FACULTAD DE DERECHO - UNIVERSIDAD DE MANIZALES

Resumen

El objetivo de este escrito se centra en la caracterización de la excepción de inconstitucionalidad y su aplicabilidad por los servidores públicos de la función administrativa, en aras de que cuando exista incompatibilidad manifiesta de una norma frente a la Constitución, el servidor asuma no sólo su deber sino su obligación constitucional, de no permitir la aplicación de la norma con menor jerarquía. El artículo busca reflexionar acerca del conocimiento de los servidores públicos frente a la excepción de inconstitucionalidad partiendo de la base de que no es aplicada por dichos funcionarios.

Se entiende por tanto, que la excepción es aplicada con mayor éxito en vía judicial, pero pierde su eficacia en vía administrativa, traduciéndose en una contravención de la Constitución en detrimento de la consolidación del Estado Social de Derecho.

Palabras Clave

Derecho Constitucional, Excepción de Inconstitucionalidad, supremacía constitucional, control constitucional, Estado Social de Derecho, función pública, función administrativa, cultura constitucional, servidor público, inaplicación de normas, inexequibilidad, Corte Constitucional, control difuso.

Abstract

The teleological character of the document of reflection centres on the characterization of the exception of unconstitutionality and its applicability on the public servants of the administrative function, in altars of which when manifest incompatibility of a norm exists opposite to the Constitution, the servant assumes not only his duty but his constitutional obligation not to allow the application of the norm with minor hierarchy.

The article looks for to think about the behavior and knowledge of the public servants in front to the exception of unconstitutionality, thinking that the civil servants have a minimal application of the exception of unconstitutionality, there is understood therefore, that the exception is applied by major success in judicial way, but it loses his efficiency in administrative way, being translated in a breach against the Constitution and to the detriment of the consolidation of the Social State of Law

Keys words

Constitutional right, institutional exeption, constitutional supremacy, constitutional control, social state of right, administrative function, constitutional culture.

La excepción de inconstitucionalidad en la función administrativa

The exception of unconstitutionality in the administrative function

(Recibido: julio 29 de 2010. Aprobado: septiembre 6 de 2010)

<u>Luz Fanny Muñoz Arias</u>*
Carlos José Triana Triana**

Introducción

El tema del artículo hace referencia a la obligatoriedad de la defensa de la Constitución por parte de los servidores públicos, que se encuentran más cercanos al ámbito de la legalidad, pero más allá de esta obligación, (la cual es clara y evidente), se indaga las razones por la cuales los servidores públicos no acatan la obligación constitucional de proteger la carta magna de cualquier actuación que vaya en contra de sus postulados.

Lo anterior, en el entendido que la protección y sostenimiento de la supremacía constitucional es responsabilidad de todos los ciudadanos, especialmente, de los servidores públicos, en quienes se ha confiado la facultad y competencia para garantizar y hacer efectivos los principios y libertades individuales, buscando su eficacia y efectividad.

La excepción de inconstitucionalidad, aplicada con responsabilidad, hace de un Estado Social de Derecho un verdadero Estado constitucional, promoviendo la aplicabilidad de la teoría del control de pesos y contrapesos teniendo con su máxima que sólo el "poder limita al poder". De otra parte, fortalece la importancia del ser humano en el Estado, al dar paso a la evolución de los derechos fundamentales y al principio de primacía constitucional.

A tono con lo que se ha venido planteando, emerge la necesidad de indagar por su fundamentación, que con el objeto que su aplicabilidad no

Correo: cajotritri@Hotmail.com

^{*} Abogada, Gerente de Pensiones ISS Seccional Caldas. Maestría en Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Manizales. Línea Constitucional. Correo: luzfannyto@Hotmail.com

^{**} Abogado. Jefe Únidad de Espacio Público Alcaldía de Ibagué. Maestría en Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Manizales. Línea Constitucional.

FACULTAD DE DERECHO - UNIVERSIDAD DE MANIZALES

se vea obstaculizada por el temor de incurrir en la eventual comisión de delitos tipificados contra la administración pública, especialmente el prevaricato, aunado al tema de la responsabilidad fiscal, disciplinaria y civil, que hace sin lugar a dudas, más oneroso el desarrollo de las actividades de los servidores públicos administrativos, que deben actuar de conformidad con lo ordenado por la Constitución Política.

Los resultados de la investigación, se lograron a través de un estudio de tipo cualitativo con alcance descriptivo, cuya metodología se sustenta a partir de una perspectiva combinada en la que confluye la realización de rastreos documentales y los estudios de campo, vía la aplicación de cuestionarios estructurados a través de una encuesta que determinó el comportamiento de los servidores públicos frente a la aplicación de la figura de la excepción de inconstitucionalidad.

Por otro lado, como soporte del trabajo de campo de la investigación, se construyó una línea jurisprudencial que permitió hacer un recorrido por los pronunciamientos de la Corte Constitucional desde el año 1991 hasta diciembre de 2009, logrando determinar la tendencia del alto tribunal y la incidencia del precedente judicial.

Este desarrollo jurisprudencial propende por dar sustento a algunas afirmaciones que se hacen dentro del escrito.

En presencia de la excepción de inconstitucionalidad, ¿Qué hace, que el servidor público administrativo se abstenga de aplicar la excepción de inconstitucionalidad en nuestro medio?

Cultura constitucional en la sociedad

De acuerdo con Haberle, P. (2002) "la cultura es aquello creado por el ser humano", es necesario que esta se revise y se estructure desde un contexto en donde deben hacer parte la nación representada en el pueblo, las fuerzas del mercado como medio de relacionarse, el concepto de libertad que se esgrime del Estado liberal y bajo el esquema de la democracia representativa del Estado Social de Derecho.

Desde estos parámetros y con base en los participantes de la división del poder se plantean formas de actuar de cara al respeto de estos actores por la Constitución. Se parte que se debe contar con una cultura constitucional, pues no sólo se requiere de garantías jurídicas sino de la aceptación popular de la Constitución, ese contenido social es el único que permite la vigencia y perpetuidad de la misma.

Inicialmente se revisa el proceder del ciudadano del común, quien de acuerdo con lo que sucede, presenta un comportamiento de poco interés y apatía por el sentimiento constitucional, y la Constitución. Su

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOJURÍDICAS

actuar está limitado a una mínima participación que deja en manos de la representación su manifestación y compromiso. Esta baja participación del individuo en la toma de las decisiones termina siendo negativa y poco productiva, al no poder acceder de manera igual al goce de sus derechos y libertades causando, desigualdades y discriminación o exclusión.

Por parte del poder legislativo existe una volatilidad constitucional entendida como las múltiples variaciones del texto inicialmente aprobado, lo cual se traduce en un constitucionalismo débil, que termina debilitando la permanencia de la Constitución en el tiempo y modificando la esencia de la misma. De igual manera, esa volatilidad no permite que los beneficiarios de la Constitución se identifiquen con ella como se manifestó anteriormente, al crear una falsa expectativa.

El sistema jurídico, en especial el constitucional, se comporta de manera cambiante, con escasa duración de sus enunciados, bajo el dominio de lo que Alchurrón, C. y Buligyn¹, denominan la regla de rechazo. Un sistema jurídico será más volátil, cuanto más rápidamente cambien algunas reglas de juego fundamentales para su funcionamiento.

De otro lado, el poder ejecutivo de los últimos años ha realizado un sinnúmero de maniobras contra el Estado constitucional democrático para soportar su permanencia en la administración, buscando perturbar el control del organismo creado para el fiel cumplimiento de la norma constitucional en aplicación del control constitucional, contando en varias oportunidades con el apoyo y beneplácito del poder legislativo²

Un claro ejemplo de esta elusión constitucional es la expedición del decreto reglamentario, para incluirle materias que deben regularse a través de una ley expedida por el Congreso, de tal forma que al ser controlado en su legalidad será el Consejo de Estado quien actúe, se avala la trasgresión de la Constitución por medio del reglamento, una muestra de ello es el Decreto 128 del 22 de enero de 2003 de la Presidencia de la República de Colombia Por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil, para

¹ ALCHURRÓN Carlos E. y BULYGIN Eugenio, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Consultada el 20 de septiembre de 2010. Edición digital basada en la edición de Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987. http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra. html?portal=0&Ref=003634

Un ejemplo de ésta actuación del Ejecutivo se refleja en la suscripción de acuerdos internacionales, que contienen obligaciones nuevas, bajo la forma de acuerdos simplificados que no son controlados por la Corte Constitucional. Este comportamiento busca eludir la responsabilidad y el control judicial del organismo competente, mediante la adopción de un texto normativo concreto (decreto, ley, acto legislativo y aún, tratado público).

FACULTAD DE DERECHO - UNIVERSIDAD DE MANIZALES

propiciar procesos de amnistía dentro de la negociación con los grupos armados.

Otro actuar da cuenta de la inclusión de normas transitorias en un acto legislativo mediante el que se otorgan facultades extraordinarias al Presidente de la República, para que expida decretos con fuerza de ley, que permitan modificar leyes estatutarias, códigos y estatutos orgánicos, sin importar que sobre el punto la Constitución haya establecido prohibición expresa de otorgamiento de facultades sobre materias que son objeto de dichos cuerpos normativos. Ejemplos de este actuar, son el Decreto 1382 con el objeto de restarle poder a la acción de tutela y a los derechos fundamentales, y el Decreto reglamentario 128 propiciar procesos de amnistía dentro de la negociación con los grupos armados.

De esta elusión constitucional, se obtienen normas que generan ventajas o posiciones estratégicas para algún órgano estatal, e incluso para terceros, producto del procedimiento o maniobra no convencional formalmente válida que simula ser satisfactorio, el cual se surte para adoptar un texto normativo.

A través de estas manifestaciones se evidencia la incultura constitucional y se presenta una agresión que termina en el abuso del derecho constitucional como lo describe Bonnecase, J. (1997), "en el ejercicio de un derecho sin utilidad para su titular y con un fin exclusivamente nocivo" del cual se pueden identificar cuatro elementos: El poder de acción, la ausencia de toda utilidad derivada del ejercicio del derecho, la intención nociva en su sentido psicológico y el perjuicio ocasionado a otra persona.

Finalmente, han sido los jueces en cumplimiento de su función los garantes de los derechos sociales y han permitido el reconocimiento de sus prestaciones por vía de tutela.

Así las cosas la cultura constitucional, es de vital importancia en el engranaje que debe existir entre las normas constitucionales y los servidores administrativos encargados de hacerla cumplir; pues de ello depende en gran parte el éxito de su aplicación

Comportamiento omisivo, poco proactivo e ineficaz de los servidores públicos

Las dificultades para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad se resumen a continuación: I) el miedo al actuar II) el temor al prevaricato, III) la investigación disciplinaria IV) el principio de legalidad, V) la seguridad jurídica y VI) El temor al error judicial.

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOJURÍDICAS

I) Miedo al actuar: lo que más caracteriza el comportamiento omisivo, poco proactivo o desinteresado de los servidores públicos, es el miedo, definido como una emoción caracterizada por un intenso sentimiento habitualmente desagradable, provocado por la percepción de un peligro al prevaricato o investigación administrativa, real o supuesto, presente o futuro. Es una emoción primaria que se deriva de la aversión natural al riesgo o la amenaza.

Para algunos, el miedo en el ser humano no guarda ninguna relación fisiológica (como reacción de alerta), sino que será un producto de la consciencia, que expande nuestro nivel de desconocimiento y no asume el riesgo al no encontrar eco y reciprocidad en su actuar de cara a los conciudadanos y los entes del Estado, en especial los organismos de control, considerados y cuestionados por parte de los servidores públicos, en su proceder subjetivo y enfocado en lo político, distante a la objetividad que los debiera caracterizar.

Aquí se dificulta explicar hacia dónde va dirigido el desarrollo del contenido constitucional o mejor, qué se puede esperar del comportamiento de los servidores públicos en el desempeño de sus funciones que deben aplicar los principios constitucionales plasmados en el Artículo 209, se encuentran personas que se rehúsan a aplicar la excepción de inconstitucionalidad por:

- 1. Miedo a lo desconocido
- 2. Miedo a ser desplazado de su estado de comodidad, conformismo y seguridad con lo que se tiene y se resisten al cambio, por lo tanto, no actúan.
- 3. Negativa en hacer parte de la solución del problema.
- 4. No existir una interpretación de la Ley en su sentido material.

Por la presencia de algunas de estas circunstancias o disculpas se está caminando por la senda de la inconstitucionalidad, siendo necesario el re direccionamiento de los nuevos servidores públicos administrativos, evitando que se contagien de las malas prácticas del personal antiguo.

Para referir al comportamiento de los servidores públicos es necesario retornar a la Constitución de 1886, con el Artículo 138 en el que se estableció el principio de responsabilidad de los funcionarios, (hoy denominados servidores públicos por la Constitución de 1991). Este señalaba que la infracción a una norma inconstitucional en detrimento de algunas de las partes del litigio, no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta cumplimiento el cual debería responder con su persona y bienes. No obstante lo anterior, uno de los mayores temores a los que se ve enfrentado el servidor público es a las consecuencias que surgen de la toma

FACULTAD DE DERECHO - UNIVERSIDAD DE MANIZALES

decisiones bajo una mala comprensión del ordenamiento jurídico y de la Constitución³.

De igual manera, existen en la Constitución de 1991 una variedad de artículos que dieron vida al régimen de responsabilidad de los servidores públicos, los cuales se encuentran esencialmente reseñados en los artículos 6, 90, 121, 123 y 124⁴.

En el desarrollo de la función administrativa, los servidores públicos son sujetos de una gama de responsabilidades, como la disciplinaria, la penal, la fiscal y la patrimonial. Por lo tanto, estos prefieren no afrontarlas, en consecuencia, optan por no salir de la aparente esfera de protección de la Ley y terminan haciendo las cosas como siempre se hacen y sin el más mínimo riesgo de enfrentar un proceso y de romper esquemas preestablecidos.

No obstante lo anterior y pese a que el derecho sancionador no se limita al derecho disciplinario o al penal, a los que generalmente se hace referencia de manera habitual, sino que existen otros regímenes sancionatorios con características específicas, que se presentan como amenazas al comportamiento de los servidores públicos, todos están sometidos a los principios del debido proceso, el derecho a la controversia y la defensa para proteger las garantías constitucionales.

La Corte Constitucional se ha manifestado a través de varias sentencias, frente a las responsabilidades, pretendiendo alejar dichas prevenciones y actuaciones temerosas de los servidores públicos, generando un ambiente de confianza que permita allanar el camino para que a través de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, se logre, en casos concretos, hacer efectivo el cumplimiento de los fines y funciones del Estado.

³ Artículo 138.- Todo funcionario civil o militar, al posesionarse de su destino, protestará, bajo su palabra de honor, ser fiel a la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución, ateniéndose a su texto, cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen, prometiendo además el exacto cumplimiento de los deberes que el empleo le impusiere por cuya infracción será responsable con su persona y bienes.

⁴ Artículo 6.- los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y la Ley, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones-; Artículo 90.- en los eventos en que el Estado sea condenado a responder patrimonialmente, deberá repetir contra sus agentes cuando el daño antijurídico haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de éstos-Artículo 121.- ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley-

Artículo 123.- los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la Ley y el reglamento-, y

Artículo 124.-. La Ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva-

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOJURÍDICAS

II) Temor al prevaricato: dentro de la legislación colombiana y como desarrollo del principio de legalidad, se estructuró el delito de prevaricato, el cual se puede tipificar por acción o por omisión del servidor público. El mismo lo encontramos en la Ley 599 y se consagra en el Capítulo séptimo del título XV que corresponde a los delitos contra la administración pública, en los artículos 413, 414 y 415.

Por la facilidad con que se puede transgredir la norma, el prevaricato es el delito al cual los servidores públicos profesan mayor prevención, La tipificación de este delito restringe en muchas ocasiones el desenvolvimiento de los servidores públicos.

Para la evaluación del comportamiento de los servidores públicos, de cara a la excepción de inconstitucionalidad, reviste mayor importancia el prevaricato por acción, el cual reza:

"Artículo 413. Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la Ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años (la pena fue incrementada por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 en la tercera parte del mínimo y en la mitad del máximo)

De manera sucinta, este tipo se puede describir como un delito de resultado al proferir manifestación externa de la voluntad, de lesión al bien jurídico protegido - la administración pública, de conducta instantánea al materializar el acto, mono-ofensivo, con sujeto activo cualificado -el servidor público y sujeto pasivo – el Estado, que obra sobre objetos materiales como la resolución, dictamen y concepto contrario a la Ley, que requiere de una actuación dolosa por parte del servidor público para su materialización. Pabón, P. (2002)

Complementario a esta tipificación, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-335 de 2008 mediante la cual se declaró exequible el Artículo 413, señaló: "acogiendo los criterios jurisprudenciales expresados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, menciona que la expresión "contrario a la Ley" debe entenderse como: a) la norma aplicable al caso en concreto; b) el ordenamiento jurídico colombiano; c) los mandatos constitucionales; d) Ley en sentido formal y material; y e) actos administrativos generales".

De ahí la importancia dada por los servidores públicos al prevaricato, este delito reviste un interés particular desde que se asume la condición de servidor público, pues, ostenta la condición de servidor público, pues, en el momento de la posesión y durante la toma de juramento, conforme a lo establecido en el Artículo 122 constitucional, se compromete a defender y hacer cumplir la Constitución y los deberes

FACULTAD DE DERECHO - UNIVERSIDAD DE MANIZALES

que le incumben, so pena de incurrir en las sanciones descritas en el marco normativo que envuelve su desempeño acorde con la responsabilidad juramentada.

El reproche penal se fundamenta en que el servidor público vinculado con el Estado por una relación especial de sujeción, desconoce en forma flagrante el ordenamiento jurídico (Constitución, leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, etc.), que contiene los parámetros a los cuáles debe ceñir su actuación, ya sea apartándose de la normatividad jurídica o dándole una aplicación torcida, y así lo ha venido entendiendo la judicatura⁵".

Por tanto, resulta inadmisible limitar el alcance del término 'Ley' en sentido formal, desconociendo de plano y sin justificación alguna, que este vocablo tiene diversas acepciones, y que para los efectos de la protección penal que busca el delito de prevaricato por acción, debe acudirse a la más amplia de ellas, es decir, como sinónimo de ordenamiento jurídico, de sistema normativo integrado por valores, principios y reglas a las cuales debe ajustarse la conducta de los servidores públicos en un Estado de Derecho⁶, pues la norma no tiene una finalidad distinta a la de persuadir a los servidores para que cumplan la función encomendada con apego a ese ordenamiento jurídico que le impone en el caso concreto, un determinado proceder.

Por lo anterior, se debe deducir que la responsabilidad de los servidores públicos se encuentra diseminada en las diferentes normas que han sido expedidas por el honorable Congreso de la República en cumplimiento de lo ordenado y desarrollando el Artículo 124 de la Constitución Política, concordante con lo expresado en el Artículo 6 que los hace responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las Leyes y por la omisión o extralimitación en el desempeño de sus funciones.

Por tanto, el principio de legalidad adquiere entonces una nueva dimensión, en la que el marco regulador de la actividad estatal está definido por la Constitución, que tiene fuerza normativa, y por las disposiciones que en desarrollo de ella, se dicten y conformen el ordenamiento jurídico.

La Corte Suprema de Justicia ha sido consistente en reiterar que para que se configure el delito de prevaricato por acción "es indispensable que la decisión del funcionario sea manifiestamente contraria al derecho, esto es, que vulnere los principios de hermenéutica jurídica, y esté dirigida a lesionar el interés jurídico de la administración de justicia" Sala de Casación penal, 8 de mayo de 1987, M.P. Edgar Saavedra Rojas.

⁶ En la sentencia C-1287 de 2001 la Corte Constitucional hizo claridad respecto de las distintas clases de normas que integran el ordenamiento jurídico y su valor normativo.

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOJURÍDICAS

III) Investigación disciplinaria: dentro del accionar del poder ejecutivo en ejercicio de su función administrativa, en aras de garantizar el respeto de los derechos de los asociados, el cumplimiento de los fines del Estado y con el ánimo de tener la inspección de las personas que desarrollan estas actividades, existe el control disciplinario soportado en la Ley 734 de 2002, el cual se aplica a los servidores públicos.

Aunque la finalidad de la Ley disciplinaria es la prevención y la buena marcha de la gestión pública, este derecho punitivo propende por la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, conforme lo establece el Artículo 209 de la Carta Política, el comportamiento y el buen ejercicio de la función pública nos permite el cumplimiento de los deberes funcionales. Este derecho disciplinario es una modalidad del derecho sancionador, concepción que hoy en día debe estar orientada por los principios del Estado Social y Democrático de Derecho, previstos en los Artículos 1 y 2 de la Carta Política.

Además, el derecho disciplinario se encuentra soportado por la carta constitucional en su Artículo 6 el cual dispuso: "los servidores públicos no sólo son responsables por infringir la Constitución y la Ley, sino también por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones", norma que posteriormente fue desarrollada por el Congreso de la República mediante la Ley 734 de 2002, Por la cual se expide el código disciplinario único, en su Artículo 23, estableció la definición de la falta disciplinaria, así:

Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este Código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses...

Así, las faltas disciplinarias; entendidas como el incumplimiento de los deberes, el abuso o la extralimitación de los derechos y funciones, y la incursión en prohibiciones, impedimentos, inhabilidades y conflictos de intereses; son las conductas objeto de reproche por parte del derecho disciplinario y aquéllas que los servidores públicos infringen en el ejercicio de la función pública, al actuar o no actuar, al tomar la decisión de aplicar o inaplicar una norma del ordenamiento jurídico que afecte la Carta Política.

Estas afectan la buena marcha y el buen nombre de la administración pública frente a los asociados en cumplimiento de los fines del Estado Social y Democrático de Derecho, pues no existen reportes del uso de la figura de la excepción de inconstitucionalidad en nuestro medio que

FACULTAD DE DERECHO - UNIVERSIDAD DE MANIZALES

permita decir que son muchos los servidores públicos, que en cumplimiento de un deber constitucional, han tomado decisiones en las que los derechos y principios constitucionales han sido defendidos con la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

Lo anterior por temor a ser objeto del contenido de la norma disciplinaria. Por el contrario, pareciera ser que se sienten mejor en la ignorancia, aparentando la inexistencia de la incompatibilidad de la norma

Pero también contradictorio, que los servidores públicos administrativos en el compromiso con la Constitución Nacional, omiten la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, bajo la excusa la investigación disciplinaria, siendo su obligación aplicarla, lo cual permite concluir que los organismos de control disciplinario también hacen caso omiso a la obligatoriedad constitucional.

IV) Principio de legalidad y la primacía constitucional: otro factor que influye negativamente en el accionar del servidor público, obedece al concepto formal de aplicación y primacía de la Ley, por lo tanto, se puede decir que se sigue aferrado al Estado liberal de derecho.

Lo anterior no significa que se esté pensando que las actuaciones no deban ir de conformidad con lo estipulado en las leyes, lo que se quiere evitar es que se guarde reverencia por normas, que van en contra de la Constitución.

Entonces ¿cuántos años más se debe esperar para hacer pública y efectiva la excepción de inconstitucionalidad en el actuar cotidiano de los servidores públicos? La Corte Constitucional se ha manifestado queriendo intervenir en la educación, difusión, sensibilización y socialización del tema e incluso refiere a épocas pasadas, reseñando que su existencia data de muchos años atrás, como lo indica la sentencia T-658/07 de 2007. En tratándose de la Aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, cuando se trata de actos violatorios de los derechos fundamentales contenidos en Carta Política

... el funcionario público encargado de la ejecución de un acto administrativo, tiene la obligación de inaplicarlo cuando en el caso concreto resulte abiertamente contrario a la Carta Política, más aún a los derechos fundamentales en ella contenidos. En el caso de no hacerlo, la tutela es el mecanismo procedente para la protección de estos derechos si no existe otro medio de defensa judicial, o si existen, se busque evitar un perjuicio irremediable.

Frente a este enunciado y aunque lo preceptuado en el Artículo 6, numeral 5, del Decreto 2591 de 1991, esboce que no es viable su aplicación contra actos de carácter general, impersonal y abstracto, la Corte Constitucional ha fijado un precedente y reitera que la acción de tutela, en los casos en que se persigue la inaplicación de una norma

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOJURÍDICAS

abiertamente incompatible a la Constitución y contraria a los derechos fundamentales, es procedente.

En la actualidad la excepción de inconstitucionalidad puede ser aplicada a petición de una de las partes interesadas o de oficio, por quien dirige el procedimiento administrativo, considerando que se trata de una figura que permite dar prevalencia al principio de primacía constitucional.

Un criterio intermedio en esta escala de opiniones, se encuentra en la asimilación de la excepción de constitucionalidad y la excepción de ilegalidad de las normas para inaplicar un acto administrativo o una norma jurídica contraria a la Constitución, haciendo uso de la analogía sobre estos temas la Corte Constitucional, se pronunció mediante Sentencia C-037 de 2000. Demanda de inconstitucionalidad en contra del Artículo 240 de la Ley 4ª de 1913, en donde, aclara estos términos:

(...) la extensión analógica del principio de inaplicación de las normas manifiestamente contrarias a la Constitución para referirlo a todo tipo de disposiciones contrarias a otras jerárquicamente superiores, no consulta realmente la razón de ser de la aplicación analógica de las normas. En efecto, dicha manera de llenar los vacíos legales se fundamenta en el aforismo jurídico según el cual ibi éadem ratio, ibi éadem juris dispositio. En lo que concierne a la inaplicación de las normas por causa de su inconstitucionalidad manifiesta, permitida a cualquier autoridad, las razones que llevaron al constituyente a consagrarla tienen que ver con la garantía de la supremacía del orden superior, razones que no están siempre presentes en los casos de simple disconformidad entre una norma inferior y otra superior.

Se tiene entonces que lo que se busca con la acción de amparo es que se apliquen las prescripciones fundamentales y no las reglas inferiores incompatibles con ellas. En estos términos nuevamente se pronunció la Corte Constitucional a través de la Sentencia T-067 de 1998, señalando:

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

FACULTAD DE DERECHO - UNIVERSIDAD DE MANIZALES

Por tanto, el imperio de la Ley al que está sometido el país, no ha permitido ver más allá de lo que se encuentra taxativo y con las actuaciones negligentes y acomodadas de los servidores públicos, se cometen agravios a través de la legalidad. Se podría decir que Colombia refleja un Estado de "injusticias en medio de la justicia".

Se concluye entonces, que cuando en la aplicación de un acto administrativo, cobijado por presunción de legalidad, resulten vulnerados claros preceptos contenidos en la Constitución, el servidor público debe darle prevalencia a ésta, aplicándola de manera preferente. Sin embargo, se deja claro que los efectos son solo para la situación particular.

V) Seguridad jurídica: para algunos autores, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad va en contravía de la presunción de validez de la Ley, lo que traería consigo graves situaciones de inseguridad jurídica y una amenaza en la violación al principio de igualdad.

Obsérvese que el Juez o el servidor público administrativo, pueda inaplicar una norma para un caso concreto, porque haya sido solicitada legítimamente dentro del asunto en litigio o de oficio; pero puede aplicarla para otro caso similar, porque sus actores no hayan acudido en su inaplicación, acabando con el llamado "gobierno de las leyes" y vulnerando ampliamente el derecho fundamental de la igualdad.

Para superar este caso, se podría proponer que la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad sea de oficio y no solo a petición de parte.

Se reitera que el efecto que produce la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad no afecta la validez de la norma y sólo quien encuentra trasgredido un derecho particular y subjetivo que se halle jurídicamente protegido por la Constitución tiene la posibilidad de requerir al servidor público su protección a través de esta figura constitucional y así, el derecho a la igualdad no sería afectado como se quiere hacer ver

VI) El temor al error judicial: la figura del error judicial como causal de responsabilidad en un proceso de reparación directa podría ser obstáculo en la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad por vía de excepción. Al respecto la Bernal, N. (2002), analiza las actuaciones por vías de hecho por parte de los Jueces, pero desde el punto de vista de los servidores públicos, se debe concluir que en ellos recae la misma responsabilidad al incurrir en las vías de hecho que causen perjuicios a los derechos constitucionales de quien es parte en el procedimiento administrativo que éste lidere.

De ahí que el servidor público que decide sin sustento legal o hace mal uso del control difuso por vía de excepción, en el sentido de interpretar

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOJURÍDICAS

erróneamente la ley, o sin seguir el procedimiento adecuado, puede igualmente incurrir en responsabilidad administrativa del Estado.

Conclusiones

Para el fortalecimiento del Estado social de derecho se requiere del interés y decidido entusiasmo de sus servidores públicos para profundizar en el conocimiento constitucional y así extraer del mismo, una multitud de beneficios, que hoy están sin aplicar, para avanzar hacia la conformación de una sociedad mas justa y equitativa, propuesta por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.

Requerimos concienciar los servidores públicos, en el sentido de hacer ver que no son pocos los desafueros y desatinos en los que incurren cuando dejan de dar aplicación a la voluntad del constituyente a través de los principios constitucionales, por la reverencia de la ley y el principio de legalidad de las normas que afectan intereses generales del derecho y los ciudadanos

Es necesario atacar (a través de la educación) la ausencia de unidad de conocimientos y criterios institucionales en el poder ejecutivo para lograr que la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad no sea un acto heroico.

Es claro que el Estado, en su función de reglar todas las situaciones humanas comete desafueros e infringe los principios del derecho, las norma superior constitucional y el bloque de constitucionalidad; así, no puede quedar asomo de dudas que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado y por su Constitución, que viole o afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, debe ser inaplicada por inconstitucional.

La protección constitucional está soportada en el control de constitucionalidad, el que a su vez tiene fundamento el principio de supremacía constitucional, esto es, que la Constitución por ser la norma de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico, tiene la subordinación de las demás normas, las cuales deben armonizarse y sujetarse al contenido principal, so pena de ser inaplicadas.

La excepción de inconstitucionalidad es una herramienta de control constitucional desconocida que ha sido ignorada por los ciudadanos, se suma la poca aplicación que de ella hacen los servidores públicos, convirtiéndola en un mecanismo subutilizado.

La mayor aplicación de la excepción de inconstitucionalidad se presenta en la función judicial y es muy escasa en la función administrativa. Lo anterior se suma al desconocimiento de los ciudadanos, la inactivi-

FACULTAD DE DERECHO - UNIVERSIDAD DE MANIZALES

dad de los servidores públicos y la baja cultura constitucional lo que permite concluir que finalmente los contenidos constitucionales existentes no han sido apropiados e interiorizados en la sociedad.

Para la mayoría de los servidores públicos la excepción de inconstitucionalidad es un figura conocida dentro del contexto jurídico; no obstante lo anterior, los funcionarios administrativos se consideran carentes de competencia para aplicarla. Lo anterior en virtud al hecho de creerla de exclusiva aplicación en procesos judiciales y no administrativos.

Este desconocimiento conduce a que los operadores jurídicos tengan claros temores al momento de pensar en la posibilidad de inaplicar una norma, prefiriendo dejar esta responsabilidad en los Jueces y apegándose cada día más al impero de la ley, pese a ser inconstitucional. El velo legal de las normas inconstitucionales, se prefiere por los servidores públicos, aún cuando la jurisprudencia se ha pronunciado con relación a la posibilidad de revocar actos administrativos en firme (con la debida autorización del interesado) proferidos por la administración pública en el caso de ser inconstitucionales.

La rigidez y la formalidad del derecho administrativo, riñe con el propósito del derecho constitucional de defender la Constitución. Se concluye por tanto, que el fortalecimiento de la formación jurídica constitucional en el sistema educativo formal, media o superior aparece como una necesidad latente vía la construcción de una cultura constitucional, que se traduzca a su vez, en la aplicación y defensa de la Constitución. No obstante, la inclusión de este componente formativo no sólo es necesaria en el contexto escolar formal, sino además y de manera especial, en las facultades de derecho.

Se aduce que pese a que la excepción de inconstitucionalidad tiene 100 años de vigencia en el marco jurídico colombiano y que la juris-prudencia constitucional ha sido reiterativa, acerca de la obligación de los servidores públicos de ejercer la excepción de inconstitucionalidad cuando encuentre en un caso especifico norma contraria a la Constitución; esta figura presenta una aplicación aún en ciernes y que no es conocida por los mismos funcionarios administrativos.

Si bien se entiende que la aplicación de la excepción genera ciertos riesgos por el desconocimiento que se tiene de ella; la Corte en casos específicos, ha resaltado la obligación de que los servidores públicos al momento de aplicarla cuenten con autorización de sus superiores funcionales.

El análisis jurisprudencial arroja que los funcionarios administrativos están cubiertos por la obligatoriedad de las normas constitucionales, so pena de incurrir en una vía de hecho al negarse a enfocar su com-

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOJURÍDICAS

portamiento según lo establecen los preceptos constitucionales. Contrario a lo que piensan algunos servidores públicos que consideran que aplicando una norma inconstitucional, "pero legal" se encuentran protegidos por el amparo del imperio de la Ley.

Se debe hacer claridad, en el sentido que aplicando una norma de carácter legal pero manifiestamente inconstitucional, que vaya en contra de las garantías constitucionales de una de las partes, también se puede incurrir en la responsabilidad administrativa.

Existe un panorama preocupante en la aplicabilidad de la excepción de inconstitucionalidad en la vía administrativa y fácilmente se pudiera afirmar que resulta difícil y complicado rescatar esta figura constitucional para el beneficio de los ciudadanos colombianos.

Es necesario analizar la excepción de inconstitucionalidad como una herramienta que nos da la oportunidad de fortificar el Estado constitucional, por ende se debe mejorar su utilización con mayor seguridad y facilidad como se realiza en la vía judicial, en la que, sin ser de uso común, se reportan más casos.

FACULTAD DE DERECHO - UNIVERSIDAD DE MANIZALES

Bibliografía

Alchurrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio. (1987) Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.

Bernal, N. (2002). *La excepción de inconstitucionalidad y su aplicación en Colombia*. Bogotá: ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Charry, J M. (1994). La excepción de inconstitucionalidad, Asociación colombiana de derecho constitucional y ciencia política. Santa Fe de Bogotá D.C: Ediciones Jurídica Radar.

Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". (1988). Hermenéutica jurídica, curso de capacitación para jueces de la república. Bogotá: EJRLB.

Estrada, S I. (2000). La excepción de principialidad. Bogotá: Editorial Temis.

Naranjo, V. (1987). Teoría constitucional e instituciones políticas. (2ª ed.). Bogotá: Editorial Temis S.A.

Restrepo, C. (1978). *Tres ideas constitucionales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.