *"**Artículo 71.** El Artículo 214 de la Constitución Nacional quedará así:*
>
> *A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes:*
>
> *1º. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación;*
>
> *2º. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de todas las leyes y los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los Artículos 76, ordinales 11 y 12, y 80 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.*
>
> *En las acciones de inexequibilidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación. En los casos de los Artículos 121 y 123, cualquier ciudadano puede*

[195] CONGRESO DE COLOMBIA**,** Acto Legislativo 1 de 1968, [On Line]. [Citado el día 28 de agosto de 2018] Versión en internet en: < http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1825156>
[196] HIDRÓN, Javier Henao, Derecho Procesal Constitucional. Op cit., p. 100.

intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de los decretos a que ellos se refieren.

La Corte Suprema de Justicia cumplirá estas funciones en Sala Plena, previo estudio de la Sala Constitucional compuesta de Magistrados especialistas en Derecho Público.

El Procurador General de la Nación y la Sala Constitucional dispondrán, cada uno, de un término de treinta días para rendir concepto y ponencia, y la Corte Suprema de Justicia de sesenta días para decidir. El incumplimiento de los términos es causal de mala conducta que será sancionada conforme a la ley."[197].

De esta modificación se puede concluir que se mantuvo la guardia de la Constitución en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, sin embargo, se diseñó una Sala Constitucional especializada en el estudio de los temas de inexequibilidad. Adicionalmente, la Sala Constitucional y el Procurador General de la Nación tenían un término de 30 días para analizar el tema, conceptuar y presentar la respectiva ponencia. Y una vez se tenía la ponencia, la Corte Suprema contaba con el doble de este término para decidir definitivamente. Respecto de la acción pública, se mantuvo esta facultad para cualquier ciudadano que estuviese interesado en solicitar la declaratoria de inexequibilidad de una norma que consideraba contraria a la Constitución.

En 1991, se promulga en Colombia la nueva Constitución Política, que mantiene un sistema de defensa judicial de la Constitución y crea la Jurisdicción Constitucional en cabeza de la Corte Constitucional, corporación a la cual se le traslada la competencia que tenía la Corte Suprema de Justicia y se le encarga la guarda de la Constitución. Plasmándolo en el artículo 241, así:

"Artículo 241. *A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo".*

Tanto en esta Constitución como en las reformas de la Constitución de 1886, se propone un sistema híbrido de control de constitucionalidad, basado en el principio

[197] CONGRESO DE COLOMBIA**,** Acto Legislativo 1 de 1968, Op cit.

de supremacía constitucional, el cual implica la procedencia de dos tipos de control, el concentrado y el difuso[198].

El control concentrado de la Constitución es realizado por dos corporaciones; por un lado, la Corte Constitucional, ejerce el control directo pronunciándose sobre las normas que son demandadas por inconstitucionales por parte de los ciudadanos, así mismo es competente para revisar la constitucionalidad de los proyectos de ley aprobados por el Congreso, Decretos de estado de sitio, mecanismos de participación ciudadana y tratados internacionales[199], tal como el artículo 241 de la Constitución lo detalla.

Las sentencias que profiere la Corte Constitucional contienen efectos al futuro, salvo que en la misma sentencia la Corte determine lo contrario[200]; de igual forma, frente a estas sentencias no son procedentes los recursos, puesto que son proferidas por el órgano del cierre de la Jurisdicción Constitucional[201]. Es decir, que estas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada constitucional[202], como se explica en el artículo 46 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

Por otro lado, el Consejo de Estado, a pesar de ser el órgano supremo de la jurisdicción contencioso administrativa, como lo dispone la Constitución en el numeral 1 del artículo 237, tiene el deber de preservar la Constitución y le atribuye la competencia de carácter residual[203] para decidir sobre *"2. Las acciones de nulidad*

---

[198] CERRA NOLASCO, Eduardo, el control de constitucionalidad análisis de la doctrina de la Corte en 10 años de vigencia constitucional, [On Line].Publicado en: Revista de derecho de la Universidad del Norte, vol II, 2001 [Citado el día 15 de julio de 2018] Versión en internet en: <http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/16-2/9_El_control_de_constitucionalidad.pdf> p. 167.

[199] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución Política de Colombia 1991, Artículo 241, [On Line]. [Citado el día 2 de septiembre de 2018] Versión en internet en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf> p. 75.

[200] HIDRON Javier Henao, Derecho Procesal. Op cit., p. 103.

[201] ídem.

[202] CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 270 de 1996, Artículo 46, Estatutaria de la Administración de Justicia, [On Line]. [Citado el día 2 de septiembre de 2018] Versión en internet en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_col_ley_270_sp.pdf> p. 12.

[203] CONSEJO DE ESTADO, Sala plena de lo Contencioso Administrativo, Ponencia del Magistrado: Oswaldo Giraldo García. Radicación No. 11001031500020080125500. 2018.

por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional"[204].

Lo anterior implica que, respecto del control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional tiene la competencia principal y más amplia, mientras que el Consejo de Estado posee una competencia residual respecto de aquellos decretos que no son de conocimiento de la Corte Constitucional[205].

Cuando la Corte Constitucional o el Consejo de Estado emiten sus pronunciamientos a través de las sentencias, estas tienen efectos generales, es decir, *erga omnes*[206]. Ello significa que se declara la inaplicación definitiva o condicionada de una norma que, luego de ser analizada, resulta contraria a la Constitución[207].

De igual forma, este sistema también contempla un control difuso de la Constitución, que implica que, además de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, todos los jueces, magistrados y autoridades que ejerzan la jurisdicción deben ser garantes de la supremacía de la Constitución y se les otorga la potestad de inaplicar en un caso concreto una norma o acto que resulte contrario a la Constitución[208]. Es decir, que, bajo este esquema de control, se dota a los jueces, magistrados y autoridades administrativas con el deber de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, como lo plasma el artículo 4º de la Constitución.

La Constitución Política de 1991, incorpora la posibilidad de proteger la Constitución a partir de dos vías, que ya se venían aplicando en el sistema propuesto por los Actos legislativos previos a esta Constitución:

---

[204] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución Política de Colombia de 1991, Numeral 2 del artículo 237, [On Line]. [Citado el día 2 de septiembre de 2018] Versión en internet en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf> p. 80.
[205] CONSEJO DE ESTADO, Sala plena de lo Contencioso Administrativo, Ponencia del Magistrado: Oswaldo Giraldo García. Radicación No. 11001031500020080125500. 2018.
[206] CAMARGO, Pedro Pablo, Acciones Constitucionales. Op Cit., p. 228
[207] ídem.
[208] HIDRÓN Javier Henao, Derecho Procesal Constitucional. Op cit., p. 103.

a. Por vía de acción, se incorpora en el artículo 242 de la Constitución como derecho fundamental de los ciudadanos la facultad de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.[209]
b. Por vía de excepción, se impone en el artículo 4º de la Constitución a todos los jueces y autoridades el deber de garantizar la supremacía constitucional[210]. Es decir, que oficiosamente o a solicitud de parte los jueces deben adelantar la excepción según sea procedente, en el caso concreto.

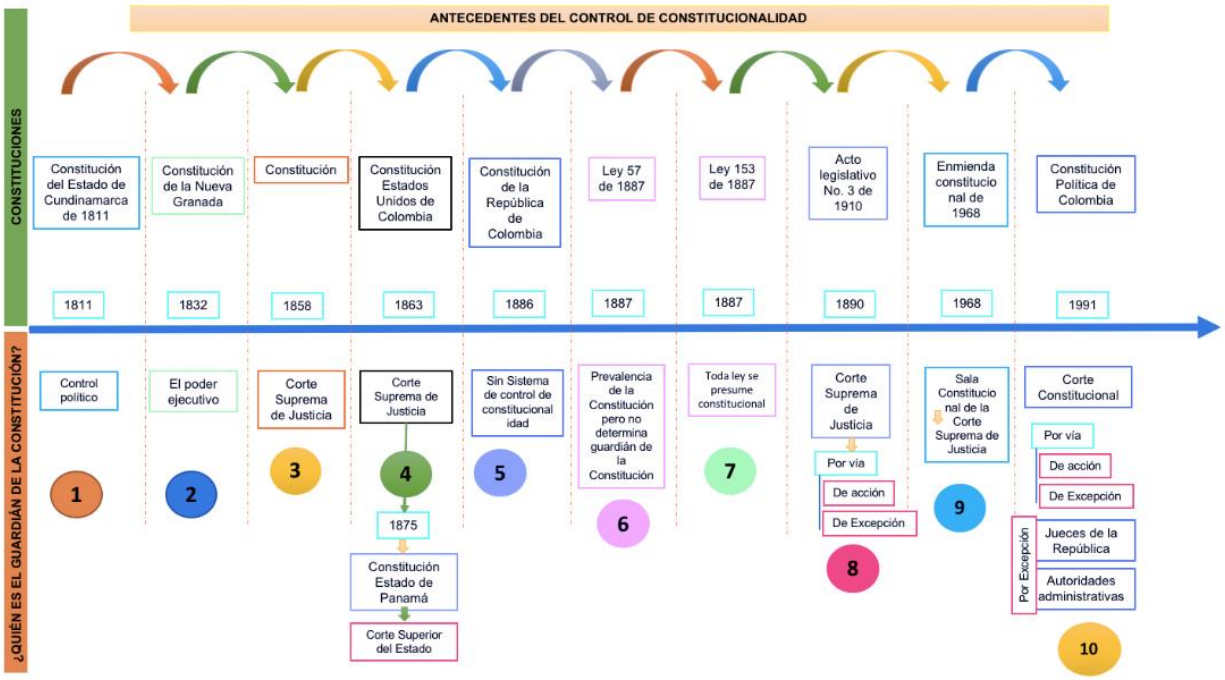
Finalmente, es preciso indicar que en el actual sistema de control de constitucionalidad la Procuraduría General de la Nación, como director del Ministerio Público y según el numeral 5 del artículo 278 tiene la función de: *"5. Rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad"*[211], limitando de esta manera las funciones de esta entidad dentro del sistema de control de constitucionalidad, pero sin prescindir de su intervención que tuvo su primera manifestación en la Constitución de 1963 y posteriormente en el Acto Legislativo No. 3 de 1910.

Por lo tanto, se puede afirmar que se presenta un cambio considerable en el sistema de control que se venía implementado en Colombia, se dota a más autoridades de la facultad y el deber de verificar que las normas que aplican en el día a día sean coherentes con el contenido de la Constitución y con la confluencia de dos tipos de controles en mismo sistema.

A continuación, se esquematizan las Constituciones de Colombia que han plasmado algún antecedente respecto de la supremacía constitucional y, en consecuencia, del guardián de la Constitución por vía de la revisión constitucional de las normas.

[209] CERRA NOLASCO, Eduardo, el control de constitucionalidad, Op cit.
[210] CAMARGO, Pedro Pablo, Críticas. Op Cit., p. 230.
[211] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución Política de Colombia de 1991, Numeral 5 del artículo 278, [On Line]. [Citado el día 2 de septiembre de 2018] Versión en internet en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf> p. 96.

Cuadro: Antecedentes del control de constitucionalidad.



Fuente: Esquema creado a partir de la información plasmada en el presente capítulo.

3.2. PLANTEAMIENTOS JURISPRUDENCIALES RESPECTO DE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA.

En el presente título se realiza un recuento de las reglas jurisprudenciales más destacadas que ha expuesto la Corte Constitucional en sus sentencias y autos, respecto de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

La Corte Constitucional mediante la sentencia T - 614 de 1992[212] precisa que en Colombia, desde el Acto Legislativo No. 03 de 1910 y hasta la entrada en vigencia de la Constitución de1991, se ha distinguido la acción pública de inconstitucionalidad y la excepción de inconstitucionalidad, explicando que la acción se encuentra consagrada en el artículo 241 de la Constitución y tiene como objetivo asegurar la integridad y supremacía de la Constitución, mientras que la excepción

[212] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T – 614 del 15 de diciembre de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

está establecida en el artículo 4º de la Constitución y se presenta cuando se determina la incompatibilidad entre una norma y la Constitución en casos concretos, en los cuales no se determina el ajuste de la norma a la Constitución sino la aplicación de la misma al caso particular[213].

En la mencionada sentencia también se manifiesta que cuando los jueces aplican la excepción de inconstitucionalidad no pueden fallar basados en su conveniencia, deseo o voluntad, sino que debe realizar un análisis en el que prevalezca *"la presunción de constitucionalidad"*[214]. Sin embargo, esta presunción puede ser desvirtuada conforme lo indicado en el artículo 4º de la Constitución, generando la prevalencia de la Constitución e inaplicando las normas incompatibles.

La Corte resalta en la sentencia T - 614 de 1992 que el elemento esencial para que sea procedente la excepción de inconstitucionalidad es que exista "*incompatibilidad*"[215], para lo cual acude al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española para definir este concepto como *"repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí*"[216]. Asimismo, explica la Corte Constitucional que la excepción sólo puede ser procedente cuando hay una contradicción u oposición con los mandatos de la Constitución.

Con esta misma línea argumentativa, la Corte Constitucional reitera en la sentencia C-434 de 1992, que el artículo 4° de la Constitución habilita a los jueces para inaplicar una norma en casos concretos, cuando esta sea contraria a la Constitución[217], de igual forma en esta sentencia la Corte precisa que la Constitución Política designa a la Corte Constitucional como el órgano supremo y especializado para la realización del control de constitucionalidad[218], así mismo, facultó con la competencia residual al Consejo de Estado para realizar el control de ciertos actos que no se encuentran

[213] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T – 614 del 15 de diciembre de 1992. Op cit.
[214] Ídem.
[215] Ídem.
[216] Ídem.
[217] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-434 de 1992. M.P. Magistrado Fabio Morón Díaz.
[218] Ídem.

en la órbita de la Corte Constitucional. De igual manera, otorgó a las autoridades administrativas y a los jueces el deber de garantizar la prevalencia de la Constitución.

En la Sentencia T-006-1994, la Corte Constitucional enfatiza que el artículo 4º de la Constitución es el fundamento de la excepción de inconstitucionalidad y aclara que esta Corte tiene la facultad para inaplicar una norma contraría a la Constitución en un caso concreto, a pesar de que la norma no se hubiese declarado inexequible[219]. En este escenario precisa la Corte que el objeto de la excepción no es anular una norma sino inaplicarla en el proceso establecido y no requiere que sea desarrollada por un tribunal especial, sino que puede ser atendida por cualquier Juez de la República[220].

En 1996 la Corte Constitucional profiere la Sentencia T-669, a través de la cual se establece como regla que cuando un juez aplica una norma con el mismo contenido de otra que ya ha sido declarada inexequible vulnera la Constitución y está obligado a aplicar la excepción[221]. Si el juez decide no inaplica la norma en esta situación, debe acreditar las razones que muestren que la norma tiene algún aparte diferente que justifica su consideración. Pero si el juez no justifica las razones de su decisión apartada del fallo de inexequibilidad de la norma, se configura de pleno la vía de hecho por la no aplicación de la excepción de inconstitucionalidad[222].

Posteriormente, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-600-1998 reitera y explica la diferencia entre la acción pública de inconstitucionalidad y la excepción de inconstitucionalidad[223] en el mismo sentido en el que se había desarrollado en la sentencia T - 614 de 1992. De igual forma, distingue la competencia principal que tiene la Corte Constitucional y la competencia residual ante las acciones de nulidad por inconstitucionalidad en cabeza del Consejo de Estado. En cuanto al

[219] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-006 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa
[220] ídem
[221] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-669 de 1996. M.P Alejandro Martínez Caballero.
[222] Ídem.
[223] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-600 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

artículo 4º de la Constitución, la Corte, en la citada sentencia, expone que los efectos de las decisiones de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad son "*inter partes*", es decir, que no ocasionan consecuencias en abstracto[224]. Así mismo, recopila la regla ya descrita en las anteriores sentencias que consiste en que cuando ya exista pronunciamiento con efectos generales los jueces deben estarse a lo que ya se resolvió.

Asimismo, la sentencia C-600 declara exequible el artículo 20 de la Ley 393 de 1997, *"por la cual se desarrolla el artículo 87 (*acción de cumplimiento*) de la Constitución Política"*[225], que señala:

> ***"ARTÍCULO 20. EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD. 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.*
>
> ***PARAGRAFO. 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"*[226]*.*

De la norma transcrita, se puede evidenciar la restricción en el uso de la excepción de inconstitucionalidad en el marco de una acción de cumplimiento, puesto que el incumplido no podrá alegar la excepción en su defensa. Sin embargo, en la sentencia que analiza este artículo no se establecieron reglas ni claridades frente al alcance esta norma.

En el año 2000 la Corte Constitucional expide el Auto 085 mediante el cual reitera lo dicho en la Sentencia T-006 de 1994 respecto del artículo 4º de la Constitución, del cual se deriva la *"excepción de inconstitucionalidad"*[227]*,* mecanismo a través del cual

---

[224] Ídem.
[225] CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 393 de 1997. "Por medio de la cual se desarrolla el artículo 87 (acción de cumplimiento) de la Constitución Política".
[226] Ídem.
[227] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Auto 085 de 2000. M.S. Alfredo Beltrán Sierra.

los jueces deben inaplicar una norma que resulta contraria a la Constitución en un caso particular.

Poco tiempo después, la Corte Constitucional, mediante Auto 071 de 2001, indica que cuando en la parte resolutiva de una sentencia se explica la decisión de inaplicar una norma por vulnerar la Constitución, esta decisión tiene efectos "*inter pares*"[228] cuando se presentan simultáneamente las siguientes condiciones: a) Al comparar la norma y la Constitución surge la contradicción inmediata, directa y plausible de la Constitución. b) La Corte Constitucional debe haber interpretado y definido la regla jurídica que debe ser aplicada frente al precepto constitucional que resultó vulnerado, es decir, que existe una regla jurídica que debe ser aplicada. c) La norma inaplicada debe regular temas sobre las cuales la Corte Constitucional esta investida de una especial responsabilidad. d) Las sentencias proferidas por la Corte que unifican jurisprudencia o la reiteran deben ser tenidas en cuenta al momento de decidir inaplicar una norma en el caso concreto[229]. Por lo tanto, al concurrir estas condiciones es obligatorio que se inaplique la norma que es contraria a la Constitución.

Con este Auto se hace énfasis en la obligación de aplicar la excepción de inconstitucionalidad en los casos concretos en los cuales se presente la contradicción de la Constitución por parte de una norma y se desarrolla lo indicado en la sentencia T-669 de 1996.

En el 2001 también se profirió el Auto No. 094 y a través de este se reiteran los requisitos de las decisiones "*inter pares*" expuestos previamente en el Auto 071[230]. Ese mismo año, expide la Sentencia T-522 en la cual se establece que se configura la vía de hecho por no aplicar la excepción de inconstitucionalidad[231].

---

[228] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Auto 071 de 2001. M.S. Manuel José Cepeda Espinosa
[229] Ídem.
[230] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Auto 094 de 2001. M.S. Eduardo Montealegre Lynett
[231] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-522 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

El Auto 015 de 2003, proferido por la Corte Constitucional, señala que el artículo 4º de la Constitución trae inmersa la orden de aplicar la excepción de inconstitucionalidad en caso de existir contradicción entre la norma y la Constitución, asimismo se manifiesta que no existe incompatibilidad entre la competencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional respecto de la capacidad jurídica que tienen para aplicar la excepción de inconstitucionalidad y posteriormente enfatiza en la diferencia que existe entre la acción pública de inconstitucionalidad y la excepción de inconstitucionalidad[232]. En este Auto la Corte desarrollas las siguientes reglas propias de la excepción de inconstitucionalidad: 1) La competencia que tiene asignada la Corte Constitucional y el Consejo de Estado para decidir con efectos inter partes no es un obstáculo para que los jueces puedan aplicar la excepción de inconstitucionalidad válidamente. 2) Con la existencia de sentencias proferidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en las cuales se declara la constitucionalidad de una norma, posteriormente, no podrá alegarse la excepción[233].

En la sentencia T-272 de 2005 la Corte Constitucional establece otra regla para aplicar la excepción de inconstitucionalidad que consiste en que, cuando el juez inaplica una norma en un caso concreto porque ya existe un pronunciamiento con efectos generales emitido por la Corte Constitucional o el Consejo de Estado, el juez está obligado a referenciar la sentencia en donde está la *ratio decidendi* en la cual se fundamentó la inaplicación de la norma[234].

Por medio de la sentencia T-808 de 2007 la Corte Constitucional reconoce y analiza una vez más que la excepción de inconstitucionalidad puede ser aplicada de oficio por el juez o la autoridad administrativa en una decisión con efectos *inter partes*. La Corte afirma que, para que sea procedente la aplicación de la excepción, la contradicción de la Constitución por parte de la norma debe ser “clara y evidente” y

[232] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Auto 015 de 2003. M.S. Marco Gerardo Monroy Cabra
[233] Ídem.
[234] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-272 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

debe estar acompañada de los argumentos que soportan la decisión. Con la aplicación de esta regla se garantiza el principio de confianza en la administración de justicia que implica la seguridad jurídica. En esta sentencia se precisa que la excepción tiene un carácter obligatorio no facultativo[235].

La Corte Constitucional, en sentencia T-485 de 2009 señala que, cuando no exista una sentencia con efectos "*erga omnes*" emitida por el Consejo de Estado o por la Corte Constitucional, cualquier juez o autoridad puede fundamentar la inaplicación de una norma en la excepción de inconstitucionalidad con efectos "*inter partes*" y sin que dicha providencia modifique las sentencias que profieran los jueces en ejercicio de sus competencias[236].

Más adelante, en la sentencia T-103 de 2010 la Corte Constitucional explica que el artículo 4° de la Constitución es el soporte de la excepción de inconstitucionalidad, la cual es entendida "*como la inaplicación que de un canon en un caso concreto, ante la inconstitucionalidad que dicho precepto supone en ese contexto en particular, y por ello sus efectos se circunscriben únicamente al preciso asunto en que se alega*"[237]. La Corte también enfatiza la regla jurisprudencial que se ha venido consolidando a lo largo del análisis de las sentencias que se han presentado en el presente título, respecto de que, cuando se declare la constitucionalidad de una norma, con efectos "*erga omnes"*, aplicar la excepción de inconstitucionalidad es inviable. Por lo tanto, cualquier decisión judicial, incluidas las que provienen de una acción de tutela, deberán ser acompañadas con la sentencia de control abstracto que se dictó.

En el año 2010, la Corte Constitucional también expide la sentencia T- 927 manifestando que la excepción de inconstitucionalidad es procedente a través de la acción de tutela contra providencia judicial que ha desconocido de manera

[235] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-808 de 2007. M.P. Catalina Botero Marino
[236]CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-485 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio
[237] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-103 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

evidente y directa la Constitución[238]. En este escenario, la Corte ha determinado que la violación directa de la Constitución se presenta cuando se presentan algunos de los siguientes presupuestos: 1) Cuando el juez le otorga un alcance a la norma que contradice manifiestamente la Constitución. 2) Cuando la excepción de inconstitucionalidad no es aplicada a pesar de que una de las partes en el proceso lo solicita o cuando su aplicación es evidente a los ojos del juez. 3) Cuando no existe una norma aplicable a los presupuestos fácticos y, a pesar de esto, no se acude directamente a la Constitución[239]. La Corte precisa que estas situaciones enunciadas no son taxativas sino enunciativas.

Un año después, la Corte profiere la sentencia C-122 de 2011, en la cual indica que el sistema de control de constitucionalidad colombiano es mixto, considerando que mezcla el control concentrado de la Constitución, que es ejercido por la Corte Constitucional, con el control difuso que es realizado por cualquier autoridad administrativa, por los jueces y por particulares que aplican una norma a un caso concreto[240]. Adicionalmente, reitera la condición de que el control difuso puede ser aplicado de oficio o por solicitud de una de las partes, razón por la cual la norma que se inaplica en un caso concreto no desaparece del ordenamiento jurídico, sino que la misma continúa siendo válida. Y, finalmente, refiere una regla respecto de que las decisiones proferidas para aplicar la excepción de inconstitucionalidad no son vinculantes para otros que jueces que aplican las normas[241].

Dos años más tarde, a través de la Sentencia SU-132 de 2013, la Corte Constitucional unifica la definición de la excepción de inconstitucionalidad así: *"la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten*

[238] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-927 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
[239] Ídem.
[240] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-122 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
[241] Ídem.

una clara contradicción entre la disposición aplicable a una caso concreto y las normas constitucionales"[242].

En consecuencia, la Corte ratifica que esta herramienta es usada con el objetivo de proteger en los casos concretos los derechos fundamentales que son vulnerados y se ven en riesgo por la aplicación de una norma que de forma clara y evidente contradice el contenido de la Constitución. En este escenario, la Corte señala que, cuando no se utiliza la excepción de inconstitucionalidad y la herramienta era procedente en el caso analizado, se constituye un defecto sustantivo, porque existe una interpretación de la norma omitiendo que resultaba contraria a la Constitución. De este modo se configura la violación de la Constitución y se constituye la causal para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales[243].

En el año 2016 en la Sentencia T- 516 la Corte Constitucional precisa que el operador jurídico debe aplicar preferentemente la Constitución sobre las normas que imponen a los ciudadanos una carga que se convierte en un obstáculo para el goce de sus derechos, fundamentándose de esta manera otra regla para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad[244].

En sentencia T-681 de 2016, esta Corporación enfatiza que la excepción de inconstitucionalidad se origina a partir del artículo 4[245], poniendo en evidencia la aplicación del modelo de control difuso de la Constitución. Reitera que la excepción es una *"facultad-deber que tienen las autoridades para inaplicar una norma y en su lugar hacer efectiva la Constitución"*[246]. Atendiendo este concepto de la excepción de inconstitucionalidad se puede comprender que se trata de una *"herramienta jurídica-política de protección al principio de supremacía constitucional"*[247] a través del cual se inaplica la norma en un caso concreto por ser clara y evidentemente

[242] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU-132 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

[243] Ídem.
[244] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-516 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.
[245] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-681 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio
[246] Ídem.
[247] Ídem.

contraria a la Constitución. La facultad aquí descrita puede ser ejercida de oficio o a solicitud de parte, siempre y cuando se presenten las siguientes circunstancias: 1) No se ha presentado pronunciamiento de constitucionalidad respecto de la norma que se considera contraria a la Constitución en el caso concreto. 2) Si existe un pronunciamiento de constitucionalidad en cuanto a la norma que se considera contraria a la Constitución en un caso concreto la aplicación de la excepción es inviable. 3) Si la norma que se pretende inaplicar en el caso concreto contiene partes de otra norma que ya fue declarada nula o inexequible es procedente la excepción de inconstitucionalidad. 4) La excepción puede ser procedente cuando la norma aplicada al caso concreto vulnera la Constitución, pero en abstracto resulta conforme a la Constitución.

Más recientemente, mediante la sentencia T-613 de 2017, la Corte reitera la jurisprudencia respecto del concepto y alcance de la excepción de inconstitucionalidad y precisa que, a pesar de que los jueces deben referir de manera explícita la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, de no hacerlo y considerar una aplicación implícita la sentencia debe ser ajustada para hacer explícito el uso de la excepción[248].

Finalmente, la Corte Constitucional profirió la sentencia T-215 de 2018, por medio de la cual se recopilan las reglas descritas en la sentencia T-681 de 2016 en relación con que la excepción de inconstitucionalidad procede a petición de parte o de oficio, indicando lo siguiente: a) La norma analizada debe ser contraria a la Constitución. b) No debe existir pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la norma analizada. c) Cuando la norma que está vigente contiene inmersos apartes que reproducen una norma que ya ha sido declarada inexequible por la Corte Constitucional o nula por el Consejo de Estado. d) Dados los presupuestos fácticos del caso en particular, la aplicación de la norma trae como consecuencia que la misma no esté de acuerdo con la Constitución[249].

[248] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-613 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo
[249] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-215 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger

3.3. CRÍTICAS A LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA

La discusión sobre la excepción de inconstitucionalidad en Colombia y su caracterización no han sido pacíficas. Por ello, a continuación se presentan las posturas de algunos autores que han formulado críticas y consideraciones acerca de la misma:

Un primer autor que se ha pronunciado sobre el tema es José Gerardo Rey. En su texto, Rey analiza el control de constitucionalidad en Colombia en el marco de la Constitución Política de Colombia, señalando que dicho control acoge diferentes modalidades de control: por vía de acción y de excepción, previo y posterior, incluso político. Razón por la cual califica el sistema de control como "*complejo, mixto, integral y óptimo*"[250]. Igualmente, enfatiza en que este sistema no es perfecto, pero corresponde y responde a la realidad del país. Sin embargo, manifiesta que este sistema se caracteriza por la falta de reglas precisas que ofrezcan la garantía a las instituciones de la existencia de una articulación y armonía en la aplicación del control de constitucionalidad[251].

Por su parte, Ricardo Zuluaga estima que el sistema de control constitucional colombiano es integral, abierto y complejo, que tiene inmersas diversas formas de control de constitucionalidad dependiendo del órgano que ejecute este control. Sugiere que el tipo de control más complejo del ordenamiento colombiano es el judicial, que está en cabeza de los jueces de todos los niveles que pertenezcan a las jurisdicciones constitucional, ordinaria y contencioso administrativa, que se desarrolla de forma abstracta o concentrada, de manera difusa por vía de la excepción de inconstitucionalidad[252].

---

[250] REY CLAVIJO, José Gerardo, El Control Constitucional en Colombia a Partir de la Constitución de 1991, [On Line]. [Publicado el día 18 de noviembre de 2007] [Citado el día 9 de octubre de 2018] Versión en internet en: <http://www.redalyc.org/pdf/2739/273921002004.pdf> p. 12.
[251] Íbid.
[252] ZULUAGA GIL, Ricardo. El carácter Integral Complejo y Abierto del Sistema Colombiano de Control de Constitucionalidad. Ensayo. [On Line]. [Publicado el día 16 de octubre de 2007] [Citado el día 9 de octubre de 2018] Versión en internet en: <http://www.puj.edu.co/banners/EL_CARACTER_INTEGRAL.pdf>

En cuanto a la excepción, Zuluaga precisa que no es un recurso judicial, sino que se trata de una obligación constitucional oficiosa de los funcionarios públicos y de los jueces, e indica que, para desarrollar la excepción de inconstitucionalidad, no es necesario que exista un proceso, ni que se ejerza una acción; se trata de un sujeto que solicita se respete la supremacía de la Constitución en un caso particular y concreto[253].

De igual forma, admite que la excepción ha tenido dificultades a la hora de ser aplicada y cita, a manera de ejemplo, la duda que durante mucho tiempo estuvo presente en el ordenamiento respecto de cuáles eran los funcionarios que estaban facultados para conocer de la excepción de inconstitucionalidad. De dicha duda se han desarrollado tres puntos de vista: en primer lugar, hay un sector que señala que la excepción debe ser aplicada tanto en los procesos judiciales como en los procesos administrativos y en todo asunto donde se resuelva un derecho[254]. En segundo lugar, están los que manifiestan que la excepción debe ser aplicada por todos los jueces, los funcionarios que están investidos con funciones jurisdiccionales y por las autoridades[255]. En tercer lugar, se encuentra la postura que interpreta la excepción como una herramienta que solamente puede ser usada por jueces, ya que estos son aplicadores de la Ley mientras que las demás autoridades les corresponden cumplir la Ley[256].

Finalmente, Álvaro Echeverri Uruburu manifiesta que el diseño de la justicia constitucional está enmarcado en un control difuso que tiene una herramienta conocida como la excepción de inconstitucionalidad, sin embargo, explica que esta herramienta es de carácter desigual y genera inseguridad jurídica[257].

---

[253] Ídem.
[254] Ídem.
[255] HENAO HIDRÓN, Javier: Panorama del Derecho Constitucional Colombiano, 11ª, Temis, Bogotá, 1998, pp. 144-145.
[256] SÁCHICA APONTE, Luis Carlos: La Constitución y su Defensa, en la Constitución y su Defensa, UNAM, México, 1984. pp. 329-373
[257] ECHEVERRI URUBURU, Álvaro, Problemas Contemporáneos del Control Constitucional en Colombia, [On Line]. [Citado el día 15 de octubre de 2018] Versión en internet en: <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/viewFile/2979/2846> p. 46.

4. LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: UN ANÁLISIS CUANTITATIVO DE SU APLICACIÓN EN COLOMBIA.

En el presente capítulo se desarrolla un estudio cuantitativo[258], que surge con el objetivo de analizar la cuestión de por qué en Colombia los jueces y magistrados hacen un uso poco frecuente de la excepción de inconstitucionalidad, enfrentándola con la realidad de los jueces y magistrados de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa.

Con el fin de lograr la medición de las variables que se encuentran inmersas en la hipótesis, se implementó un instrumento de recolección o medición de datos[259], reflejado en un "*cuestionario*"[260], entendido este como *"un conjunto de preguntas respecto de una o más variables de medición"*[261].

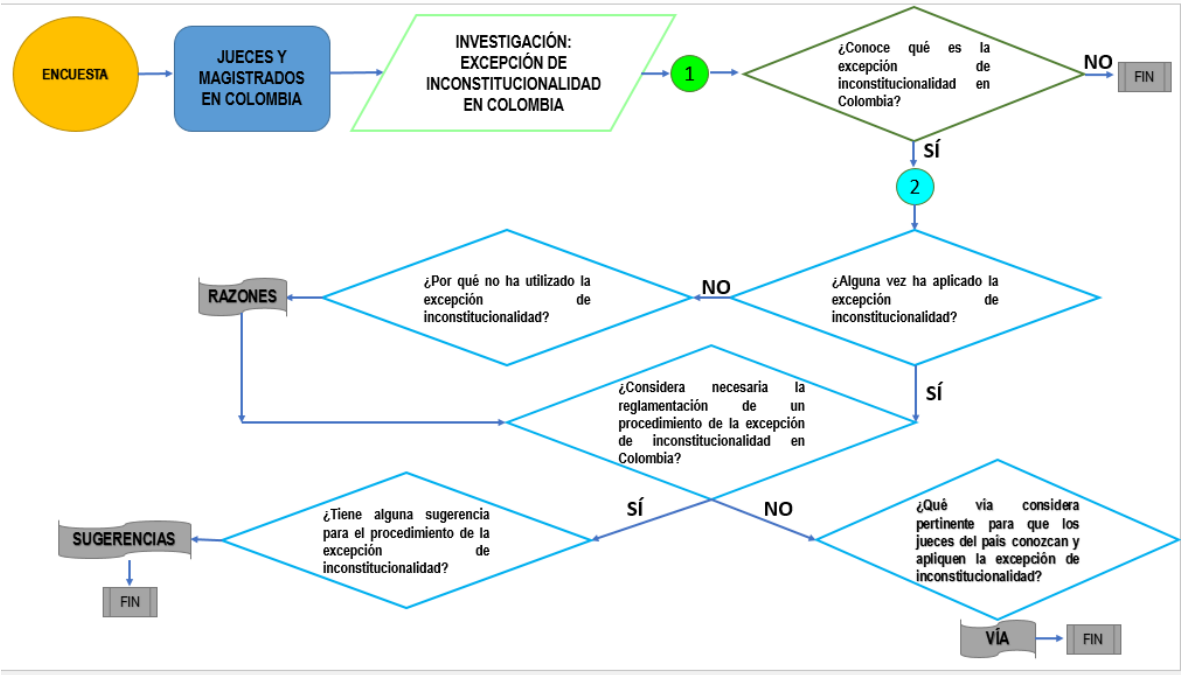
El cuestionario que se desarrolla en el presente estudio cuantitativo contiene seis preguntas respecto de una sola variable de medición, que consiste en establecer cuáles son las razones que tienen los jueces y magistrados en Colombia para usar con poca frecuencia la excepción de inconstitucionalidad. Las preguntas formuladas en el cuestionario son de dos tipos, tres preguntas cerradas con dos posibilidades de respuesta (sí/no) y tres preguntas abiertas con la posibilidad de que cada participante exprese una respuesta diferente.

El cuestionario implementado contiene inicialmente una pregunta de ubicación, que permite identificar al juez o magistrado participante, así mismo contiene las siguientes seis preguntas que se esquematizan en el flujograma atendiendo a las respuestas que proporcione cada participante.

---

[258] HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos, y BAPTISTA LUCIO, María del Pilar, Metodología de la Investigación, Quinta edición, Mc Graw Hill, México D.F. 2010. p. 7.
[259] Ibíd. p. 217.
[260] Ídem.
[261] Ídem.

Cuadro: Flujograma de la encuesta.



4.1. APLICACIÓN DEL CUESTIONARIO

El cuestionario se aplicó de dos maneras, la primera, autoadministrado[262], para lo cual se remitieron 8.041 correos electrónicos a jueces y magistrados de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa con el cuestionario *on line* que se diligenciaba a través de un link en *google forms.* Los correos electrónicos de los jueces se obtuvieron de bases de datos que se encuentran en la página web oficial del Consejo Superior de la Judicatura[263].

De igual manera, se allegaron en físico los cuestionarios a más de 100 juzgados y tribunales de las jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa.

Los cuestionarios enviados por correo electrónico y entregados en físico fueron diligenciados por los participantes directamente.

[262] Ibíd. p. 235.
[263] https://www.ramajudicial.gov.co/web/ley-de-transparencia-y-del-derecho-de-acceso-a-la-informacion-publica-nacional/9

La segunda manera en que se aplicó el cuestionario fue a través de entrevistas personales o telefónicas[264], para lo cual fueron realizadas 100 llamadas telefónicas a juzgados y tribunales en Colombia, con el fin de practicar el cuestionario por esta vía a los jueces o magistrados que accedieran. Así mismo, fueron visitados más de 100 juzgados y tribunales en Colombia, con el fin de practicar en físico las encuestas. En este caso el cuestionario fue diligenciado por el recolector de los datos atendiendo a la información brindada por los participantes.

4.2. SELECCIÓN DE LA POBLACIÓN PARTICIPANTE

Considerando la unidad de análisis definida en el presente capítulo, se delimitó la población objeto del estudio cuantitativo, la cual es definida *"como un conjunto de todos los casos que concuerdan con una serie de especificaciones"*[265]. Para el caso que nos ocupa, la población objeto de estudio estaba conformada por jueces y magistrados de Colombia.

Sin embargo, al delimitar la población se estableció un subgrupo de esta, para determinar "*la muestra*"[266] del estudio cuantitativo, por lo que se identificaron los jueces y magistrados que pertenecen a las jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa.

El Consejo Superior de la Judicatura, en el informe presentado al Congreso de la República de la gestión realizada en la vigencia 2017, señaló que *"Colombia cuenta con 5.423 despachos judiciales permanentes y con 11 jueces por cada 100.000 habitantes"*[267]. Adicionalmente, se establece que existen 5.478 jueces permanentes vinculados laboralmente en Colombia[268].

---

[264] HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos, y BAPTISTA LUCIO, María del Pilar, Metodología, op cit. p. 236.
[265] Ibíd. p. 174.
[266] Ibíd. p. 178.
[267] CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Informe al Congreso de la Republica 2017. [On Line]. [Citado el día 29 de septiembre de 2018] Versión en internet en: https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10240/15989223/Informe+al+congreso+2017.pdf/34fc02b4-4229-480f-8c24-612d1121d7f4
[268] ibíd.

Teniendo en cuenta este dato, se determinó el tamaño de la muestra de la siguiente manera:

Cuadro: Cálculo del tamaño de la muestra[269]

CÁLCULO DEL TAMAÑO DE LA MUESTRA			
TAMAÑO DE LA POBLACIÓN	**NIVEL DE CONFIANZA**	**MARGEN DE ERROR**	**TAMAÑO DE LA MUESTRA**
5.478	95%	5%	360

La elección de los individuos de la muestra calculada es de tipo no probabilística[270], considerando que los individuos de la población a los cuales se les aplicó el cuestionario no fueron elegidos aleatoriamente, sino que correspondió a aquellos jueces que voluntariamente se ofrecieron a responder el instrumento de recolección de datos.

4.3. DESCRIPCIÓN EL CUESTIONARIO.

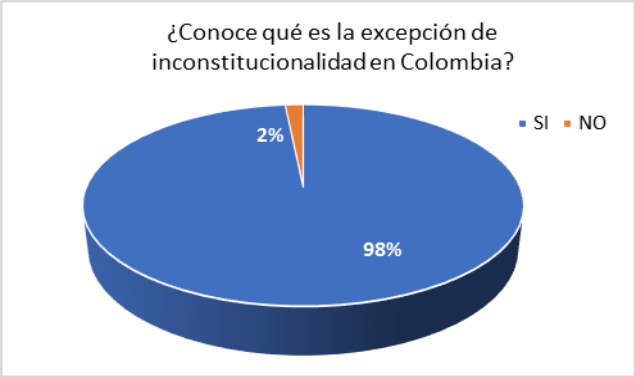
Durante el periodo comprendido entre los meses de marzo a mayo de 2018, se recolectaron 509 cuestionarios, constituyéndose una muestra representativa[271] de la población objetivo; permitiendo generalizar los resultados obtenidos con la aplicación del cuestionario. A continuación, se presentan los resultados y el análisis de cada una de las preguntas:

4.3.1. Análisis de la pregunta No. 1: ¿Conoce qué es la excepción de inconstitucionalidad en Colombia?

Esta primera pregunta del cuestionario es cerrada, con dos opciones de respuesta (sí/no). Se recolectaron 509 respuestas de jueces y magistrados, que se esquematizaron de la siguiente manera:

[269] HERNÁNDEZ SAMPIERI Roberto, FERNÁNDEZ COLLADO Carlos, BAPTISTA LUCIO María del Pilar, Metodología de la Investigación, Quinta edición, Mc Graw Hill, México D.F. 2010. p. 230.
[270] Ibíd. p. 231.
[271] HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos, y BAPTISTA LUCIO, María del Pilar, Metodología, op cit. p. 14.

Gráfica: Pregunta No. 1

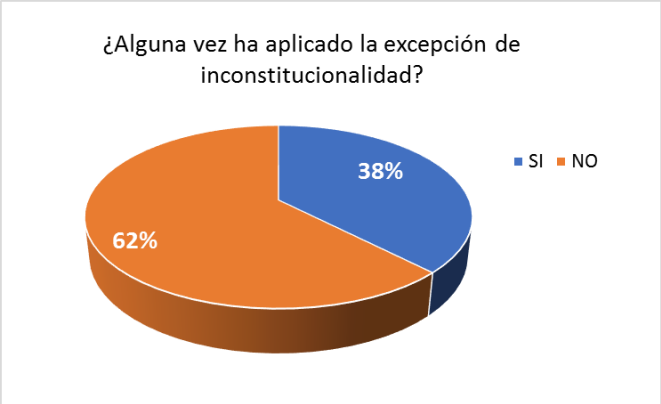


El noventa y ocho por ciento (98%) de los jueces y magistrados participantes manifestaron conocer qué es la excepción de inconstitucionalidad, sin embargo, a pesar de esta respuesta mayoritaria, de la que se puede inferir que los participantes presuntamente saben qué es la excepción, con las respuestas dadas a las siguientes preguntas del cuestionario se puede concluir que, en realidad, muchos de ellos no conocen la herramienta a profundidad.

4.3.2. Análisis de la pregunta No. 2: Si la respuesta a la pregunta número 1 es positiva, responda a la siguiente pregunta: ¿Alguna vez ha aplicado la excepción de inconstitucionalidad?

Esta pregunta del cuestionario es cerrada, se recolectaron 502 respuestas que se graficaron de la siguiente manera:

Gráfica: Pregunta No. 2



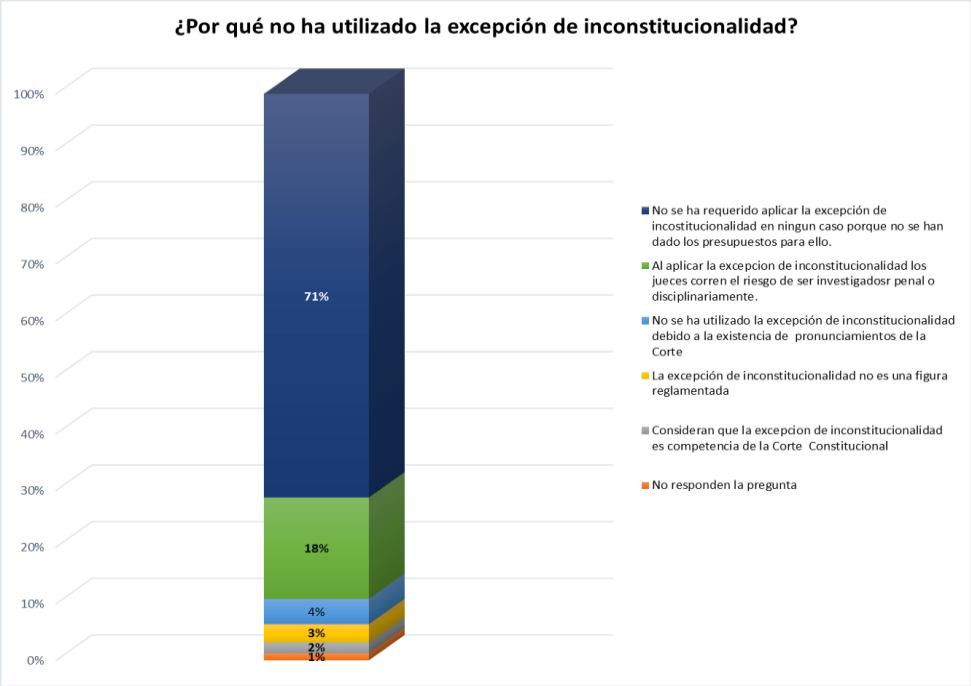
Del gráfico de los resultados se evidencia que el sesenta y dos por ciento (62%) de los jueces y magistrados que afirman conocer la excepción, no ha aplicado la excepción de inconstitucionalidad.

4.3.3. Análisis de la pregunta No. 3: Si la respuesta a la pregunta número 2 es negativa, responda a la siguiente pregunta: ¿Por qué no ha utilizado la excepción de inconstitucionalidad?

Esta pregunta del cuestionario es abierta y se recolectaron 313 respuestas que proporcionaron amplia información de los participantes. Al tratarse de una pregunta abierta, fue necesario codificar las respuestas y categorizarlas, es decir, que a los patrones genéricos de las respuestas dadas por los participantes, se les asignó un símbolo o un valor numérico facilitando la clasificación de las respuestas.

A continuación, se muestra la gráfica de los resultados de la caracterización de las respuestas:

Gráfica: Pregunta No. 3



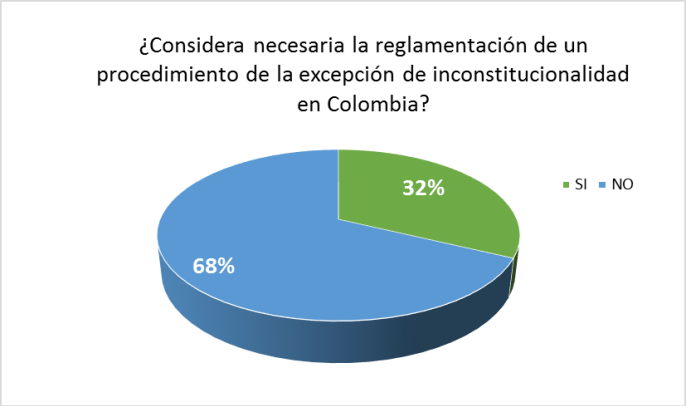
Del gráfico es posible determinar lo siguiente:

1. El setenta y uno por ciento (71%) de los jueces y magistrados que afirman conocer la excepción, manifestaron no haber utilizado la excepción de inconstitucionalidad porque no lo han considerado necesario en ningún caso, es decir, que no se han dado los presupuestos o elementos necesarios para que esta figura jurídica sea procedente.
2. El dieciocho por ciento (18%) de los jueces y magistrados que afirman conocer la excepción, indicaron que no han aplicado la excepción de inconstitucionalidad porque corren el riesgo de ser investigados penal o disciplinariamente. Con esto se pone en evidencia que, entre los jueces, existe cierto temor de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, por lo que no pocos prefieren abstenerse de aplicarla so pena de ser investigados.
3. El cuatro por ciento (4%) de los jueces y magistrados que afirman conocer la excepción, indicaron que se abstienen de aplicar la excepción de inconstitucionalidad porque existen pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto de la norma que se discute en el caso particular.
4. El tres por ciento (3%) de los jueces y magistrados que afirman conocer la excepción, manifestaron que el ordenamiento jurídico colombiano no ofrece seguridad jurídica para aplicar la excepción de inconstitucionalidad objetivamente, puesto que no es una figura reglada, trayendo como consecuencia investigaciones disciplinarias y penales por la aplicación de la excepción.
5. El dos por ciento (2%) de los jueces y magistrados que afirman conocer la excepción, respondieron que no aplican la excepción de inconstitucionalidad porque es de competencia exclusiva de la Corte Constitucional, lo cual pone de presente que existe desconocimiento del significado de la excepción de inconstitucionalidad y del deber de los jueces de aplicarla en los casos que así lo requieran, parece que la confunden con la acción pública de inconstitucionalidad.

4.3.4. Análisis de la pregunta No. 4: ¿Considera necesaria la reglamentación de un procedimiento de la excepción de inconstitucionalidad en Colombia?

Esta pregunta del cuestionario es cerrada, se recolectaron 501 respuestas, que se grafican de la siguiente manera:

Gráfica: Pregunta No. 4



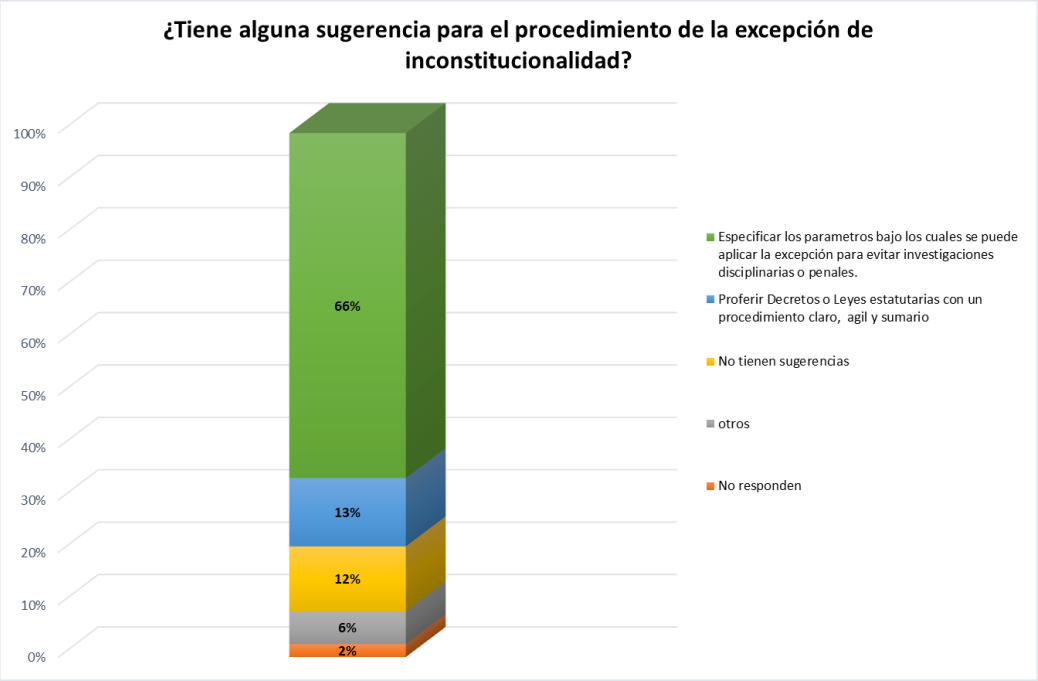
Del gráfico que plasma el resultado puede evidenciarse que el sesenta y ocho por ciento (68%) de los jueces y magistrados que afirman conocer la excepción, no consideran que sea indispensable reglamentar un procedimiento para la excepción de inconstitucionalidad, mientras que el treinta y dos por ciento (32%) respondió que sí considera que en Colombia debería existir un procedimiento para aplica la excepción.

A continuación, se analizan las respuestas de las preguntas que los jueces contestaron como consecuencia de considerar o no necesaria la reglamentación de la excepción de inconstitucionalidad.

4.2.5. Análisis de la pregunta No. 5: Si la respuesta a la pregunta número 4 es afirmativa, responda a la siguiente pregunta: ¿Tiene alguna sugerencia para el procedimiento de la excepción de inconstitucionalidad?

De esta pregunta abierta se recibieron 161 respuestas, que se categorizaron y se graficaron así:

Gráfica: Pregunta No. 5



En el anterior gráfico se observa que el sesenta y seis por ciento (66%) de los jueces o magistrados que consideran necesaria la reglamentación de un procedimiento de la excepción de inconstitucionalidad en Colombia, sugieren que se deben especificar parámetros para aplicar la excepción y de este modo evitar investigaciones disciplinarias o penales.

En estas respuestas se hace latente la preocupación de los participantes por el riesgo al que se exponen, al no contar con elementos que les permita desarrollar la excepción de acuerdo a unas causales objetivas y expresas. Con esta respuesta se confirman los datos de la pregunta No. 3.

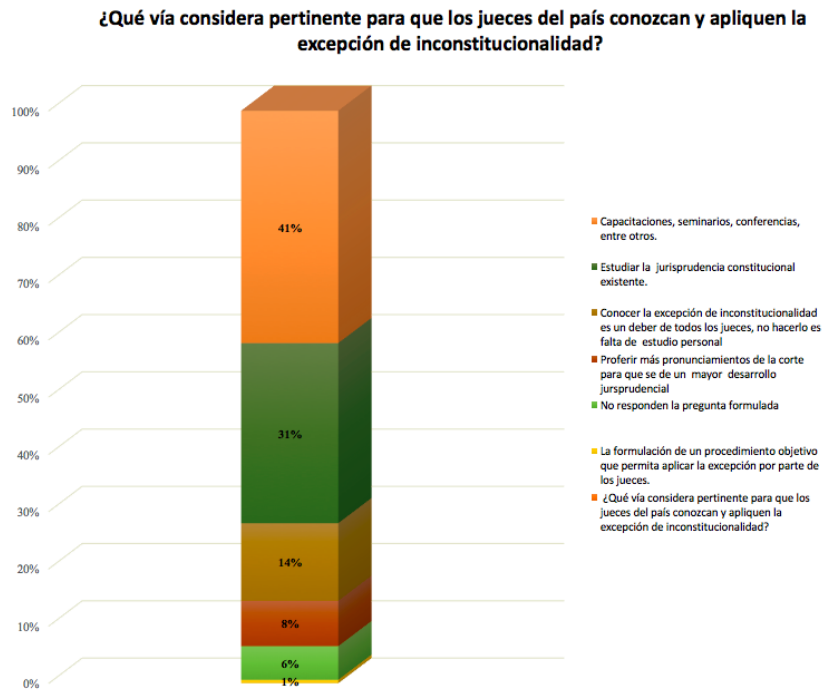
Por otro lado, el trece por ciento (13%) de los jueces o magistrados que consideran necesaria la reglamentación de un procedimiento de la excepción de inconstitucionalidad en Colombia, indicaron como sugerencia para el procedimiento de la excepción de inconstitucionalidad la creación de decretos o leyes estatutarias que contengas un procedimiento claro, ágil y sumario. Frente a esta respuesta, llama la atención que los participantes consideran que el procedimiento de la excepción debe ser similar al usado en la acción de tutela, pues con ello facilitaría a los operadores judiciales tomar la decisión de inaplicación de una norma en un caso concreto.

El doce por ciento (12%) de los jueces o magistrados que consideran necesaria la reglamentación de un procedimiento de la excepción de inconstitucionalidad en Colombia, señalaron no tener ninguna sugerencia respecto del procedimiento de la excepción.

4.2.6. Análisis de la pregunta No. 6: ¿Qué vía considera pertinente para que los jueces del país conozcan y apliquen la excepción de inconstitucionalidad?

Esta pregunta abierta la respondieron 340 participantes, por lo tanto, se procedió a categorizar las respuestas más frecuentes tal como se muestra en la siguiente gráfica:

Gráfica: Pregunta No. 6



De la gráfica antes plasmada es posible determinar que el cuarenta y uno por ciento (41%) de los jueces o magistrados que consideran que no es necesaria la reglamentación de un procedimiento de la excepción de inconstitucionalidad en Colombia, reconocieron que realizar capacitaciones, seminarios o conferencias, constituye la herramienta pertinente para que los jueces conozcan y apliquen la excepción de inconstitucionalidad. Así mismo, sugirieron un plan de capacitaciones por todo el país e incluso la formulación de cartillas con contenido claro que facilite la aplicación de la excepción.

El treinta y uno por ciento (31%) de los jueces o magistrados que consideran que no es necesaria la reglamentación de un procedimiento de la excepción de inconstitucionalidad en Colombia, manifestaron que dados los escasos pronunciamientos de la Corte Constitucional frente al tema, sería de utilidad generar más sentencias que tuvieran un desarrollo jurisprudencial más claro frente a la excepción de inconstitucionalidad.

El catorce por ciento (14%) de los jueces o magistrados que consideran que no es necesaria la reglamentación de un procedimiento de la excepción de inconstitucionalidad en Colombia, dieron por sentado que es un deber de todos los jueces y magistrados conocer y aplicar la excepción de inconstitucionalidad, sin embargo, al contrastar ésta respuesta con la afirmación realizada por los jueces respecto de su temor de aplicar la excepción por las posibles consecuencias penales o disciplinarias, que ello puede traer. Contribuye a que como consecuencia de lo aquí explicado, se corrobore una vez más la pregunta No. 3 del cuestionario realizado.

El ocho por ciento (8%) de los jueces o magistrados que consideran que no es necesaria la reglamentación de un procedimiento de la excepción de inconstitucionalidad en Colombia, señalaron que la vía pertinente para que en Colombia los jueces y magistrados conozcan y apliquen la excepción es que la Corte realice pronunciamientos con un mayor desarrollo teórico en las consideraciones de las sentencias respecto de los parámetros para usar objetivamente la excepción.

Finalmente, el uno por ciento (1%) de los jueces o magistrados que consideran que no es necesaria la reglamentación de un procedimiento de la excepción de inconstitucionalidad en Colombia, sugirió la creación de un procedimiento claro para poder aplicar la excepción de inconstitucionalidad, como la vía que podía garantizar que los jueces y magistrados conozcan la excepción y la apliquen objetivamente en los casos que les corresponde conocer.

4.4. CONCLUSIONES DE LA APLICACIÓN DEL CUESTIONARIO.

a. La hipótesis planteada para realizar el presente análisis cuantitativo, consistió en afirmar que los jueces y magistrados en Colombia usan con poca frecuencia la excepción de inconstitucionalidad, lo cual coincidió con la realidad de los participantes en la aplicación del cuestionario.

b. Con este análisis fue posible evidenciar algunas de las vías o herramientas a través de las cuales se puede propiciar que los jueces y magistrados en Colombia utilicen la excepción de inconstitucionalidad de forma sólida, objetiva y contundente cuando sea necesario.
c. El dos por ciento (2%) de los jueces y magistrados que afirman conocer la excepción la confunden con la acción de inconstitucionalidad, atribuyéndole la competencia absoluta para conocer de estas dos figuras a la Corte Constitucional.
d. Existe un sentimiento de temor en el dieciocho por ciento (18%) de los jueces y magistrados que afirman conocer la excepción, pues consideran que pueden ser investigados disciplinaria y penalmente por sus decisiones, razón por la cual prefieren abstenerse de aplicar esta figura jurídica en los casos que conocen.
e. A pesar de que sesenta y ocho por ciento (68%) de los jueces y magistrados que afirman conocer la excepción, respondieron que no consideran necesario un procedimiento que regule la excepción de inconstitucionalidad, el sesenta y seis por ciento (66%) de los jueces o magistrados que consideran necesaria la reglamentación de un procedimiento de la excepción de inconstitucionalidad en Colombia, reclaman unos parámetros mínimos que les facilite acudir objetivamente a esta figura sin correr ningún riesgo.
f. El cuarenta y uno por ciento (41%) de los jueces o magistrados que consideran que no es necesaria la reglamentación de un procedimiento de la excepción de inconstitucionalidad en Colombia, reconocen que la vía para que estos apliquen y conozcan la excepción de inconstitucionalidad es la realización de capacitaciones o la generación de cartillas que les permitan tener al alcance un elemento de consulta que aclare las dudas que puedan presentarse en los casos concretos. Enfatizan en que es bueno el desarrollo de estos elementos, pues generan que puedan tomar decisiones en un escenario de seguridad jurídica.

4.5. ESTUDIO DE CASO.

El cuestionario desarrollado en la presente investigación fue diligenciado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección segunda, Subsección E, cuyo magistrado manifestó haber aplicado la excepción de inconstitucionalidad proferida en el caso que a continuación se explicará. En visita al Tribunal, se obtuvo la providencia judicial en la cual se aplicó la excepción.

El cuestionario también fue diligenciado por el Juez 47 administrativo del circuito judicial de Bogotá, quien señaló que había aplicado la excepción de inconstitucionalidad; en entrevista con el juez fue posible acceder al contenido de la decisión y por ello se explicará en el presente título.

4.5.1. Caso 1: Tribunal Administrativo de Cundinamarca[272].

El presente caso se trata de la existencia de una norma que establece asignaciones de retiro diferentes para los soldados, oficiales y suboficiales para la liquidación de su pensión, con lo cual se genera un escenario de desigualdad.

El artículo 13 del Decreto 4433 de 2004[273] dispone que la asignación de retiro de los soldados profesionales se liquida exclusamente sobre los porcentajes respectivos aplicados al salario básico y la prima de antigüedad, sin que sea procedente la inclusión de partidas diferentes a las señaladas, como el subsidio familiar. Sin embargo, este mismo Decreto dispone para los oficiales y suboficiales de la fuerza pública que, cuando se liquide su asignación de retiro, sí debe incluirse el subsidio familiar.

[272] Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sentencia de segunda Instancia. Radicado. 22001-63-095-2017-00023. Año 2018.
[273] PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto Nacional 4433 de 2004, “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”.

En este caso, el problema jurídico se basa en la desigualdad que ha generado una norma sobre la liquidación de la asignación de retiro de los soldados y de los oficiales y suboficiales de la fuerza pública.

La sentencia de primera instancia fue proferida por el Juez 24 administrativo del circuito judicial de Bogotá, quien no diligenció el cuestionario aplicado en la presente investigación. No obstante, en el ejercicio académico de verificar si, teniendo los elementos necesarios para inaplicar una parte del decreto 4433 de 2004, acudió a la excepción de inconstitucionalidad, se procedió a analizar esta decisión.

Tras dicho análisis, fue posible verificar que en el contenido de la misma no se hace mención a esta herramienta sino que el Juez falla argumentando que es inaceptable un trato diferenciado entre los oficiales, suboficiales y soldados profesionales, para el reconocimiento del subsidio familiar computable a la asignación de retiro. El fundamento de su decisión consistió en que, a pesar de que el Decreto 4433 de 2004 previó el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de la fuerza pública, partida que no se encuentra en la asignación de los profesionales que devengan un salario inferior, como es el caso de los soldados profesionales, se vulnera el principio de igualdad constitucional, los principios rectores de la Ley 923 de 2004[274], así como la naturaleza jurídica del subsidio familiar.

En este caso, el demandante no solicitó la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad y el juez de la primera instancia no la aplicó de oficio. Por el contrario, resolvió el caso basado en otro argumento, tal y como se expuso anteriormente, por lo cual, en segunda instancia el Tribunal debe adicionar un ordinal a la sentencia de primera instancia, encaminándola jurídicamente a la

[274] CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 923 de 2004, "Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política."

inaplicación de una norma que resulta contraria a la Constitución en el caso concreto.

La tesis que asume el Tribunal en la segunda instancia es confirmar la decisión proferida por la primera instancia, considerando que la norma con base en la cual se liquida y paga la asignación de retiro de los soldados profesionales resulta contraria a la Constitución, en especial al principio de igualdad, ya que se está dando un trato desigual y discriminatorio, sin que medie justificación, a sujetos que se encuentran en una situación fáctica similar.

Por lo tanto, una vez analiza el marco normativo del subsidio familiar, de la asignación de retiro prevista en el Decreto 4433 de 2004, el principio de igualdad y la excepción de inconstitucionalidad, concluyó que debía adicionar un ordinal a la sentencia de primera instancia indicando expresamente: *"INAPLICAR por inconstitucionalidad, en el presente caso, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2003, que excluye como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales el subsidio familiar, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia".*

Puede concluirse que, sin realizar un análisis detallado de la excepción de inconstitucionalidad o de su procedencia, la segunda instancia simplemente aclara en la decisión de primera instancia que la inaplicación de la norma es porque esta resulta inconstitucional para el caso concreto.

4.5.2. Caso 2: Juzgado 47 administrativo del circuito judicial de Bogotá[275]

El presente caso se trata de la existencia de una norma que reconoce el pago de la bonificación judicial a funcionarios de algunas entidades de la rama judicial, sin

[275] Juzgado 47 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sentencia de primera Instancia, Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Radicado. 11001-33-35-047-2016-00353-00. Año 2017.

embargo, a pesar de que esta bonificación se recibe de forma permanente no es tomada como factor salarial por las entidades públicas para liquidar las prestaciones sociales de los funcionarios, creándose de esta manera una vulneración de los derechos de los trabajadores.

El artículo 1º del Decreto 382 del 6 de marzo de 2013[276] y el artículo 1º del Decreto 022 del 9 de enero de 2014[277], reconocieron y regularon el pago de la bonificación judicial a funcionarios de algunas entidades de la rama judicial.

En este caso, a diferencia del anterior caso analizado, el demandante solicita al juez que inaplique en el caso concreto el artículo 1º del Decreto 382 de 2013 y el artículo 1º del Decreto 022 de 2014, en lo que respecta a que constituya únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, por ser contrario a los artículos 1, 2, 25, 39, 48, 53, 55, 56 y 64 de la Constitución.

El problema jurídico que se presenta en este caso es determinar si la regla establecida en los Decretos 382 de 2013 y 022 de 2014 resulta contraria a la Constitución por establecer una condiciones que desmejoran la situación de los trabajadores de este sector.

El juez de primera instancia hace un análisis del concepto y naturaleza jurídica del salario, ligado a los artículos 25 y 53 de la Constitución, la Ley 54 de 1962[278], la Ley 50 de 1990[279], el Decreto 1042 de 1978[280] y varios pronunciamientos del Consejo de Estado. Trayendo como conclusión que los decretos por medio de los cuales el

---

[276] PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto Nacional 382 de 2013, "Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones".
[277] PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto Nacional 022 de 2014. "Por el cual se modifica el Decreto Nacional 382 de 2013".
[278] CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 54 de 1962. "Por la cual se aprueban varios Convenios Internacionales del Trabajo adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo, en las reuniones 20, 32, 34 y 40"
[279] CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 50 de 1990. "Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones."
[280] PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Decreto Ley 1042 de 1978. "Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones".

Gobierno Nacional crea la bonificación judicial para los funcionarios de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, se expidieron como un reconocimiento a estos servidores al derecho de la nivelación salarial que ordenó en su momento la Ley 4 de 1992[281].

En este caso el juez de primera instancia resalta la existencia del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, a través del cual precisa que el gobierno no puede desconocer el salario y darle otra connotación distinta cuanto este constituye una retribución directa por su trabajo. De igual forma, explica el alcance de la excepción de inconstitucionalidad como una herramienta y un deber que tienen los jueces y algunas autoridades administrativas para inaplicar una norma o parte de una norma que resulte contraria a la Constitución, enfatizando que en estos casos los efectos de la decisión son *inter partes*, en el marco del sistema híbrido de control de constitucionalidad de Colombia.

Finalmente, luego de surtir el análisis antes descrito, el juez de primera instancia profiere sentencia fallando: *"Inaplicar por inconstitucional la expresión "constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización del sistema general de pensiones y al sistema general de seguridad social en salud" contenida en el artículo 1° de los Decretos 382 de 2013 y 022 de 2014, en el entendido de que la bonificación judicial debe constituirse en factor salarial para todas las consecuencias legales que comporte".*

Durante la presente investigación se logró acceder a la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, cuyo magistrado también diligenció el cuestionario y confirma la decisión de la primera instancia argumentando que se usó la herramienta adecuada en el caso particular en el que resultan vulnerados los derechos fundamentales de la accionante.

[281] CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 4 de 1992, " mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política".

5. ALTERNATIVAS PARA LA OPTIMIZACÓN DE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Como se mostró en el capítulo anterior, el sesenta y ocho por ciento (68%) de los jueces participantes en el cuestionario manifestaron que no es necesario tener un procedimiento que reglamente la excepción de inconstitucionalidad, pues consideran que existen alternativas para que los jueces la conozcan y la apliquen cuando sea necesario. Por su parte, el cuarenta y uno por ciento (41%) de los participantes en el cuestionario señalaron que la alternativa es la realización de capacitaciones, seminarios o conferencias que permitan conocer al detalle las características de la excepción.

Sin embargo, a pesar de lo antes mencionado el setenta y un por ciento (71%) de los participantes indicaron que no han utilizado la excepción de inconstitucionalidad porque no lo han requerido en ningún caso del cual han tenido conocimiento, mientras que el dieciocho por ciento (18%) de los participantes manifestaron que no han utilizado la excepción pues consideran que se encuentran en riesgo de ser investigados penal o disciplinariamente; dicha insinuación de inseguridad se refleja en que el sesenta y seis por ciento (66%) de los jueces que participaron en el cuestionario indicaron que sugerían especificar los parámetros bajo los cuales se aplica la excepción y, de este modo, evitar investigaciones disciplinarias o penales.

Teniendo en cuenta las posturas presentadas por los jueces, se hace necesario revisar las distintas alternativas que se pueden ofrecer para llenar ese vacío que los jueces han identificado en su conocimiento del tema. En ese sentido, teniendo en cuenta que un alto porcentaje considera que la vía pertinente para solventar esa debilidad es llevar a cabo actividades informativas que refuercen su conocimiento sobre el tema, se pueden plantear aquí algunas propuestas.

Una de las alternativas consiste en proponer que, desde la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” – EJRLB, la cual se encuentra adscrita a la Sala Administrativa del

Consejo Superior de la Judicatura y que tiene como objetivo adelantar las estrategias de capacitación y formación de jueces, magistrados y colaboradores, para fortalecer la administración de justicia en Colombia[282], se desarrolle un programa de capacitaciones que, según lo constatado en este estudio, podría contener algunos de los siguientes ítems:

- Definición del mecanismo de la excepción de inconstitucionalidad en Colombia. E indicación de la importancia de la excepción para materializar los derechos fundamentales y el Estado Social de Derecho.
- Diferencias entre la excepción de inconstitucionalidad y la acción de inconstitucionalidad.
- Presentación de las reglas jurisprudenciales mínimas que existen respecto de la excepción de inconstitucionalidad.
- Indicación de los efectos negativos que trae la no aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, tales como: la inseguridad jurídica, la vulneración del principio de supremacía constitucional, la falta de garantía de los derechos fundamentales y del Estado Social de Derecho.

Así mismo, de manera paralela a las capacitaciones se plantea la alternativa de expedir cartillas o memorias que ayuden a los jueces a tener una herramienta de estudio que les facilite la aplicación objetiva de la excepción en los casos en que sea necesario. Con ello se ofrecería a los jueces un instrumento que les genere un ambiente de seguridad jurídica a la hora de tomar la decisión de inaplicar una norma por resultar contraria a la Constitución en un caso particular.

Respecto de la tercera alternativa se pasará a realizar un análisis teórico-procedimental del derecho comparado que permita establecer cuáles son las características principales de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, para lo cual se hará una revisión de la situación en los siguientes países de América

[282]Campus virtual Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, [On Line]. [Citado el día 19 de octubre de 2018] Versión en internet en: <http://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/>

del Sur: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, ello teniendo en cuenta que dichos países se caracterizan porque su sistema de control constitucional tiene prevista la herramienta de la excepción de inconstitucionalidad de alguna manera.

Posteriormente, con la recopilación de esta información se procederá a formular la tercera alternativa o recomendación que puede ser adoptada para mejorar y garantizar el uso objetivo de la excepción en Colombia.

5.1. APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN AMÉRICA DEL SUR

En el presente título como se enunció anteriormente, se analiza el funcionamiento de la excepción de inconstitucionalidad adoptada en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Dichos países fueron seleccionados considerando que se encuentran ubicados en el subcontinente de América, cuentan con condiciones sociodemográficas similares a las de Colombia y adicionalmente su ordenamiento jurídico contempla la excepción de inconstitucionalidad.

5.1.1. Argentina

Argentina cuenta con un sistema de control constitucional difuso, ya que todos los jueces y tribunales (nacionales y provinciales) están facultados para ejercer el control de la Constitución, sin que esta potestad se encuentre en un fuero constitucional especial[283], es decir, que ningún artículo de la Constitución de Argentina de 1994 señala la existencia y procedencia del control jurisdiccional de constitucionalidad de las normas.

[283] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur, Palestra Editores, Lima Perú. 2006 p.105

En el Estado Federal de Argentina[284] las reglas aplicables en el marco del control difuso de la Constitución se dieron a través de la jurisprudencia que nació con el Caso Sojo de 1987[285], de la cual se extraen las siguientes características[286]:

- Se ejerce de forma exclusiva por la rama del poder judicial, razón por la cual todos los jueces nacionales o provinciales de cualquier jerarquía pueden realizar el control difuso.
- El control se realiza de forma incidental[287].
- En Argentina los jueces nacionales o provinciales pueden declarar "inconstitucional una norma", siempre y cuando una de las partes del proceso lo solicite y tenga concordancia con el tema objeto del litigio[288].
- Los jueces no están facultados para declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en un caso concreto[289].
- El derecho constitucional argentino establece como regla general que, cuando se declara inconstitucional una norma, los efectos de esta decisión son *inter partes*, considerando que se dan en un caso concreto[290].
- El interesado que pretenda que en su caso el juez declare la inconstitucionalidad de una norma está obligado a probar el perjuicio que la norma le ha causado, es decir, que debe mostrar claramente como la norma es contraria a la Constitución y que por ello le causa un agravio[291]. En el expediente del proceso, el juez debe analizar si resulta probada la vulneración de la Constitución por la norma que es aplicable en el caso o

[284] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE de 1994, Constitución de la Nación Argentina, artículo 1, [On Line]. [Citado el día 19 de octubre de 2018] Versión en internet en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/201250.pdf> p. 3.
[285] ídem.
[286] GRILLO, María Florencia, La Inconstitucionalidad en el Régimen Federal, [On Line]. [Citado el día 19 de octubre de 2018] Versión en internet en: <http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/grillo.pdf> p. 6.
[287] GRILLO, María Florencia, La Inconstitucionalidad en el Régimen Federal, Op cit. p. 8
[288] DALLA VIA, Alberto Ricardo, La Justicia Constitucional en Argentina, [On Line]. [Citado el día 7 de noviembre de 2018] Versión en internet en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/viewFile/45555/27073> p. 42.
[289] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Justicia y Tribunales, Op. Cit. p. 106.
[290] RIVERA, Julio César y LEGARRE, Santiago, Los Efectos de la Declaración de Inconstitucionalidad en los Estados Unidos y la Argentina, en: Lecciones y Ensayos, nro. 86, 2009 [On Line]. [Citado el día 6 de noviembre de 2018] Versión en internet en:< http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/14-traduccion-rivera-y-legarre.pdf> p. 324.
[291] DALLA VIA, Alberto Ricardo, La Justicia Constitucional en Argentina, Op.cit. p. 42.

si, por el contrario, se trata de una conjetura que haría inviable la procedencia de la inconstitucionalidad de la norma en el caso concreto.

Si el juez considera probada la vulneración de la Constitución puede en la sentencia inaplicar la norma en el caso concreto, pero si la vulneración es grave y el juez considera que es necesario un pronunciamiento con efectos *erga omnes*, puede acudir a la Corte Suprema a través del recurso extraordinario[292].

- La pretensión de la declaratoria de inconstitucionalidad no puede ser la principal, es decir, que el objetivo de la demanda no debe ser cambiar el régimen normativo, pues de ser así no sería procedente la vía incidental en el caso concreto, sino *la acción declarativa de inconstitucionalidad y el recurso extraordinario*[293] o, en su defecto, el desarrollo de la competencia del legislador.
- En Argentina, la inconstitucionalidad de una norma en un caso concreto se debe declarar por medio de una "*sentencia de condena*"[294], en la cual se reconoce un derecho concreto a favor del impugnante. En este escenario la decisión no tiene efectos fuera del caso y por ello la ley respecto de la cual procedió el control continua vigente.
- Por su parte, la Corte Suprema declara inconstitucionales las normas contrarias a la Constitución, sin embargo, nunca deroga una ley, considerando que cuando se deroga se legisla.
- Así, cuando la norma es declarada inconstitucional por la Corte Suprema, la ley sigue estando vigente hasta que el Congreso la derogue.
- En Argentina, en 1863, se promulgó la Ley 48, a través de la cual se reglamentó en el artículo 14 las causales de procedencia de la apelación de las sentencias proferidas por los Tribunales de Provincia ante la Corte Suprema de la siguiente manera:

[292] Ídem.
[293] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Justicia y Tribunales Constitucionales, Op cit. p. 115
[294] DALLA VIA, Alberto Ricardo, La Justicia Constitucional en Argentina, Op cit. p. 43.

> ***"Artículo. 14. –*** *Una vez radicado un juicio ante los Tribunales de Provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes:*
>
> *1° Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez.*
>
> *2° Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de Provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los Tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.*
>
> *3° Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio".*

El Estado Argentino cuenta con recursos y procesos destinados a garantizar la supremacía de la Constitución, tal como son "*el amparo, la acción declarativa de inconstitucionalidad y el recurso extraordinario"*[295].

5.1.2. Bolivia

Bolivia adopta el modelo de control concentrado de constitucionalidad en cabeza del Tribunal Constitucional Plurinacional[296], que es el órgano especializado encargado del control constitucional de las leyes y que ejerce un control represivo o reparador.

En el Estado Unitario de Bolivia[297], ningún juez está facultado para inaplicar una norma que sea contraria a la Constitución en un caso concreto[298]. Sin embargo, si

[295] GRILLO, María Florencia, La Inconstitucionalidad en el Régimen Federal, Op cit. p. 7.
[296] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Justicia y Tribunales Constitucionales Op cit. p. 117
[297] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución Política del Estado de Bolivia, artículo 1, [On Line]. [Citado el día 20 de octubre de 2018] Versión en internet en: <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf> p. 2.
[298] DURÁN RIBERA, Willman Ruperto, El Recurso Incidental de Inconstitucionalidad, [On Line]. [Citado el día 20 de octubre de 2018] Versión en internet en: <http://www.redalyc.org/pdf/820/82003111.pdf> p. 210.

se presenta alguna duda respecto de la constitucionalidad de una Ley que se debe aplicar en un caso concreto, los jueces deben adelantar *"el incidente de inconstitucionalidad"*[299] ante el Tribunal Constitucional. Esto lo hacen con fundamento en la Ley del Tribunal Constitucional de Bolivia que señala: *"Se presume la constitucionalidad de toda ley, decreto, resolución y actos de los Órganos del Estado hasta tanto el Tribunal Constitucional resuelva y declare su inconstitucionalidad"*[300].

Así mismo, la Constitución de Bolivia, en el artículo 202, señala las funciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, entre las que se encuentran la siguiente: *"Absolver las consultas del Presidente de la República, el Presidente del Honorable Congreso Nacional y el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, sobre la constitucionalidad de proyectos de ley, decretos o resoluciones, o de leyes, decretos o resoluciones aplicables a un caso concreto"*[301]*;* con esta facultad es posible comprender que el control constitucional es ejercido exclusivamente por el Tribunal Constitucional Plurinacional, el cual resuelve con los siguientes mecanismos a través de los cuales se protege la Constitución:

- "*El recurso abstracto o directo de inconstitucionalidad*": Este recurso puede ser presentado por cualquier senador o diputado, el Presidente de la República, el Fiscal o el defensor del pueblo. Este recurso es procedente contra cualquier Ley, Decreto o Resolución que resulte contraria a la Constitución. El recurso abstracto no se vincula a un caso concreto. Las sentencias que se profieren en el marco del recurso abstracto tienen efectos erga omnes[302].

- "*El recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad":* La legitimación por activa para solicitar el recurso indirecto puede darse a petición de parte o de oficio por el juez, autoridad administrativa o tribunal, este recurso es procedente en

[299] Ídem.
[300] DURÁN RIBERA, Willman Ruperto, El Recurso Incidental De Inconstitucionalidad, Op cit. p. 211.
[301] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución Política del Estado de Bolivia, Op cit. p. 95.
[302] DURÁN RIBERA, Willman Ruperto, El Recurso Incidental De Inconstitucionalidad, Op cit. p. 216.

procesos administrativos o judiciales, en los cuales la decisión depende de la constitucionalidad de una Ley, resolución o decreto que sea aplicable al proceso que se analiza[303].

El recurso indirecto es incidental, es decir, que se adelanta de forma accesoria al proceso principal, solamente se tramita cuando el juez considera que, en un proceso en curso, la norma aplicable en dicho caso resulta contraria a la Constitución[304].

El recurso indirecto debe ser solicitado por escrito durante el desarrollo del proceso y debe contener como mínimo los siguientes requisitos, como lo establece el artículo 60 de la Ley del Tribunal Constitucional:

a. El documento debe identificar cual es la ley, el decreto o la resolución que presuntamente es contrario a la Constitución y la respectiva indicación del derecho que ha sido lesionado.
b. Describir el artículo constitucional que se considera afectado.
c. El fundamento de la inconstitucionalidad y la importancia que tiene la norma que se impugna en la decisión del proceso.

El juez determina la admisión del recurso incidental y, con esto, no se suspende el trámite del proceso principal, este debe mantenerse en *"el estado de pronunciarse sentencia"*[305] hasta tanto el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre el recurso. La única causal que puede alegar un juez para rechazar el recurso indirecto es que el tercer presupuesto antes descrito no se configure.

La Ley del Tribunal Constitucional desarrolla el procedimiento judicial o administrativo que debe adelantarse en el marco del recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, de la siguiente manera[306]:

1. El incidente debe ser solicitado en cualquier momento durante el proceso, siempre y cuando se presente antes de que se profiera la sentencia.

[303] Ídem.
[304] DURÁN RIBERA, Willman Ruperto, El Recurso Incidental De Inconstitucionalidad, Op cit. p. 217.
[305] Ídem.
[306] Ídem.

2. Interpuesto el incidente dentro del proceso, se debe correr traslado de la solicitud dentro de las 24 horas siguientes, con el fin de que dentro de los tres días subsiguientes la otra parte debe contestar. Con la contestación o sin ella, durante los tres días siguientes, el juez, autoridad administrativa o el tribunal puede promulgar cualquiera de las siguientes decisiones:

   - Rechazar el incidente porque no se encuentra fundamentado. Supuesto en el cual el trámite del proceso principal debe continuar y resuelve el rechazo elevando una consulta interpuesta de oficio al Tribunal Constitucional, ente que tiene un plazo 24 horas para decidir.

   - Admitir el incidente a través de un auto motivado. En este supuesto se allegan al Tribunal Constitucional las copias pertinentes, para lo cual tiene un plazo de 48 horas. La regla principal consiste en que, admitido el incidente, el proceso principal no se suspende. Sin embargo, el juez no puede emitir sentencia definitiva hasta tanto el Tribunal Constitucional no se pronuncie respecto de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada.

3. El Tribunal Constitucional adelanta procedimientos diferentes atendiendo al tipo de incidente que se pretende resolver, de acuerdo con la decisión de admisión o rechazo tomada por el juez del caso.

   Al ser radicado en el Tribunal el incidente admitido previamente por el juez, pasa a la "*comisión de admisión*"[307] para que se realice el sorteo correspondiente y se seleccione el magistrado relator. Una vez se cuente con magistrado relator, el Tribunal tiene 30 días para pronunciarse.

   Si se trata de un incidente rechazado por el juez, en el Tribunal Constitucional convoca la "*comisión de admisión*"[308] y tiene 10 días para pronunciarse sobre la revocatoria o la aprobación.

[307] DURÁN RIBERA, Willman Ruperto, El Recurso Incidental de Inconstitucionalidad, Op cit. p. 223
[308] Ídem.

4. La sentencia que profiere el Tribunal Constitucional para resolver el recurso incidental de constitucionalidad puede ser declarativa de la constitucionalidad o de la inconstitucionalidad de la norma, de manera parcial o total. Dicha decisión tiene efectos generales.

5. Proferida la sentencia del Tribunal Constitucional, este puede realizar aclaraciones, enmiendas, subsanaciones o complementación de la sentencia si se produce algún error. Este ajuste debe realizarse durante las 24 horas posteriores a la notificación de la resolución.

5.1.3. Brasil

El Estado de Brasil sigue el "*modelo de jurisdicción única*"[309], que significa que no existe una separación o distinción entre la jurisdicción ordinaria y la administrativa. Por ello, la función jurisdiccional es desarrollada por los organismos que integran el poder judicial, enunciados en el artículo 92 de la Constitución. En este Estado federal[310] se implementa un control híbrido de constitucionalidad, que combina el control difuso y el control concentrado[311]. El sistema concentrado de constitucionalidad es desarrollado directamente por parte del Tribunal Supremo Federal, a través de la acción directa de inconstitucionalidad. Mientras que el control difuso es ejercido por cualquier juez que haga parte del poder judicial[312].

En Brasil, el control difuso se materializa a través del control concreto de la Constitución que se presenta de forma incidental y tiene las siguientes características[313]:

[309] VIVEIROS, Mauro, El Control de Constitucionalidad: El Sistema Brasileño Como un Modelo Híbrido o Dual. Universidad complutense de Madrid. [On Line]. [Citado el día 10 de noviembre de 2018] Versión en internet en: <https://eprints.ucm.es/12685/1/T32408.pdf> p. 65.
[310] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución Política de Brasil, artículo 1, [On Line]. [Citado el día 20 de octubre de 2018] Versión en internet en: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/br/br117es.pdf> p. 1.
[311] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Justicia y Tribunales Constitucionales, Op cit, p. 122.
[312] Ídem.
[313] FERREIRA FILHO, Manoel Gongalves, La Justicia Constitucional en Brasil, [On Line]. [Citado el día 11 de noviembre de 2018] Versión en internet en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/artículo/1976246.pdf> p. 15.

- La legitimación por activa para solicitar la inaplicación de una norma en un caso concreto puede la tiene cualquiera de los litigantes dentro del proceso o el juez oficiosamente, quienes lo pueden solicitar en cualquier etapa siempre que la solicitud se presente antes de que el proceso entre en la etapa de fallo o sentencia.
- Cuando la inaplicación de la norma se da de forma oficiosa, esta puede ser adelantada a través del principio denominado "*jura novit curia*"[314], que permite analizar si una norma resulta contraria a la Constitución en los casos particulares que el juez analiza.
- El modelo difuso de control constitucional es la facultad que tienen todos los jueces o tribunales de realizar el control de constitucionalidad y, por ende, pueden declarar en un caso específico que tengan bajo su conocimiento la presunta inconstitucionalidad de la norma.
- En el proceso incidental, las partes pueden solicitar la inaplicación de una ley, decreto o acto administrativo que es contraria a la Constitución federal o estatal, dicha solicitud es accesoria al proceso principal y por ello, al ser alegada, no suspende el proceso principal, ni lo altera. Sin embargo, es preciso aclarar que el proceso que se adelante no puede tener como causa principal la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma, pues de ser así la excepción de inconstitucionalidad es improcedente[315].
- El interesado debe sustentar y demostrar en el escrito que presente en desarrollo del proceso que la presunta contrariedad de la norma al texto constitucional es el presupuesto lógico que soluciona el problema planteado en el caso.
- El juez o el tribunal debe analizar la excepción de forma preliminar a la sentencia de primera o de segunda instancia y plasmar la decisión de procedencia o no de la inaplicación de la norma en el caso particular.
- En el sistema de control constitucional brasileño, el juez debe tomar una decisión de fondo frente a la inaplicación de la norma en el caso concreto,

[314] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Justicia y Tribunales Constitucionales Op cit. p. 122.
[315] VIVEIROS, Mauro, El Control de Constitucionalidad: El Sistema Brasileño Como un Modelo Híbrido o Dual. Universidad complutense de Madrid, Op cit. p. 66.

sin embargo, puede acudir al Tribunal Supremo Federal a través del recurso extraordinario cuando se presentan causas para extraer la norma del ordenamiento jurídico por completo. Caso en el cual tampoco se suspende el proceso[316].

- El juez o tribunal decide la excepción de inconstitucionalidad en la sentencia, en la que también resuelve el caso de fondo. Los efectos de esta decisión son *inter partes*.
- Si las partes están en desacuerdo con la decisión del juez pueden recurrir la decisión, por medio del recurso extraordinario, en cuyo caso el trámite llegará al Supremo Tribunal Federal con fundamento en lo señalado en el artículo 102 de la Constitución de Brasil:

> *"Artículo 102. Compete al Supremo Tribunal Federal, principalmente, la custodia de la Constitución, englobando: (...) III-juzgar**, mediante recurso extraordinario, las causas decididas en única o ultima instancia, si la decisión recurrida: a) contrariar dispositivo de esta Constitución;** b) declarar la inconstitucionalidad de un tratado o ley federal".*

En este presupuesto la solución definitiva de la presunta inconstitucionalidad de la norma en el caso concreto queda en manos del Supremo Tribunal Federal.

5.1.4. **Chile**

Chile se caracteriza por contar con un control concentrado de constitucionalidad, en cabeza de la Corte Suprema que es competente para resolver el "*recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*"[317], el cual puede derivarse en cualquier momento de un proceso, sin embargo, cuando alguna de las partes alega este recurso, el juez que conoce del mismo lo remite a la Corte Suprema de Justicia con el fin de que se pronuncie de fondo sobre el asunto[318].

---

[316] FERREIRA FILHO, Manoel Gongalves, La Justicia Constitucional en Brasil, Op cit. p. 16.

[317] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución Política de la República de Chile, artículo 1, [On Line]. [Citado el día 20 de octubre de 2018] Versión en internet en: <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf> p. 5

[318] DURÁN RIBERA, Willman Ruperto, El Recurso Incidental de Inconstitucionalidad, Op. Cit. p. 224

El recurso de inaplicabilidad puede ser resuelto por la Corte antes de que el juez profiera sentencia e incluso tiene la facultad de suspender el proceso hasta que tome una decisión respecto de la inaplicación de la norma y, en consecuencia, suspende la competencia del juez de primera instancia para resolver la *litis* de fondo. (Artículo 98 de la Constitución de Chile).

Cuando la Corte Suprema resuelve el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, la sentencia tiene efectos *inter partes* respecto de los participantes en el litigio y no es vinculante en otros procesos para los demás jueces[319]. Este análisis de la norma frente al contenido de la Constitución tiene como objetivo que *"declara inaplicable el precepto legal considerado contrario al enunciado normativo constitucional, suspendiendo su eficacia para ese caso particular, sin invalidarlo, ya que el precepto legal considerado inconstitucional continúa formando parte del ordenamiento jurídico"*[320].

En Chile, la inaplicación de la norma en un caso concreto solamente puede realizarla la Corte Suprema, los jueces del país se encargan de remitir la actuación para que sea resuelta de fondo y conforme a esa decisión, una vez se reanude el proceso, continúa en la etapa en la que quedó y posteriormente dicta sentencia sobre el caso particular con la incorporación de la decisión que tomó la Corte Suprema.

5.1.5. Ecuador

El artículo 474 de la Constitución de Ecuador establece la supremacía constitucional resaltando la prevalencia de la Constitución sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico[321]. Con el fin de materializar el principio de supremacía se

[319] FILLOY PAYRET, Marylen, y SOTO CORREA, María de los Ángeles, Acción De Inaplicabilidad Por Inconstitucionalidad: Análisis Jurisprudencial del Periodo de Marzo del año 2006 a Marzo de 2010 En Cuanto A Los Criterios De Admisibilidad, Universidad de Chile, Chile, 2010. p. 13.
[320] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Justicia y Tribunales Constitucionales, Op. cit. p. 337.
[321] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución Nacional de Ecuador, artículo 1, [On Line]. [Citado el día 20 de octubre de 2018] Versión en internet en: < https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-const.pdf> p. 16.

instaura en Ecuador un sistema mixto de control de constitucionalidad, en el que converge el control concentrado de constitucionalidad y el control difuso que ejercen los tribunales ordinarios[322].

En el sistema de control constitucional difuso judicial ecuatoriano se presentan las siguientes características:

- El control difuso se desarrolla a través del incidente de inconstitucionalidad, que tiene como legitimado por activa a los jueces quienes oficiosamente o a petición de cualquiera de las partes en el proceso pueden iniciar el incidente, que tiene como objetivo inaplicar una norma que resulta contraria a la Constitución.[323]
- La pretensión principal del proceso que se adelanta debe ser la solicitud de protección de un derecho que se está vulnerando y, accesoriamente, se solicita la inaplicación de una norma en el caso concreto[324].
- El juez procede a analizar la procedencia de la inaplicación de la norma en el caso y toma la decisión que debe ser proferida en la sentencia que también decide el caso objeto de análisis. Con la expedición de la sentencia con efecto *inter partes*, que inaplica la norma en el caso, el juez debe presentar un informe al Tribunal Constitucional, con el fin de que esta corporación emita un pronunciamiento resolviendo el asunto de posible inconstitucionalidad de la norma con efectos generales o *erga omnes* y de carácter obligatorio[325].

5.1.6. Paraguay

Paraguay tiene un modelo de control concentrado de constitucionalidad en cabeza del poder judicial, que fue el designado como protector de la Constitución, como lo dispone el artículo 247 de la Constitución[326].

---

[322] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Justicia y Tribunales Constitucionales, Op cit. p. 140.
[323] CEVALLOS BUENO, Oswaldo, El sistema de control concentrado y el constitucionalismo en el ecuador, [On Line]. [Citado el día 12 de noviembre de 2018] Versión en internet en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/artículo/1975558.pdf> p.12
[324] DURÁN RIBERA, Willman Ruperto, El Recurso Incidental de Inconstitucionalidad, Op. Cit. p. 226.
[325] ídem.
[326] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución Nacional de Paraguay, artículo 1, [On Line]. [Citado el día 20 de octubre de 2018] Versión en internet en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/par_res3.htm>

El control de constitucionalidad es ejercido exclusivamente por la Corte Suprema de Justicia, pues esta facultad está restringida para los órganos jurisdiccionales de menor rango.

Sin embargo, en Paraguay, el control de constitucionalidad es realizado atendiendo los siguientes parámetros:

- Los jueces y tribunales, de oficio o a petición de parte, pueden remitir el expediente a la Corte cuando consideren que en un caso concreto se vulnera la Constitución por parte de una norma. Cuando el expediente se remite de oficio, se conoce como consulta y cuando se remite por solicitud de las partes se denomina como excepción de inconstitucionalidad[327].

- La excepción de inconstitucionalidad debe ser alegada por el afectado en la contestación de la demanda, por considerar que la demanda se fundamenta en una norma inconstitucional.

- Posteriormente, se da traslado de esta demanda a todas las partes y al procurador general, para que emitan su concepto sobre la procedencia de la excepción, luego de que los términos para pronunciarse se vencen, nace la obligación para el juez de elevar los antecedentes de la situación presentada ante la Corte Suprema.

- El juez competente debe elevar a la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia la consulta y allí se procede a admitir la solicitud de inconstitucionalidad de la norma impugnada y se declara la inaplicación de la norma por ser contraria a la Constitución en el caso concreto, es decir, que la sentencia tiene efectos *inter partes* o, en ocasiones *erga omnes*, según lo determine la Corte[328].

[327] ídem.
[328] ibíd. Artículo 137.

5.1.7. Perú

Perú tiene un modelo de control de constitucionalidad concentrado en cabeza del Tribunal Constitucional, que funge como un órgano independiente que profiere decisiones con efecto *erga omnes*[329]. Por otra parte, mantiene un control difuso, que se encuentra regulado por el artículo 138 de la Constitución el cual establece: *"en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera"*[330]. Con base en este artículo, todos los jueces pueden decidir sobre la excepción de inconstitucionalidad en los casos concretos.

Para poder adelantar la excepción de inconstitucionalidad se deben acatar las siguientes reglas:

- El Código Procesal Constitucional peruano (Ley 28237), en el artículo 4, establece:

> **"*Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.***
>
> *Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.*
>
> *Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional."* (Negrilla fuera del texto original)

En esta normatividad se fundamenta el control difuso de la Constitución y se materializa el principio de la supremacía constitucional.

[329] ídem.
[330] Ídem.

- La legitimación por activa para utilizar la excepción de inconstitucionalidad está en cabeza de cualquiera de las partes del proceso o de oficio por el juez que conoce de la *litis*.

- El control difuso de constitucionalidad no es una competencia exclusiva del poder judicial, ya que en el artículo 51 de la Constitución de Perú permite que al Tribunal Constitucional y al Jurado Nacional de Elecciones, conocer y decidir del control difuso[331].

- El Tribunal Constitucional se pronunció al respecto en el año 2004, a través del expediente No. 3741-2004-AA/TC[332] y determinó las siguientes reglas que deben considerar los jueces que inaplique una norma en un caso concreto: a) la excepción se realiza a petición de parte excepcionalmente, cuando se inaplique una norma que es contraria a las decisiones y pronunciamientos que previamente ha realizado el Tribunal respecto de la misma norma, pues se estaría contradiciendo el precedente que tiene efectos vinculantes. b) Ningún órgano del Estado puede dejar de aplicar una norma si su constitucionalidad ya ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional[333].

- El Tribunal Constitucional, en sentencia No. 1124 – 2001 – AA/TC de septiembre de 2001[334], estableció los siguientes presupuestos para poder aplicar el control difuso: 1) El objeto de la contradicción constituye la aplicación de una norma presuntamente inconstitucional. 2) La norma que se pretende inaplicar debe tener relación directa con el caso. 3) La norma que se pretende inaplicar resulta incompatible con la Constitución[335].

---

[331] TANTALEÁN ODAR, Christian Fernando, El Control Difuso Como Método De Control Constitucional, [On Line]. [Citado el día 2 de noviembre de 2018] Versión en internet en: <https://www.derechoycambiosocial.com/revista004/control.htm>
[332] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, Sentencia No. 3741 de 2004.
[333] RIOJA BERMÚDEZ, Alexander, El Control Difuso Aplicado En El Perú, [On Line]. [Citado el día 20 de octubre de 2018] Versión en internet en: <http://www.artículoz.com/leyes-artículos/el-control-difuso-aplicado-en-el-peru-1105074.html>
[334] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, Sentencia No.1124 del 11 de julio de 2001. Magistrados Rey Terry.
[335] Ídem.

- La sentencia que se dicta en el proceso tiene efectos *inter partes,* ya que la inaplicación de la norma en el caso concreto no significa que la misma sea extraída del ordenamiento jurídico para todos los casos. Es decir, que por medio de la sentencia se debe resolver el incidente de inconstitucionalidad.

- El control difuso peruano tiene una característica especial, puesto que los jueces están obligados a consultarle a la sala de derecho constitucional y social de la Corte Suprema de Justicia, cada vez que inaplique una norma por contrariar la Constitución en un caso concreto, con el fin de que la Corte determine si la inaplicación fue o no adecuada[336].

5.1.8. Uruguay

El Estado democrático de Uruguay[337] tiene un modelo de control de constitucionalidad concentrado que se encuentra en cabeza de la Corte Suprema de Justicia[338], simultáneamente cuenta con un sistema descentralizado o difuso de control[339].

A través de Ley 13.747 se reglamentó la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas, permitiendo que por vía de acción o de excepción se realice el control de la Constitución, tal como se plasma en el artículo 5º que establece:

> *"**Artículo 5°.** (Acción o excepción).- Cuando la declaración de inconstitucionalidad se solicite por las personas a que se refiere el apartado a) del artículo anterior, podrá ser promovida: 1) Por vía de acción, cuando no exista procedimiento judicial pendiente. En este caso deberá interponerse directamente ante la Suprema Corte de Justicia. 2) Por vía de excepción o defensa, que necesariamente deberá oponerse ante el Juez o Tribunal que esté conociendo en dicho procedimiento judicial"*[340]

---

[336] Ídem.
[337] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución Política de Uruguay, [On Line]. [Citado el día 13 de octubre de 2018] Versión en internet en: <https://www.rau.edu.uy/uruguay/const97-1.6.htm#1>
[338] ídem.
[339] LEZCANO CLAUDE, Luis, El Control De Constitucionalidad En El Paraguay, [On Line]. Publicado el día 28 de mayo de 2012] [Citado el día 3 de noviembre de 2018] Versión en internet en: <https://luislezcanoclaude.wordpress.com/2012/05/28/el-control-de-constitucionalidad-en-el-paraguay/>
[340] SENADO Y LA CÁMARA DE REPRESENTANTES DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, Ley 13.747, [On Line]. [Citado el día 13 de octubre de 2018] Versión en internet en: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp8576038.htm>

La excepción de inconstitucionalidad en Uruguay funciona de la siguiente manera:

- La competencia para decidir la excepción de inconstitucionalidad la tiene cualquier organismo del poder judicial.
- La legitimación por activa para poder alegar la excepción de inconstitucionalidad en un proceso se limita solamente a la parte afectada y que como defensa puede alegarla.
- La excepción de inconstitucionalidad puede ser alegada por el afectado en las excepciones o en la citación para la sentencia; de igual forma, cuando se trata de la aplicación oficiosa siempre se debe analizar en la sentencia definitiva.
- Para poder decidir sobre un caso el juez debe suspender el proceso y acudir a la Corte Suprema de Justicia por medio de la consulta[341], como lo señala el artículo 18 del Código Procesal Civil, que establece:

> *"Los jueces y tribunales podrán, aun sin requerimiento de parte: a) remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, ejecutoriada la providencia de autos, a los efectos previstos por el artículo 200 de la Constitución, siempre que, a su juicio, una ley, decreto u otra disposición normativa pueda ser contraria a reglas constitucionales".*[342]

- La Corte Suprema de Justicia toma la decisión final respecto de la inaplicación de la norma en el caso concreto. Esta decisión debe acogerse por parte de los jueces inferiores atendiendo el precedente jurisprudencial frente al análisis de la inaplicación de la norma en un caso concreto.

[341] LEZCANO CLAUDE, Luis, El Control De Constitucionalidad En El Paraguay, Op. Cit.
[342] CONGRESO DE LA NACIÓN PARAGUAYA, Ley No 1337 Código Procesal Civil, [On Line]. [Citado el día 7 de noviembre de 2018] Versión en internet en: <http://www.correoparaguayo.gov.py/application/files/2814/7015/6328/Codigo-Procesal-Civil-1988.pdf> p. 2.

5.1.9. Venezuela

El Estado federal de Venezuela[343] tiene un modelo de control de constitucionalidad en el cual coexisten el control difuso en cabeza de todos los jueces y el control concentrado a cargo del Tribual Constitucional[344].

Las características principales del control difuso son las siguientes:

- El artículo 334 de la Constitución de Venezuela fundamenta el control difuso de la Constitución, así:

  > *"Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución. En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente"*[345]

- La legitimación por activa para ejercer la excepción de inconstitucionalidad está en cabeza de quien tenga un interés concreto o derecho afectado en el litigio o los individuos que tengan intereses colectivos que se ven afectados en el proceso[346].

- El control difuso es ejercido por todos los jueces, quienes, a solicitud de parte o de oficio, pueden inaplicar una norma que no corresponde al contenido de la Constitución[347].

- La Sala Constitucional del Tribunal Constitucional de Venezuela mediante la sentencia 833 del 25 de mayo de 2001 destaca la naturaleza jurídica de la excepción de inconstitucionalidad de la siguiente manera:

---

[343] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, [On Line]. [Citado el día 13 de octubre de 2018] Versión en internet en: <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html>.
[344] ídem.
[345] ídem.
[346] Ídem.
[347] BREWER-CARÍAS, Allan R, Derecho Procesal Constitucional, Op cit. p. 105.

"El control excepcional se ejerce cuando en una causa de cualquier clase que está conociendo el juez, éste reconoce que una norma jurídica de cualquier categoría (legal, sublegal), es incompatible con la Constitución. Caso en que el juez del proceso, actuando a instancia de parte o de oficio, la desaplica (la suspende) para el caso concreto que está conociendo, dejando sin efecto la norma en dicha causa (y sólo en relación a ella), haciendo prevalecer la norma constitucional que la contraría. Por lo tanto, el juez que ejerce el control difuso, no anula la norma inconstitucional, haciendo una declaratoria de carácter general o particular en ese sentido, sino que se limita a desaplicarla en el caso concreto en el que consideró que los artículos de la ley invocada, o hasta la propia ley, coliden con la Constitución"[348].

- La excepción de inconstitucionalidad puede alegarse respecto de leyes o normas de rango legal, actos administrativos o reglamentos que tengan rango sublegal. Esta se puede presentar en cualquier momento del proceso previamente a que el proceso entre en etapa de sentencia.

- La decisión que toman los jueces tiene efectos *inter partes* y no debe ser consultada con el Tribunal Constitucional[349].

Teniendo en cuenta las características del control difuso de constitucionalidad y específicamente de la excepción de inconstitucionalidad o la figura jurídica similar empleada en los países sudamericanos, es posible realizar la siguiente propuesta para fortalecer y optimizar la excepción de inconstitucionalidad en Colombia.

5.2. SUGERENCIAS A LA EXCEPCIÓN DE INCOSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA.

En el presente título se desarrolla la tercera alternativa que podría ayudar a fortalecer la aplicación objetiva de la excepción, a través de la implementación de un procedimiento, que se plantea y analiza a la luz del derecho comparado que se

[348] HARO GARCIA, José Vicente, El Control Difuso de la Constitucionalidad en Venezuela: el estado actual de la cuestión, [On Line]. [Citado el día 9 de noviembre de 2018] Versión en internet en: <http://www.redalyc.org/html/555/55509909/>
[349] BREWER-CARÍAS, Allan R, Derecho Procesal Constitucional, Op cit. p. 105.

desarrolla en el título anterior, así como también de las reglas establecidas por la Corte Constitucional en Colombia respecto del uso de la excepción.

El presente análisis parte de las reglas que existen en el sistema de control difuso de Colombia y que se ha incorporado por vía jurisprudencial y que se concretan de la siguiente manera: a) La excepción de inconstitucionalidad procede a petición de parte o de oficio, b) La norma analizada debe ser contraria a la Constitución. c) No debe existir pronunciamiento previon sobre la constitucionalidad de la norma analizada. d) Cuando la norma que está vigente contiene inmerso apartes que reproducen una norma que ya ha sido declarada inexequible por la Corte Constitucional o nula por el Consejo de Estado. e) Dados los presupuestos fácticos del caso en particular, la aplicación de la norma trae como consecuencia que la misma no esté de acuerdo con la Constitución[350].

Con base en estas reglas antes descritas, se procede a analizar el contexto de Argentina, Brasil, Ecuador, Uruguay, Perú y Venezuela, ya que cuentan con un control difuso de constittucionalidad, mientras que en Bolivia, Chile y Paraguay tienen principalmente un control concentrado. Sin embargo, a pesar del contraste en estos dos modelos, la supremacía constitucional siempre está presente y desarrollan a la medida de sus necesidades mecanismos de protección de la Constitución por vía de excepción.

Resaltan particularmente los modelos de control excepcional de Ecuador, Brasil y Perú, bajo los cuales el juez que conoce de un caso particular, a petición de parte o de oficio, procede a inaplicar una norma que resulta contraria a la Constitución, en el caso concreto, emitiendo su decisión mediante sentencia que tiene efectos *inter partes*. Con este pronunciamiento, en el modelo ecuatoriano, el juez debe remitir un informe al órgano de cierre encargado de la guardia de la Constitución, para que de forma posterior resuelva la constitucionalidad de la norma con efectos *erga omnes.* Por su parte, en el caso peruano, una vez emitida la sentencia por el juez esta es

[350] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-215 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger

remitida al órgano encargado de la guarda de la Constitución, con el objetivo de que este se pronuncie respecto de la conveniencia o inconveniencia de la decisión tomada.

De estos casos se puede determinar que, con posterioridad a la decisión del juez que conoce del caso, existe un control adicional posterior de estas por parte del órgano de cierre para garantizar que, si es necesario que las normas sean extraídas del ordenamiento jurídico definitivamente, se realice la declaratoria de inexequibilidad que corresponde. De esta manera se garantiza la seguridad jurídica del ordenamiento jurídico.

En cuanto a los modelos de control excepcional que implementan Bolivia, Uruguay y Paraguay, se puede resaltar que en estos tres países los jueces de primer nivel no están facultados para decretar la inaplicación de una norma que sea contraria a la Constitución en un caso concreto, pues en este escenario deben suspender el proceso y remitir el proceso al órgano de cierre para que este analice las condiciones fácticas, jurídicas y normativas que justifican la excepción de inconstitucionalidad y decida sobre su procedencia. Esta decisión que toma el órgano de cierre se materializa a través de una sentencia que en el caso boliviano tiene efectos *erga omnes*, mientras que en el caso paraguayo y uruguayo los efectos son *inter partes*.

Ahora bien, analizadas estas dos formas preponderantes en el derecho comparado, a través de las cuales se realiza el control excepcional de la Constitución, se procede a plantear el siguiente procedimiento sugerido para fortalecer la excepción de inconstitucionalidad en Colombia.

a. Legitimidad por activa

La excepción de inconstitucionalidad podrá iniciarse a petición de parte o de oficio en cualquier etapa procesal en la que se encuentre el litigo. Siempre y cuando sea

anterior a proferirse la sentencia de primera instancia o cualquier auto que termine el proceso de alguna forma alternativa contemplada en el ordenamiento colombiano.

Esta regla es derivada del análisis del derecho comparado, pues en Venezuela, Paraguay, Perú, Brasil, Ecuador y Bolivia, también se permite que cualquiera de las partes o de oficio se adelante esta excepción.

b. Objeto sobre el cual recae la excepción de inconstitucionalidad

La excepción de inconstitucionalidad en Colombia puede ser invocada respecto de las leyes, decretos, acuerdos, ordenanzas o actos administrativos que resulten contrarios a la Constitución.

c. Cómo se implementa la excepción de inconstitucionalidad.

Una vez cualquiera de las partes solicite por escrito iniciar la excepción el juez debe proferir un auto de apertura del incidente de inconstitucionalidad, en el cual analizará si el escrito cuenta con los siguientes requisitos mínimos:

- Identificación de la norma o acto administrativo acusados de contrariar la Constitución.
- Indicar cuál es derecho vulnerado por el acto o norma que se acusa de ser contrario a la Constitución.
- Descripción del fundamento de la presunta contradicción entre la norma acusada y la Constitución.
- La enunciación de las pruebas que se quieren hacer valer, si existen.

Si el escrito de solicitud cumple con estos requisitos y el juez la encuentra viable y procedente, procederá a admitir el trámite de la excepción.

La anterior sugerencia se realiza con base en el modelo boliviano de control excepcional que, dentro de su procedimiento, establece unos requisitos de forma mínimos que deben ser cumplidos por quien solicite iniciar el incidente de control excepcional de la Constitución.

Una vez sea admitida la excepción, el juez dará traslado por tres días a la contraparte para que durante los dos días siguientes se pronuncie respecto de la solicitud de excepción instaurada, con el fin de que se garantice el derecho a la contradicción en el marco de cualquier proceso. Tal como lo propone el modelo boliviano.

Posteriormente, el juez dispondrá de 5 días para realizar un análisis fáctico y probatorio de la excepción solicitada y podrá citar a audiencia para tomar una decisión que se reflejará en un auto motivado que resolverá la procedencia o no de la inaplicación de una norma en el caso concreto que se analiza.

Sí el juez, en su análisis, tiene alguna duda, debería poder acudir por medio de una consulta a la Corte Constitucional, con el fin de que esta Corporación decida con efectos *inter partes* o *erga omnes* según sea el caso. Si el juez decide realizar la consulta, tiene un día hábil para remitir a la Corte copia del expediente, caso en el cual se recomienda no decidir de fondo el proceso hasta tanto la Corte no tome una decisión definitiva frente a la inaplicación de una norma. Y, en caso de ser necesario, incluso se podría decretar la suspensión del proceso hasta que se tenga el pronunciamiento de la Corte. Esta figura de la suspensión es extraída del modelo chileno. Así mismo, como en los modelos desarrollados por Brasil, Ecuador y Perú, los jueces de primera instancia pueden acudir al órgano de cierre para que este tome definitivamente la decisión.

Sí el juez no tiene, ninguna duda frente a la inaplicación de la norma en un caso concreto, este podrá citar a una audiencia en la cual se resolverá la excepción de

inconstitucionalidad mediante auto, el cual deberá tener como mínimo los siguientes puntos de análisis:

- Análisis fáctico y jurídico de la excepción.
- Argumentos de procedencia de la inaplicación de una norma en el caso concreto por resultar contraria a la Constitución.
- Identificar cual es la norma de la Constitución que se ve afectada por otra norma.
- Identificar la norma o acto administrativo que resulta contraria a la Constitución

Ante esta decisión procederá el recurso de apelación. La notificación de la decisión será en estrados atendiendo a que se realizará una audiencia para resolver de fondo la excepción.

Finalmente es preciso señalar que, si el incidente es adelantado de oficio, el juez debe realizar el mismo procedimiento antes descrito.

Si llega a ser recurrida la decisión en segunda instancia, el juez tendrá 5 días para remitir el expediente al juez superior, quien contará con 10 días para pronunciarse en audiencia para que sea más expedito el trámite. Hasta que la segunda instancia se pronuncie el proceso podrá continuar, pero hasta que no se decida definitivamente acerca de la excepción, el juez no podrá decidir de fondo el proceso.

d. En qué momento del procedimiento se resuelve

La excepción de inconstitucionalidad debe ser resuelta mediante auto antes de que se emita la sentencia que decide de fondo el proceso.

e. **Qué tipo de decisiones se toman en el marco de la excepción de inconstitucionalidad.**

La decisión que profiera el juez a través de un auto debe tener efectos *inter partes*; mientras que el pronunciamiento de la Corte Constitucional, puede tener efectos *erga omnes*, cuando ésta refleja la aplicación de la excepción o de la acción de inconstitucionalidad.

6. CONCLUSIONES

1. La excepción de inconstitucionalidad aplicada por los jueces y autoridades en el modelo hibrido de control constitucional adoptado en Colombia, está dada como un ejercicio de interpretación que se realiza en los casos concretos, sin que exista un procedimiento regulado en una norma. Sin embargo, la Corte Constitucional de Colombia ha proferido sentencias a través de las cuales ha interpretado el artículo 4º de la Constitución, definiendo la excepción como una herramienta que permite la inaplicación de una norma que resulte contraria a la Constitución en un caso concreto, siempre y cuando esta no haya sido declarada constitucional por la Corte previamente. Dichas reglas plasmadas por la Corte Constitucional resultan insuficientes para poder realizar una aplicación objetiva de la excepción en un caso concreto pues, al ser tan generales, no generan certidumbre frente al procedimiento que debe implementar el juez en el caso que analiza.

2. Al existir un vacío normativo que plasme reglas claras, precisas y coherentes que permitan aplicar objetivamente la excepción de inconstitucionalidad, se genera un escenario de la falta de garantía institucional para quienes constitucionalmente están facultados y tienen el deber para aplicar la excepción.

3. Al desarrollar el análisis cuantitativo se probó la hipótesis planteada que consistió en afirmar que los jueces y magistrados utilizan con poca frecuencia la excepción de inconstitucionalidad, debido a dos razones, por un lado, porque a los jueces no se les ha presentado el caso en que deban aplicar la excepción y, por otro lado, porque los jueces se abstienen de aplicar la excepción por considerar que existe un riesgo latente a que sus decisiones sean investigadas penal y disciplinariamente.

4. En la presente investigación se realizó un estudio a través del cual se extrajeron dos casos en los cuales se aplicó por parte de los jueces la excepción de inconstitucionalidad, mostrando que esta figura jurídica es dirimida de distintas maneras, pues en un caso el juez de primera instancia no resuelve el caso argumentando ni desarrollando la excepción de inconstitucionalidad, pero la segunda instancia modifica el resuelve de la sentencia incluyendo que este es el verdadero sustento de la decisión. Mientras que en el segundo caso el juez de primera instancia falla en la sentencia ordenando la inaplicar la norma específica al caso concreto y en los considerandos de la sentencia analiza la procedencia de inaplicar la norma a través de la herramienta de la excepción de inconstitucionalidad.
   Con esto se evidencia que la inaplicación de la norma no tiene unos parámetros unificados frente al procedimiento que deban desarrollar en el caso concreto.

5. Los participantes en el análisis cuantitativo desarrollado en la presente investigación, con las respuestas aportadas, permiten concluir que podrían existir tres posibles soluciones que contribuirían a que los jueces y magistrados utilizaran la excepción de inconstitucionalidad de forma objetiva, contundente y sólida cuando fuera necesario. Una de tipo informal que se trata de la realización de capacitaciones , otra de tipo informal con la entrega de unas cartillas que les sirvan como herramienta para afianzar el conocimiento teórico y práctico frente a la excepción de inconstitucionalidad. Y finalmente otra de tipo formal que es la formulación de un procedimiento o de las reglas que detallen la manera en la cual debe ser adelantada procedimentalmente la excepción de inconstitucionalidad.

6. En Colombia existe la necesidad de establecer unas reglas claras, que detallen la forma en la cual se puede emplear objetivamente la excepción de inconstitucionalidad, razón por la cual se realizó un estudio comparativo de las principales características de la excepción de inconstitucionalidad en

algunos países de América del Sur. De lo cual se pudo proponer un procedimiento concreto, expedito y sencillo que permite parametrizar en todos los casos la forma y el momento en que se toma la decisión de la inaplicación normativa.

7. Se propone la implementación de la consulta ante la Corte Constitucional, tal como se ha desarrollado en varios de los países de América del Sur analizados, con características similares a las colombianas. Una consulta de ese tipo sería viable y proporcionaría un ambiente de garantía institucional y de seguridad jurídica para los operadores judiciales que son responsables de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, pues con este procedimiento se podrán tener criterios objetivos de aplicación de esta figura jurídica.

7. BIBILIOGRAFÍA

- AGRESTI, María Mercedes y ALONSO María Victoria, “Conveniencia de complementar el control de constitucionalidad difuso con el control concentrado”. Universidad de Buenos Aires, Argentina.
- ALVARADO ANDRADE, Jesús María, Introducción a la Idea y Concepto de Constitución, Revista Politeia No. 48, Vol. 35. Instituto de Estudios Políticos, Venezuela, 2012.
- ANDRADE, María Virginia, Sentencia Marbury vrs Madison, En: Derecho y Sociedad, Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila. Venezuela.
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución de 1946 de Francia, [On Line]. [Citado el día 23 de agosto de 2018] Versión en internet en: <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/cf1946.htm>
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución del Estado de Cundinamarca de 1811, [On Line]. [Citado el día 25 de agosto de 2018] Versión en internet en: <http://bdigital.unal.edu.co/25/1/constitucion_de_cundinamarca_1811.pdf>
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución de la Nueva Granada de 1832, [On Line]. [Citado el día 25 de agosto de 2018] Versión en internet en: http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/colombia-21/html/0260fdfc-82b2-11df-acc7-002185ce6064_1.html#I_8_
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia de 1863 [On Line]. [Citado el día 27 de agosto de 2018] Versión en internet en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2212/12.pdf
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución Política Del Estado Soberano De Panamá. [On Line]. [Citado el día 12 de junio de 2018] Versión en internet en: <https://www.constitucion.gob.pa/tmp/file/58/1875_CONSTITUCION_ESTADO_SOBERANO_PANAMA.pdf>
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución Política de Colombia de 1991, [On Line]. [Citado el día 2 de septiembre de 2018] Versión en internet en: http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf
- ASAMBLEA CONSTITUYENTE de 1994, Constitución de la Nación Argentina [On Line]. [Citado el día 19 de octubre de 2018] Versión en internet en: http://www.biblioteca.org.ar/libros/201250.pdf
- ASAMBLEA CONSTITUYENTE, Constitución Política del Estado de Bolivia, [On Line]. [Citado el día 20 de octubre de 2018] Versión en internet en: <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>
- ASAMBLEA CONSTITUYENTE, Constitución Política de Brasil, [On Line]. [Citado el día 20 de octubre de 2018] Versión en internet en: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/br/br117es.pdf>

- ASAMBLEA CONSTITUYENTE, Constitución Política de la República de Chile, [On Line]. [Citado el día 20 de octubre de 2018] Versión en internet en: <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf>
- ASAMBLEA CONSTITUYENTE, Constitución Nacional de Ecuador, [On Line]. [Citado el día 20 de octubre de 2018] Versión en internet en: < https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-const.pdf>
- ASAMBLEA CONSTITUYENTE, Constitución Nacional de Paraguay, [On Line]. [Citado el día 20 de octubre de 2018] Versión en internet en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/par_res3.htm>
- ASAMBLEA CONSTITUYENTE, Constitución Política de Uruguay, [On Line]. [Citado el día 13 de octubre de 2018] Versión en internet en: <https://www.rau.edu.uy/uruguay/const97-1.6.htm#1>
- ASAMBLEA CONSTITUYENTE, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, [On Line]. [Citado el día 13 de octubre de 2018] Versión en internet en: <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html>.
- BLANCO BLANCO, Jacqueline, De la Gran Colombia a la Nueva Granada, Contexto Histórico - Político de la Transición Constitucional. En: Revista Prolegómenos. Derechos y Valores. vol. X, núm. 20, julio-diciembre, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia, 2007.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., Derecho Procesal Constitucional Instrumentos para la Justicia Constitucional, Segunda Edición, Bogotá D.C. 2013.
- CAMARGO, Pedro Pablo, Crítica a la Constitución Colombiana de 1886, Bogotá D.C., editorial leyer, 1987.
- CAMARGO, Pedro Pablo, Acciones Constitucionales y Contencioso administrativas, Bogotá, Colombia.1999.
- CAPPELLETTI, Mauro, La Justicia Constitucional y Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo, México, Porrúa – Facultad de Derecho de la UNAM, 2007, p 57; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, ponencia. En: (8-9 de septiembre de 2005, I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional), Mauro Cappelletti y el Derecho Procesal Constitucional Comparado, Monterrey, 2005.
- CERRA NOLASCO, Eduardo, el control de constitucionalidad análisis de la doctrina de la Corte en 10 años de vigencia constitucional, [On Line].Publicado en: Revista de derecho de la Universidad del Norte, vol II, 2001 [Citado el día 15 de julio de 2018] Versión en internet en: http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/16-2/9_El_control_de_constitucionalidad.pdf
- CLIFFORD GRANT, James Allan, El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes: Una contribución de las Américas a la Ciencia Política, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1963.
- CEVALLOS BUENO, Oswaldo, El sistema de control concentrado y el constitucionalismo en el ecuador, [On Line]. [Citado el día 12 de noviembre de 2018] Versión en internet en: https://dialnet.uniroja.es/descarga/articulo/1975558.pdf
- CRACOGNA, Dante, Acerca del Concepto de Constitución en Carl Schmitt y Hans Kelsen, Universidad de Buenos Aires. Argentina.

- CHINCHILLA HERRERA, Tulio, Concepciones sobre el Juez Constitucional en la Reforma de 1910: una cuestión de confianza. En revista: Diálogos y Políticas. No. 3. 2010.
- CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 57 de 1887 [On Line]. [Citado el día 27 de agosto de 2018] Versión en internet en: <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/13848/Ley%2057%20de%201887.pdf?sequence=1&isAllowed=>
- CONGRESO DE COLOMBIA, Acto Legislativo 1 de 1945, [On Line]. [Citado el día 28 de agosto de 2018] Versión en internet en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1824969>
- CONGRESO DE COLOMBIA, Acto Legislativo No. 3 de 1910, [On Line]. [Citado el día 27 de agosto de 2018] Versión en internet en: <http://suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1825559>
- CONGRESO DE COLOMBIA, Acto Legislativo 1 de 1968, [On Line]. [Citado el día 28 de agosto de 2018] Versión en internet en: < http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1825156>
- CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, [On Line]. [Citado el día 2 de septiembre de 2018] Versión en internet en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_col_ley_270_sp.pdf
- CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 393 de 1997.
- CONGRESO DE LA NACIÓN PARAGUAYA, Ley No 1337 Código Procesal Civil, [On Line]. [Citado el día 7 de noviembre de 2018] Versión en internet en: <http://www.correoparaguayo.gov.py/application/files/2814/7015/6328/Codigo-Procesal-Civil-1988.pdf>
- CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 54 de 1962. “Por la cual se aprueban varios Convenios Internacionales del Trabajo adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo, en las reuniones 20, 32, 34 y 40”
- CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 50 de 1990. “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.”
- CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 4 de 1992, ” mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU-132 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T – 614 del 15 de diciembre de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-434 de 1992. M.P. Magistrado Fabio Morón Díaz.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-006 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-669 de 1996. M.P Alejandro Martínez Caballero.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-600 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Auto 085 de 2000. M.S. Alfredo Beltrán Sierra.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Auto 071 de 2001. M.S. Manuel José Cepeda Espinosa
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Auto 094 de 2001. M.S. Eduardo Montealegre Lynett
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-522 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Auto 015 de 2003. M.S. Marco Gerardo Monroy Cabra
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-272 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-808 de 2007. M.P. Catalina Botero Marino
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-485 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-103 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-927 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-122 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU-132 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-516 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-681 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-613 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-215 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger
- CONSEJO DE ESTADO, Sala plena de lo Contencioso Administrativo, Ponencia del Magistrado: Oswaldo Giraldo García. Radicación No. 11001031500020080125500. 2018.
- CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Informe al Congreso de la Republica 2017. [On Line]. [Citado el día 29 de septiembre de 2018] Versión en internet en: https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10240/15989223/Informe+al+congreso+2017.pdf/34fc02b4-4229-480f-8c24-612d1121d7f4

- DE LA OSSA, Natalia, Control Constitucional En Colombia Evolución Histórica, [On Line]. Publicado el 20 de Mayo de 2009. [Citado el día 6 de julio de 2018] Versión en internet en: < http://hdhc.blogspot.com/2009/05/control-constitucional-en-colombia.html>
- DALLA VIA, Alberto Ricardo, La Justicia Constitucional en Argentina, [On Line]. [Citado el día 7 de noviembre de 2018] Versión en internet en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/viewFile/45555/27073>
- DURÁN RIBERA, Willman Ruperto, El Recurso Incidental De Inconstitucionalidad, [On Line]. [Citado el día 20 de octubre de 2018] Versión en internet en: <http://www.redalyc.org/pdf/820/82003111.pdf>
- ECHEVERRI URUBURU, Álvaro, Problemas contemporáneos del control constitucional en Colombia, [On Line]. [Citado el día 15 de octubre de 2018] Versión en internet en: <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/viewFile/2979/2846>
- FARRELL, Martin Diego, Enseñando Ética, Capitulo 12, Carl Schmitt, Hans Kelsen y La Corte Suprema, Madrid.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, Aproximaciones al Derecho Procesal Constitucional, publicado en el Diccionario de Derecho Constitucional, 3.a ed., México, Porrúa, 2009.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, ponencia. En: (8-9 de septiembre de 2005, I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional), Mauro Cappelletti y el Derecho Procesal Constitucional Comparado, Monterrey. 2005.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, Mauro Cappelletti y el Derecho Procesal Constitucional Comparado, Anuario iberoamericano de justicia constitucional. Madrid. 2009.
- FERNANDEZ SEGADO, Francisco, el Sistema Constitucional español. Madrid, Ed. Dykinson, 1992.
- FERREIRA FILHO, Manoel, La justicia constitucional en Brasil, [On Line]. [Citado el día 11 de noviembre de 2018] Versión en internet en: *<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1976246.pdf>*
- FILLOY PAYRET, Marylen, y SOTO CORREA, María de los Ángeles, Acción De Inaplicabilidad Por Inconstitucionalidad: Análisis Jurisprudencial del Periodo de Marzo del año 2006 A Marzo De 2010 En Cuanto A Los Criterios De Admisibilidad, Universidad de Chile, Chile, 2010.
- GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto, La Regulación Constitucional de la Administración de Justicia, [On Line]. Publicado el 5 de septiembre de 2007. [Citado el día 25 de julio de 2018] Versión en internet en: <http://www.organojudicial.gob.pa/cendoj/wp-content/blogs.dir/cendoj/4-laregulacionconstitucional.pdf>
- GRILLO, María Florencia, La inconstitucionalidad en el régimen federal, [On Line]. [Citado el día 19 de octubre de 2018] Versión en internet en: <http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/grillo.pdf>
- HARO GARCIA, José Vicente, El Control Difuso de la Constitucionalidad en Venezuela: el estado actual de la cuestión, [On Line]. [Citado el día 9 de

noviembre de 2018] Versión en internet en: <http://www.redalyc.org/html/555/55509909/>
- HERRERA, Carlos Miguel, La Polémica Schmitt – Kelsen sobre el Guardián de la Constitución. Instituto de Investigaciones Jurídicas de México. 1995.
- HENAO HIDRÓN, Javier, Derecho procesal constitucional, protección de los derechos constitucionales, segunda edición, Editorial Temis SA. Bogotá D.C. Colombia. 2006.
- HENAO HIDRÓN, Javier, Panorama del Derecho Constitucional Colombiano, Ed. 11, Temis, Bogotá, 1998.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos, y BAPTISTA LUCIO, María del Pilar, Metodología de la Investigación, Quinta edición, Mc Graw Hill, México D.F. 2010.
- KELSEN, Hans, La garantía jurisdiccional de la constitución, Traducido por Rolando Tamayo y Salmorán. 1 ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.
- KELSEN, Hans Teoría General del Derecho y del Estado, Traducido por Eduardo García Máynez. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1988.
- KELSEN Hans, "¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?", en Schmitt y Kelsen, Editorial Tecnos, Madrid. 1995.
- LEZCANO CLAUDE, Luis, El Control De Constitucionalidad En El Paraguay, [On Line]. Publicado el día 28 de mayo de 2012] [Citado el día 3 de noviembre de 2018] Versión en internet en: <https://luislezcanoclaude.wordpress.com/2012/05/28/el-control-de-constitucionalidad-en-el-paraguay/>
- MORENO ORTIZ, Luis Javier, El sistema de control de constitucionalidad en Colombia, [On Line]. Publicado el 3 de julio de 2010. [Citado el día 27 de agosto de 2018] Versión en internet en: http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v10n19/v10n19a07.pdf
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur, Palestra Editores, Lima Perú. 2006.
- PARDO FALCON, Javier, Notas sobre la Historia del Control de Constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional, Revista de Estudios Políticos Nueva Época, Nº. 72, abril – junio 1991. España.
- POMBO, Manuel Antonio y GUERRA, José Joaquín. Constituciones de Colombia. Bogotá: Imprenta de la luz, 1911.
- PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto Nacional 4433 de 2004, "por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública".
- PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Decreto Ley 1042 de 1978. "Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones".

- PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto Nacional 382 de 2013, “Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones”.
- PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto Nacional 022 de 2014. “Por el cual se modifica el Decreto Nacional 382 de 2013”.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, Derecho Constitucional Colombiano: de la Carta de 1991 y sus Reformas. Quinta Edición, Editorial Temis S.A., Bogotá D.C. Colombia.
- RAMÍREZ BARRIOS, Fernando, Orígenes de la Justicia Constitucional: Atenas, Revista Justicia Electoral No. 15, México, 2015.
- RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos, El principio de supremacía de la Constitución en el derecho constitucional colombiano. En: Tres ideas constitucionales. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986.
- REY CLAVIJO, José Gerardo, El control constitucional en Colombia a partir de la Constitución de 1991, [On Line]. [Publicado el día 18 de noviembre de 2007] [Citado el día 9 de octubre de 2018] Versión en internet en: <http://www.redalyc.org/pdf/2739/273921002004.pdf>
- RIVERA, José Antonio, Jurisdicción Constitucional procedimientos constitucionales en Bolivia, Editorial KIPUS — 2001.
- RIVERA, Julio César y LEGARRE, Santiago, Los Efectos de la Declaración de Inconstitucionalidad en los Estados Unidos y la Argentina, en: Lecciones y Ensayos, nro. 86, 2009 [On Line]. [Citado el día 6 de noviembre de 2018] Versión en internet en:< http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/14-traduccion-rivera-y-legarre.pdf>
- RIOJA BERMÚDEZ, Alexander, El Control Difuso Aplicado En El Perú, [On Line]. [Citado el día 20 de octubre de 2018] Versión en internet en: <http://www.articuloz.com/leyes-articulos/el-control-difuso-aplicado-en-el-peru-1105074.html>
- SÁCHICA APONTE, Luis Carlos, La Constitución y su defensa, en la Constitución y su Defensa, Unam, México, 1984.
- SCHMITT, Carl, Teoría de la Constitución, Ed. Alianza Universidad Textos. 1992.
- SCHMITH, Carl, La Defensa de la Constitución.Ed. Tecnos. Prólogo de Pedro Vera. Segunda Edición. Madrid. 1998.
- SENADO Y LA CÁMARA DE REPRESENTANTES DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, Ley 13.747, [On Line]. [Citado el día 13 de octubre de 2018] Versión en internet en: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp8576038.htm>
- TANTALEÁN ODAR, Christian Fernando, El Control Difuso Como Método De Control Constitucional, [On Line]. [Citado el día 2 de noviembre de 2018] Versión en internet en: <https://www.derechoycambiosocial.com/revista004/control.htm>

- TORRES TEJADA, Oscar Eduardo, ¿Quién Debe Ser El Guardián De La Constitución?, Ensayo presentado para optar al Título de Especialista en Derecho Constitucional. Universidad Libre Seccional Pereira. 2014.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, Sentencia No. 3741 de 2004.
- VELÁSQUEZ RIZO, Ana María, El caso Bonham, Supremacía Constitucional, Revista de Derecho, Universidad del Norte, 1999.
- VIVEIROS, Mauro, El control de constitucionalidad: el sistema brasileño como un modelo híbrido o dual. Universidad complutense de Madrid. [On Line]. [Citado el día 10 de noviembre de 2018] Versión en internet en: <https://eprints.ucm.es/12685/1/T32408.pdf>
- ZULUAGA GIL, Ricardo, La Constitución de 1858 y la Confederación que no Fue, [On Line]. Publicado el 13 de marzo de 2017. [Citado el día 10 de julio de 2018] Versión en internet en: <http://ricardozuluagagil.blogspot.com/2017/03/la-constitucion-de-1858-y-la.htm
- ZULUAGA GIL, Ricardo. El carácter Integral Complejo y Abierto del Sistema Colombiano de Control de constitucionalidad. Ensayo. [On Line]. [Publicado el día 16 de octubre de 2007] [Citado el día 9 de octubre de 2018] Versión en internet en: <http:// www.puj.edu.co/banners/EL_CARACTER_INTEGRAL.pdf>