



# LA APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE NORMAS CONSTITUCIONALES

## *JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONAL NORMS*

EDWIN YESID MENDOZA PARRA\*

*Fecha de recepción: 21 de marzo de 2019*

*Fecha de aceptación: 18 de mayo de 2019*

*Disponible en línea: 30 de Junio de 2019*

### **RESUMEN**

El ordenamiento jurídico colombiano tiene un sistema mixto de control constitucional sobre las normas infra constitucionales. Por un lado, está el control abstracto, que tiene efectos para la generalidad, y por otro, el control concreto, donde está la excepción de inconstitucionalidad, el cual tiene efectos para el caso en concreto. La pregunta que se resolverá es si una norma declarada constitucional en sede abstracta de control no puede ser objeto de la excepción de inconstitucional. Para ello, determinaré la naturaleza de ambos controles, las particularidades del control concreto, la concreción de la cosa juzgada constitucional, dejando como conclusión que es posible aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre una norma declarada constitucional.

**Palabras clave:** excepción; control constitucional; norma; control abstracto; cosa juzgada constitucional.

---

\* Estudiante de Noveno Semestre de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Miembro del Grupo Estudiantil Derecho Crítico. Contacto: edwin.mendoza@javeriana.edu.co

## **ABSTRACT**

The Colombian Constitution has a mixed system of constitutional control over infra-constitutional norms. On the one hand, there is abstract control, which has effects for generality, and on the other, concrete control, which has effects for the specific case. The question that will be resolved is if a norm declared constitutional can not be subject to the concrete control. For this, I will determine the nature of both controls, the particularities of the concrete control, the concretion of the constitutional *res judicata*, leaving as a conclusion that it is possible to apply a concrete control on a declared constitutional norm.

**Keywords:** exception; constitutional control; norm; abstract venue; constitutional *res judicata*.

## **INTRODUCCIÓN**

El presente escrito reabre la discusión sobre los límites de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad. En particular, se refiere a la posibilidad de inaplicar normas que previamente fueron declaradas constitucionales en sede abstracta de constitucionalidad. Actualmente, la jurisprudencia y la doctrina constitucional parecen haber zanjado este problema jurídico indicando que no es posible dicha aplicación. Sin embargo, a mi juicio, una norma declarada exequible por el Juez de constitucionalidad no es inmune a ser inaplicada mediante excepción. Ello se fundamenta en un análisis teleológico y dogmático del control por vía de excepción.

Para lograr el objetivo propuesto pasaré primero a definir de forma sucinta la fundamentación jurídica-teleológica de la excepción de inconstitucionalidad. Luego, plantearé las razones por las cuales la Corte Constitucional ha declarado la improcedencia de la excepción de inconstitucionalidad sobre normas declaradas exequibles. En tercer lugar, estructuraré dogmáticamente cada control constitucional, estableciendo en ambos un análisis normativo permeado por una situación fáctica. En cuarto lugar, reseñaré la doctrina de la cosa juzgada reiterada por la Corte Constitucional. Por último, utilizando como cimientos los anteriores elementos, mencionaré los eventos en los cuales el operador jurídico puede inaplicar una norma jurídica en un caso concreto, anunciando la posibilidad de aplicarlo cuando exista norma declarada exequible previamente.

## 1. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICO-TELEOLÓGICA DE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El ordenamiento jurídico colombiano consagra un sistema *mixto* de control constitucional. Por una parte, un control abstracto, caracterizado por ser un control por vía de acción<sup>1</sup> y, por analizarse una norma con la Constitución sin mediar alguna situación fáctica particular, por lo cual tiene efectos *erga omnes*; por otra parte, un control concreto, caracterizado por un control por vía de excepción y por analizarse una norma en su aplicación a una situación jurídica particular, por lo cual tiene efectos *inter-partes*. La figura estudiada hace parte de la segunda categoría de control expuesta. Por ende, solo me referiré a profundidad sobre ella.

Así, el artículo 4º de la Constitución dispone que ella es “*norma de normas*” y que “[e]n todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. En ese sentido, la excepción de inconstitucionalidad puede ser definida brevemente como una herramienta en la que “*la autoridad judicial y administrativa, a petición de las partes o de oficio, detecta un vicio de inconstitucionalidad en una norma de inferior jerarquía e inaplica la norma prefiriendo la Constitución solo para el caso en cuestión*”<sup>2</sup>.

Su naturaleza jurídica es considerada como una excepción *lato sensu* en términos procesales. Excepción porque actúa como mecanismo de defensa procesal y tiene la virtualidad de enervar la aplicación de la norma; y *latu sensu* porque no se está oponiendo a una pretensión concreta de la parte contraria en un juicio, sino que se opone a la aplicación de una norma inconstitucional<sup>3</sup>.

Con ello, esta figura busca cumplir dos finalidades que son esenciales para un Estado Social de Derecho: 1) garantizar la supremacía de la Constitución y 2) proteger los derechos fundamentales.

---

1 Debo hacer la advertencia de que en este texto se mencionará ejemplificando el control abstracto de constitucionalidad a la Corte Constitucional, a la decisión de exequibilibidad e inexequibilibidad de la norma y a la Acción Pública de Inconstitucional. Esto se hace solamente para simplificar el texto, ya que cuando escribo sobre control abstracto no me limito a la Acción Pública de Inconstitucionalidad, sino también a la Acción Pública de Nulidad por Inconstitucionalidad, y a la Revisión Automática por parte de la Corte Constitucional y por parte del Consejo de Estado.

2 Corte Constitucional. Sentencia C-803 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño; Septiembre 27 de 2006).

3 Juan Carlos Esguerra Portocarrero. *La Protección Constitucional del Ciudadano*, 432 (1ª ed., Legis Editores S.A., Colombia, 2004).

### **1.1. Excepción como mecanismo para garantizar la supremacía de la Constitución**

La Excepción de Inconstitucionalidad se constituye como un control de producción normativa de los poderes públicos desde 1910<sup>4</sup>, con fuerte influencia en el sistema norteamericano de *judicial review*<sup>5</sup>. Así, este control parte de la base de que la Constitución es *norma de normas*, y que, por tanto, los poderes públicos deben actuar conforme a ella. Así, al aplicarse la excepción de constitucional, busca salvaguardar la Constitución desde dos aspectos, uno de orden político y el otro de orden jurídico<sup>6</sup>:

En el orden político asegura la separación de poderes, pues sirve para materializar el sistema de frenos y contrapesos entre las diferentes ramas del poder público, teniendo en cuenta que aquí se presenta para la autoridad judicial o administrativa, la facultad —y el deber— de inaplicar una norma expedida por otro órgano estatal, controlando así el efecto de sus actos en la resolución de un caso particular<sup>7</sup>.

En el campo jurídico, la figura busca proteger la jerarquía normativa, que en su cúspide se encuentra la Constitución, en la medida en que ordena la inaplicación de una norma infraconstitucional cuando sea contraria a la Constitución.

Con la Constitución de 1991 se refuerza ese carácter vinculante de la carta política, pues deja de ser sólo una fuente de derecho que contiene reglas que regulan la institucionalidad del Poder Público, y se constituye también, y de forma predominante, como contendor de principios cuyo fin es proteger derechos fundamentales. De ahí que la excepción de inconstitucionalidad deja de ser sólo un mero instrumento de control constitucional de producción normativa, y pasa también a ser una herramienta de protección de derechos fundamentales.

### **1.2. Excepción como figura procesal para proteger los derechos fundamentales**

Aunque el artículo cuarto de la Constitución establece la figura como un mecanismo de control constitucional, la jurisprudencia, teniendo en cuenta la exis-

---

4 Acto Legislativo 3 de 1910 [Const]. Art. 40. 31 de octubre de 1910 (Colombia).

5 Supra nota 3 página 400.

6 Edgar Andrés Quiroga Natale. *La Excepción de Inconstitucionalidad en el Ordenamiento Jurídico Colombiano: Aproximaciones Elementales para su Estudio y Comprensión*. *Revista de Derecho Público*. No. 34, 1-28, 9 (2015).

7 *Ibid.*

tencia simultánea de un control abstracto de constitucionalidad, ha determinado que la excepción sólo procede cuando exista de por medio la afectación o amenaza de un derecho fundamental<sup>8</sup>. Aunque se podría considerar que esta última concepción estuvo pensada para restringir el uso de esta figura, ya que pierde la virtualidad de utilizarse cada vez que se encuentre la incompatibilidad la norma con la Constitución, el hecho de que se constituya también como una herramienta de defensa de derechos fundamentales, amplía el radio de su aplicación en otros aspectos, como se demostrará a continuación.

## 2. LOS EFECTOS DEL CONTROL ABSTRACTO SOBRE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El sistema *mixto* de control constitucional, aunque es muy bien recibido, no deja de ser problemático. En efecto, el control abstracto puede chocar con el control concreto. Así, sin un análisis dogmático riguroso sobre éstos, uno de ellos puede afectar o limitar la aplicación del otro.

Por lo anterior resulta pertinente la pregunta de si la revisión por vía abstracta excluye la posterior aplicación de la excepción de inconstitucional sobre la misma norma.

La discusión surge aún en vigencia de la Constitución de 1886. Ya la Corte Suprema de Justicia en 1970 había dictaminado que la excepción no operaba cuando la norma previamente fue declarada exequible<sup>9</sup>. Con la expedición de la Constitución de 1991 la discusión se volvió a reabrir, las posiciones doctrinales al respecto estaban divididas, algunos consideraban que en pro de la seguridad jurídica que debe regir nuestro ordenamiento debía mantenerse la misma regla<sup>10</sup>; otros pensaban que debido a las características propias de la Constitución de 1991 como defensora de derechos humanos y que a través de una interpretación del artículo cuarto, este control se hacía sobre *los efectos* de la norma, no sobre la norma misma, el análisis debía hacerse caso por caso, siempre en relación con los hechos fácticos que rodean la aplicación de la norma, por lo

8 Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. Sentencia T-389 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Mayo 28 de 2009).

9 Juan Manuel Charry Urueña. *La excepción de inconstitucionalidad*, 70 (1a. ed., Ediciones Jurídica Radar, Bogotá D.C., 1994).

10 Gilberto Augusto Blanco Zuñiga. *Comentarios a la Excepción de Inconstitucionalidad y la Excepción de Ilegalidad en Colombia*. 1, *Revista de Derecho – Universidad del Norte*, No. 16, 268-279, 273 (2001).

cual, el control abstracto no afecta en modo alguno la aplicación posterior de la excepción de inconstitucionalidad sobre la misma norma<sup>11</sup>.

La discusión se zanjó con la decisión de la Corte Constitucional en la Sentencia C-600 de 1998, en el cual advirtió que:

*“(...) en el caso de los fallos en los que la Corte Constitucional declara la exequibilidad de un precepto, a menos que sea ella relativa y así lo haya expresado la propia sentencia, se produce el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, prevista en el artículo 243 de la Constitución. Y, entonces, si ya por vía general, obligatoria y erga omnes se ha dicho por quién tiene la autoridad para hacerlo que la disposición no quebranta principio ni precepto alguno de la Carta Política, carecería de todo fundamento jurídico la actitud del servidor público que, sobre la base de una discrepancia con la Constitución —encontrada por él pero no por el Juez de Constitucionalidad— pretendiera dejar de aplicar la norma legal que lo obliga en un proceso, actuación o asunto concreto”<sup>12</sup>.*

Esta conclusión ha sido reiterada por la jurisprudencia<sup>13</sup> y aceptada por la doctrina<sup>14</sup>. Esta se basa en tres pilares que se relacionan entre sí: Estado de Derecho, seguridad jurídica y la existencia de un control abstracto de constitucionalidad. Así, partiendo de una desconfianza de este sistema concreto de control<sup>15</sup>, se argumenta que esa nueva revisión en sede concreta afectaría gravemente la seguridad jurídica, pues daría cabida a que cualquier autoridad no acate la sentencia de constitucionalidad proferida por la Corte Constitucional, alterando la estabilidad jurídica y, por consiguiente, el Estado de Derecho.

Además, el argumento dogmático es que cuando se analiza en abstracto la norma, se supone que se contrapone a ella la totalidad de la Constitución y que,

11 *Supra* nota 9.

12 Corte Constitucional. Sentencia C-600 de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo; Octubre 21 de 1998).

13 Corte Constitucional. Auto A-015 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Febrero 4 de 2003). Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-103 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Febrero 16 de 2010).

14 Edgar Andrés Quiroga Natale. *La Excepción de Inconstitucionalidad en el Ordenamiento Jurídico Colombiano: Aproximaciones Elementales para su Estudio y Comprensión*. *Revista de Derecho Público*. No. 34, 1-28, 22 (2015).

15 Iniciada por Kelsen cuando en su momento comparó el *judicial review* del sistema norteamericano, con el sistema del *legislador negativo* del sistema austriaco. Hans Kelsen. *Judicial review of legislation: A comparative study of the Austrian and the American Constitution*, 4, *The Journal of Politics*. No. 2, 183-200 (1942).

si de ese juicio resulta exequible, es porque bajo ningún concepto y en ninguna circunstancia fáctica la afecta, ergo, volverse a hacer un análisis sobre ella, en sede concreto, sería inútil ya que sería revisar lo que ya se revisó.

### **3. ESTRUCTURA DOGMÁTICA DEL CONTROL DE LA PRODUCCIÓN NORMATIVA**

El control abstracto y el control concreto por excepción parten de un mismo objeto de análisis: la norma jurídica. A raíz de ello, no existen dos análisis totalmente diferenciados, en tratándose los dos de juicios normativos<sup>16</sup>; la diferencia analítica consiste en la estructuración de la norma, pues el control abstracto parte de un análisis hipotético a futuro, mientras que el control por excepción de un análisis presente. Para demostrar lo anterior, es necesario ahondar primero la estricta definición del concepto de norma y su diferenciación con la disposición, para posteriormente entrever su estructura general, cuyo eje central es la situación fáctica a regular, y por último delimitar el análisis que se realiza en la excepción de inconstitucionalidad.

#### **3.1. La norma como núcleo esencial del control constitucional de la producción normativa**

##### **3.1.1. Concepto y diferenciación con la disposición**

La doctrina ha distinguido para los efectos del control constitucional tres conceptos: (i) la fuente de derecho, (ii) la disposición normativa y (iii) la norma jurídica. La primera hace referencia a los documentos en los cuales se consagra las disposiciones y que tienen como función dotarlas de jerarquía, i.e. Constitución, ley, etc.; la disposición resulta ser un enunciado lingüístico-normativo contenido en una fuente de derecho, y la norma jurídica es el significado de la disposición<sup>17</sup>.

Como la norma es el significado de la disposición, emana irreductiblemente de la interpretación que se haga sobre ella<sup>18</sup>, y esa función le corresponde al juez cuando decida aplicarla a un caso concreto. Ahora, esa interpretación no es

---

16 Fabio Enrique Pulido Ortiz. *Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista*, 14, *Revista Prolegómenos – Derechos y Valores*. No. 27, 165-180 (2011).

17 Riccardo Guastini. *Interpretar y Argumentar*, 77-78 (1a. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014).

18 *Ibid.*

siempre biunívoca, es decir, que le corresponda una norma a una disposición y viceversa, pues puede darse que una disposición contenga más de dos normas<sup>19</sup>, o que una norma sea emanación de la interpretación de dos disposiciones<sup>20</sup>.

Ahora bien, el control abstracto de inconstitucionalidad versa sobre la fuente, la disposición y la norma, pero siempre cuando se habla de un vicio material, se habla de un análisis normativo, por cuanto se contraponen la norma enjuiciada a la norma de la Constitución. En otras palabras, cuando el control se hace a una disposición por cuestiones materiales<sup>21</sup>, la Corte debe interpretarla creando así una norma jurídica para analizar. Así, si declara inexecutable la disposición, misma suerte correrán todas las normas que de ella pudiera devenir, *a contrariu sensu*, al declararla executable, será frente a la norma que se interpretó<sup>22</sup>, sin que sea obstáculo evaluar las otras que devengan de esa disposición. En mismo sentido se habla del análisis de la norma en sí, la diferencia radica en que la norma será la interpretación que haga el demandante<sup>23</sup>.

Ahora bien, la inexecutable material depende de una incompatibilidad, consistente en que la solución jurídica planteada para una misma situación de hecho por parte de la norma enjuiciada y de la Constitución, son diferentes y antagónicas, de tal forma que una no puede ser aplicada al mismo tiempo que la otra<sup>24</sup>.

### 3.1.2. Estructura de la norma

Cuando se habla de un control abstracto, se habla de analizar la norma sin tener en cuenta su aplicación a una situación particular fáctica. Si bien eso es cierto,

19 Por ejemplo, del numeral 1º del artículo 69 del C.S.T., puede derivarse dos normas: 1) Cuando hay sustitución patronal, el empleado podrá accionar contra el antiguo y el nuevo empleador por las acreencias laborales consolidadas hasta el momento de la sustitución, 2) Si el nuevo empleador paga esas acreencias, puede accionar contra el antiguo.

20 Por ejemplo, de los artículos 82 y 90 del CGP se puede extraer la siguiente norma: “El juez inadmite la demanda si el demandante no expresó los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones”.

21 Cuando el control constitucional se da sólo por vicios de procedimiento, se habla entonces de una subsunción de los hechos a las reglas estipuladas en la Constitución, por lo cual no hay un análisis propiamente normativo.

22 La executable podrá ser sobre todas las normas que devengan de la disposición, o por una sola.

23 Edwin Santiago Cocarico Lucas. *La distinción entre disposición y norma: hacia una comprensión de las sentencias interpretativas y el objeto del control de constitucionalidad*. *Ciencia y Cultura*, No. 35, 55-82 (2015).

24 Si bien la Constitución no consagra estrictamente disposiciones que tengan estructura de regla, sino de principios. En la actividad de interpretación que se realiza sobre éstos para hacer el control constitucional, el juez les da contenido de regla.

no hay que olvidar que las normas son proposiciones condicionantes<sup>25</sup>, que consagran un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica que le es imputada<sup>26</sup>, por tanto, un análisis normativo necesariamente debe versar sobre estos dos elementos estructurales de la norma.

Entonces, aunque no medie una situación particular en el control abstracto, el juez no puede analizar una norma desconociendo una situación fáctica que ella quiere regular, por ello, para analizar la constitucionalidad de una norma, el juez debe imaginarse razonablemente la situación fáctica, lo que llamamos como *situación fáctica hipotética*<sup>27</sup>, y analizarla con la consecuencia jurídica. Gráficamente el juicio sería así:

C-105 de 1994 <sup>28</sup>	(Constitución) Todos los hijos habidos dentro del matrimonio, fuera de él, adoptivos o procreados natural o artificialmente tiene los mismos derechos y deberes.
	(Art. 411 del C.C.) <u>Un hijo no habido dentro del matrimonio</u> no tiene derecho a que se le den alimentos.
	(Conclusión) La norma es incompatible con la Constitución: El hijo no habido dentro del matrimonio tiene derecho a que se le den alimentos, al igual que el hijo habido en el matrimonio.

### 3.2. Particularidades en el control por vía de la excepción de inconstitucionalidad

En primer lugar, hay que mencionar que la excepción no se caracteriza *prima facie* por ser un control fáctico como la Tutela, aunque muchos doctrinantes lo piensen de esa forma<sup>29</sup>. Como he venido reiterando, es un control totalmente normativo, con las mismas características dadas anteriormente<sup>30</sup>. Ahora bien, la

25 *Supra* nota 17.

26 Hans Kelsen. *Teoría Pura del Derecho: Introducción a los problemas de la ciencia jurídica I 1934*, 57 (1a. Ed., Editorial Trotta S.A., Madrid, 2011).

27 *Supra* nota 16. Sin perjuicio de que la situación fáctica sea delimitada por el demandante, i.e. licencia de maternidad al cónyuge o compañero permanente de la madre embarazada que no tiene trabajo, ver Corte Constitucional. Sentencia C-005 de 2017 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Enero 18 de 2017).

28 Específicamente se habla del cargo contra el artículo 411 del Código Civil. Corte Constitucional. Sentencia C-105 de 1994 (M.P. Jorge Arango Mejía; Marzo 10 de 1994).

29 *Supra* nota 6 en p. 434. *Supra* nota 9 en p. 48.

30 Antonio Cortes con Teresa Violante. *Concrete control of constitutionality in Portugal: A Means Towards Effective Protection Of Fundamental Rights. Penn State International Law Review*, No. 29, 759-776 (2011).

aplicación que le ha dado la Corte Constitucional a esta figura da como conclusión que el análisis se realiza en dos pasos: a) se analiza si la norma en abstracto es *manifiestamente* inconstitucional, si la anterior es afirmativa, se analiza b) si tal incompatibilidad viola los derechos fundamentales de la persona. A partir de la segunda fase de este análisis entra el carácter de análisis casuístico que tanto se predica<sup>31</sup>. Gráficamente el juicio sería así:

T-490 de 1992 <sup>32</sup>	(Constitución) Puede privarse la libertad cuando existan pruebas que motiven la sanción.
	(Decreto 1889 de 1986) El alcalde puede privar la libertad de plano, es decir, sin necesidad de abrir debate probatorio.
	(Conclusión) Las normas son incompatibles.
	(Afectación de derechos) ¿Viola derechos fundamentales en el caso particular? Sí: el derecho al debido proceso y el derecho a la libertad.

Pero, si tenemos en cuenta que la excepción de inconstitucionalidad más que un ejercicio de control constitucional es un mecanismo de defensa de derechos fundamentales, la violación de éstos también puede seguirse de normas que su inconstitucionalidad no puedan ser desvirtuadas con la incompatibilidad abstracta y manifiesta de normas. De ahí que, hay parte de razón a la crítica de Charry<sup>33</sup> y a la concepción de Esguerra<sup>34</sup>, en cuanto dicen que el juicio se da en relación con la aplicación de las normas al caso concreto.

Pues bien, lo que caracteriza el control por vía de excepción frente al que se da en sede abstracta de control es que en el primero existe una situación fáctica real: el caso concreto, que puede ser diferente al caso hipotético que tomó parte

31 Por eso una norma que aún sea inconstitucional, si no afecta derechos fundamentales, no hay lugar a la aplicación de la figura. Corte Constitucional. Sentencia C-069 de 1995 (M.P. Hernando Herrera Vergara; febrero 23 de 1995), doctrina seguida en repetidas ocasiones por: Corte Constitucional. Sentencia T-291 de 2009 (M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez (E); Abril 23 de 2009); Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Proceso 1999-00004 (C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; Noviembre 1º de 2007).

32 El caso de tutela trata de la privación de la libertad de un ciudadano por decisión del Alcalde municipal sin motivación probatoria, esto con fundamento en el antiguo Código de Policía de Cundinamarca (Decreto 1889 de 1986), ya que el procesado supuestamente faltó el respeto a la autoridad al agredir verbalmente al Alcalde, las pruebas eran declaraciones de un policía y de una funcionaria de la Alcaldía, y el procesado no tuvo oportunidad de defenderse. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-490 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Agosto 13 de 1992).

33 *Supra* nota 9 en p. 48.

34 “Porque, en el fondo, la cuestión no estriba en examinar si la norma es en sí misma inconstitucional, sino en establecer si su aplicación a determinado asunto resultaría en una inconstitucionalidad” Juan Carlos Esguerra Portocarrero. *Supra* nota 5 en p. 432.

de la norma analizada en sede abstracto, y esa diferencia puede ser detonante de una modificación de la norma, pues cambia uno de sus elementos, el condicionante fáctico. Así, dogmáticamente no es que se trate de una inconstitucionalidad por aplicación de la norma, sino que la norma en el caso concreto se ve permeada por nuevas condiciones fácticas que la modifican, haciendo necesario realizar un nuevo análisis de la disposición. La excepción procederá cuando la norma modificada por el caso concreto sea inconstitucional. Un ejemplo de lo anterior sería lo siguiente:

T-681 de 2016 <sup>35</sup> (En posible sede abstracto)	(Constitución) El Estado debe enfocar su política pública a materializar el derecho a la vivienda digna a toda persona.
	(Art. 16 Decreto 2339 de 2013) Una persona no puede acceder a un subsidio de vivienda cuando previamente accedió a ella.
	(Conclusión) Las normas son compatibles, la norma infraconstitucional busca que las ayudas estatales no se concentren en una sola persona y mucho menos como resultado de una actuación de mala fe de ésta.
T-681 de 2016 <sup>36</sup> (En sede concreto)	(Constitución) El Estado debe enfocar su política pública a materializar el derecho a la vivienda digna a toda persona.
	(Art. 16 Decreto 2339 de 2013) Una persona que debió dejar por razones de fuerza mayor su vivienda propia obtenida con ocasión de un subsidio estatal no puede volver a acceder a un subsidio de vivienda.
	(Conclusión) Las normas son incompatibles, la norma infraconstitucional no tiene en cuenta la materialización del primer subsidio en población vulnerable.
	(Violación de derechos) ¿Se viola derechos fundamentales en el caso concreto? Sí: el derecho a la vivienda digna y a la dignidad humana.

#### 4. LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL EN LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Una de las razones de la improcedencia de la excepción sobre disposiciones declaradas exequibles corresponde al efecto de cosa juzgada constitucional que

35 Es un juicio hipotético en sede abstracto porque el análisis del artículo 16 del Decreto 2339 de 2013 aún no se ha realizado, pero la Corte dictaminó en la sentencia de tutela que la norma puede ser ajustada a los mandatos constitucionales. Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-681 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Diciembre 5 de 2016).

36 El caso trata de una mujer a la que se le negó el derecho a un subsidio de arrendamiento, ya que la norma disponía que una persona no puede ser acreedora de él cuando previamente haya tenido algún tipo de ayuda estatal de vivienda; la mujer en 1986 adquirió un subsidio estatal para construir su propia casa, sólo que tiempo después tuvo que desalojarla porque la casa estaba en un lugar de alto riesgo, la Corte dice que el primer subsidio no se materializó en la satisfacción del derecho a la vivienda digna, tanto así que la persona continúa pagando arriendo. *Ibid.*

se predicen en las sentencias de constitucionalidad. Si bien, desconocer esa cualidad conllevaría un perjuicio para el Estado de Derecho, hay que definirla bien para que no sea pretexto de una inaplicación injustificada de la excepción de inconstitucionalidad. Para ello, utilizaré la doctrina creada por la Corte Constitucional al respecto, cuando valora la procedencia de acciones públicas de inconstitucionalidad que se dirijan en contra de la norma que se analizó y se declaró exequible o inexecutable<sup>37</sup>.

La Corte considera que sólo existe cosa juzgada cuando hay identidad de (i) de objeto, (ii) de causa y (iii) de parámetro de control. En caso de que no existiere alguno de estos tres elementos, no habrá cosa juzgada y puede procederse a realizar el juicio normativo.

Primero, hay identidad de objeto cuando se demanda la misma norma jurídica. La Corte en este punto distingue la *cosa juzgada formal* de la *cosa juzgada material*, las dos se refieren a que la norma que se va a analizar ya fue analizada antes, sólo que la primera indica que la norma aún está en la disposición objeto del análisis anterior, la segunda en cambio sucede cuando la norma se encuentra en una disposición diferente a la analizada antes.

Segundo, hay identidad de causa cuando se realiza el mismo cuestionamiento, es decir, el cargo está referido a la violación de la misma norma constitucional. La Corte en este caso distingue primero entre si declara inexecutable o exequible la norma, cuando se declara inexecutable puede darse *cosa juzgada absoluta* cuando se analizan vicios materiales, y *cosa juzgada relativa* cuando se analizan sólo vicios formales<sup>38</sup>. Cuando se declara exequible puede darse *cosa juzgada absoluta* cuando se analiza respecto de la totalidad de la Constitución<sup>39</sup>, y *cosa juzgada relativa* cuando se analiza respecto de uno o varios artículos de la Constitución<sup>40</sup>.

Tercero, hay un mismo parámetro de control cuando exista un mismo contexto jurídico y social, que no amerite realizar un nuevo juicio constitucional, en virtud de lo que doctrinalmente se le conoce como *Constitucionalismo vivien-*

---

37 Ver Corte Constitucional. Sentencia C-516 de 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos; Septiembre 21 de 2016). Corte Constitucional. Sentencia C-312 de 2017 (M.P. Hernán Correa Cardozo; Mayo 11 de 2017).

38 Se puede volver a crear la disposición que contenía la norma, cumpliendo los requerimientos constitucionales y legales.

39 Por tanto, no podrá analizarse de nuevo la norma bajo ningún concepto.

40 Caso en el cual la relatividad de la cosa juzgada debe ser explícita en la sentencia. Corte Constitucional. Sentencia C-516 de 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos; Septiembre 21 de 2016).

te<sup>41</sup>. En estos casos la Corte Constitucional tiene una fuerte carga argumentativa para demostrar que existe un contexto jurídico diferente que hace indispensable realizar un nuevo juicio normativo aun existiendo identidad de objeto y causa, por lo cual, ya que implica realizar un análisis fuerte del carácter dinámico de la Constitución y eso conlleva más allá de verificar una incompatibilidad normativa manifiesta, la autoridad no puede hacer uso de la excepción argumentando cambio de contexto.

## **5. EVENTOS DE APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**

La Corte Constitucional en recientes sentencias ha referido a tres casos en los cuales la autoridad puede aplicar la excepción de inconstitucional<sup>42</sup>, tomando en cuenta, como se expuso anteriormente, que ésta es emanación propia de un juicio normativo. Cabe ahora analizar estos eventos y relacionarlos con la cosa juzgada constitucional.

### **5.1. Que una norma sea manifiestamente violatoria de la Constitución, y que no haya sido declarada previamente constitucional en sede abstracta**

La regla general indica que la excepción de inconstitucionalidad procede cuando aún no se haya analizado la norma por parte de la Corte Constitucional en sede abstracta. Cuando la norma ya fue analizada por la Corte Constitucional pueden pasar dos cosas: que la norma se declare inexecutable, caso en el cual no existe ningún problema en tanto no hay norma inconstitucional que aplicar.

La segunda es que la Corte declare executable la norma. En este caso, la autoridad está atada a esa decisión, por cuanto opera la cosa juzgada constitucional. Sin embargo, como lo dejó claro la Corte, este es un efecto que opera sobre la norma y no sobre la disposición. Por lo tanto, no se puede argumentar que, porque en sede abstracta se haya analizado una norma que está contenida en cierta disposición, toda excepción sobre esa disposición sea improcedente, pues debe sujetarse a la norma, en tanto a ella se refiere la identidad como requisito de la cosa juzgada.

---

41 Que según Strauss significa que “*es una constitución que evoluciona, que cambia con el paso del tiempo y que se adapta a las nuevas circunstancias, pese a que no es formalmente modificada mediante el procedimiento de reforma constitucional*” Citado en Miguel Carbonell. *Sobre la Constitución viviente*, 42, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. No. 117, 347-357, 349 (2012).

42 Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-331 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa; Junio 3 de 2014). Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-681 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Diciembre 5 de 2016).

Ahora, la Corte en la misma Sentencia C-600 de 1998, ha reconocido que opera la excepción de inconstitucionalidad cuando la exequibilidad de la norma enjuiciada se haya referido a una norma constitucional, y en el caso concreto se esté contando con la violación de otra norma de orden constitucional. Es decir, ocurre cuando exista una *cosa juzgada relativa* en la exequibilidad de una norma, evento ya reseñado atrás. Al respecto la Corte señaló lo siguiente:

*“en el caso de los fallos en los que la Corte Constitucional declara la exequibilidad de un precepto, a menos que sea ella relativa y así lo haya expresado la propia sentencia —dejando a salvo aspectos diferentes allí no contemplados, que pueden dar lugar a futuras demandas—, se produce el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, prevista en el artículo 243 de la Constitución”*<sup>43</sup>

Siendo ésta la regla general y la que no admite mayor discusión en la comunidad jurídica, pasaré a analizar las otras dos causales.

## **5.2. Que una norma sea idéntica a una anterior declarada inexecutable por la Corte Constitucional**

Sucede cuando el legislador crea una disposición que reproduce la norma de otra que previamente fue declarada inexecutable por la Corte porque desde el punto de vista material, resulta contraria a los preceptos constitucionales. Así, este evento no es más que la aplicación de la cosa juzgada *material* que tienen las sentencias de constitucionalidad, en cuanto que la Corte al retirar del ordenamiento una norma por ser contraria a la Constitución, implícitamente le está ordenando al encargado de la producción normativa que no vuelva a realizar una norma igual<sup>44</sup>.

## **5.3. Que una norma, siendo en sede abstracta conforme a la Constitución, su aplicación a un caso concreto contravenga disposiciones constitucionales**

Este es el evento más problemático porque es la confrontación directa entre el control abstracto y el control concreto por vía de excepción, pues la Corte expresamente dictamina que, aunque exista una norma que en abstracto *pueda* ser constitucional, en el caso concreto resulta inconstitucional. Se resalta la palabra *pueda*, porque hasta el momento no ha existido ningún caso en que la Corte

43 *Supra* nota 12.

44 Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 243. 7 de julio de 1991 (Colombia).

haya inaplicado una norma que previamente haya declarado constitucional en sede abstracta.

Los dos casos en que se ha pronunciado de esta manera tienen como característica que realizado el análisis a una situación normal no se encuentra una incompatibilidad manifiesta en abstracto entre las normas constitucionales y la llamada a aplicar, pero que, en el caso concreto, por tratarse de personas en situación de vulnerabilidad, la última resulta inconstitucional.

En estos casos se sigue la dogmática anteriormente reseñada, pues la condición de vulnerabilidad de la persona cambia totalmente la estructura de la norma, pues le agrega un elemento a la situación fáctica que cambia su sentido y la convierte en una norma violatoria de la Constitución. Ahora, frente a la cosa juzgada constitucional, la autoridad no está sujeta a la decisión anterior, por cuanto no existe identidad de objeto, ya que no es la misma norma.

Un ejemplo fue la Sentencia T-681 de 2016, reseñada atrás, y el otro es la Sentencia T-331 de 2014, cuyo juicio sería así:

T-331 de 2014 (En sede abstracto)	(Constitución) El Estado debe asegurar que las sanciones sean necesarias y proporcionales.
	(Art. 104 Ley 388) Una persona que haya construido sin permiso de la alcaldía, será sancionada con multa.
	(Conclusión) Las normas son compatibles, la norma infraconstitucional busca mantener un plan de ordenamiento territorial ordenado y ajustado a las normas.
T-681 de 2016 <sup>45</sup> (En sede concreto)	(Constitución) El Estado debe asegurar que las sanciones sean necesarias y proporcionales
	(Art. 104 Ley 388) Una persona en situación de vulnerabilidad socioeconómica que haya construido sin permiso de la alcaldía, será sancionada con multa.
	(Conclusión) Las normas son incompatibles, la norma infra constitucional no otorga un trato proporcional y diferencia que merecen las personas en situación de vulnerabilidad.
	(Violación de derecho) ¿Se viola derechos fundamentales en el caso concreto? Sí: el derecho al debido proceso, al mínimo legal y a la vivienda digna.

45 El caso trata de una mujer de tercera edad que vive con una hija de 32 años y que se encuentra en situación de discapacidad, además vive con un nieto menor de edad. Su sustento económico se encuentra exclusivamente en la venta de agua aromática en la calle. Ella, para obtener mejores recursos decide construir un nuevo piso en su casa lote para arrendarlo, lo hace sin la licencia municipal, y por ello es sancionada por la alcaldía a pagar una multa de 14 millones de pesos en 24 cuotas mensuales, la Corte resolvió inaplicar el artículo 104 de la Ley 388, en consecuencia, ordena

## CONCLUSIONES

De lo anterior se puede concluir que la excepción de inconstitucionalidad es una herramienta que sirve tanto para controlar la producción normativa, como para proteger los derechos fundamentales de las personas, por tanto, su defensa debe ser férrea. Precisamente por su función de control de la producción normativa, no opera para analizar los efectos de la aplicación de una norma a un caso concreto, sino que, al igual que el control abstracto de constitucionalidad, tiene como fundamento un análisis normativo. Tanto es así, que la incompatibilidad en abstracto es presupuesto de la verificación de la afectación de los derechos fundamentales por la norma.

Ya que la excepción de inconstitucional es un análisis normativo, le es aplicable la cosa juzgada constitucional en las mismas condiciones que las del control abstracto de inconstitucionalidad. Por lo cual, la autoridad puede inaplicar una norma que fue declarada previamente constitucional cuando: 1) se refiera a una norma distinta por un cambio sustancial en la condición fáctica a aquella analizada en sede abstracta, 2) se refiera a una cosa juzgada relativa, por no analizarse la norma frente a toda la Constitución.

Ahora bien, es necesario resaltar que la excepción de inconstitucionalidad ha sido la figura constitucional que en menor medida se ha estudiado en Colombia, por lo cual aún existen preguntas cruciales para su entendimiento y aplicación: ¿Es posible aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando una norma orgánica de la Carta política vaya en contra de un derecho fundamental? Por ejemplo, la Carta obliga al Presidente de la República jurar por Dios al momento de posesionarse ¿y si el Presidente es ateo o agnóstico? Otra pregunta que queda en el aire sería ¿Es posible aplicar la excepción de inconstitucional para hacer efectivo el control de convencionalidad?

## BIBLIOGRAFÍA:

### 1. Libros

- HANS KELSEN. *Teoría Pura del Derecho: Introducción a los problemas de la ciencia jurídica I, 1934*. (1a. ed., Editorial Trotta S.A., Madrid, 2011).
- JUAN MANUEL CHARRY URUEÑA. *La excepción de inconstitucionalidad*. (1a. ed., Ediciones Jurídica Radar, Bogotá D.C., 1994).

---

suspender el cobro coactivo y acompañarla a legalizar el piso construido. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-331 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa; Junio 3 de 2014).

- JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO. *La Protección Constitucional del Ciudadano*. (1a. ed., Legis Editores S.A., Colombia, 2004).
- RICCARDO GUASTINI. *Interpretar y Argumentar*. (1a. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014).

## 2. Revistas

- ANTONIO CORTES & TERESA VIOLANTE. *Concrete control of constitutionality in Portugal: A Means Towards Effective Protection Of Fundamental Rights*. *Penn State International Law Review*, No. 29, 759-776 (2011)
- EDGAR ANDRÉS QUIROGA NATALE. *La Excepción de Inconstitucionalidad en el Ordenamiento Jurídico Colombiano: Aproximaciones Elementales para su Estudio y Comprensión*. *Revista de Derecho Público*. No. 34, 1-28, (2015)
- EDWIN SANTIAGO COCARICO LUCAS. *La distinción entre disposición y norma: hacia una comprensión de las sentencias interpretativas y el objeto del control de constitucionalidad*. *Ciencia y Cultura*, No. 35, 55-82 (2015)
- FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ. *Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista*, 14, *Revista Prolegómenos – Derechos y Valores*. No. 27, 165-180, (2011)
- GILBERTO AUGUSTO BLANCO ZUÑIGA. *Comentarios a la Excepción de Inconstitucionalidad y la Excepción de Ilegalidad en Colombia*. 1, *Revista de Derecho – Universidad del Norte*, No. 16, 268-279 (2001)
- HANS KELSEN. *Judicial review of legislation: A comparative study of the Austrian and the American Constitution*, 4, *The Journal of Politics*. No. 2, 183-200 (1942)
- MIGUEL CARBONELL. *Sobre la Constitución viviente*, 42, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. No. 117, 347-357 (2012)

## 3. Sentencias

- CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Proceso 1999-00004 (C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; Noviembre 1 de 2007).
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-600 de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo; Octubre 21 de 1998).
- CORTE CONSTITUCIONAL. Auto A-015 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Febrero 4 de 2003).
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-803 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño; Septiembre 27 de 2006).
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-103 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Febrero 16 de 2010).
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Octava de Revisión. Sentencia T-389 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Mayo 28 de 2009).
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-331 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa; Junio 3 de 2014).
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-516 de 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos; Septiembre 21 de 2016).

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-005 de 2017 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Enero 18 de 2017).
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-312 de 2017 (M.P. Hernán Correa Cardozo; Mayo 11 de 2017).

4. *Normatividad*

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [Const]. Art. 243. 7 de julio de 1991 (Colombia).