

Campus Universitario del Puente del Común, Chía, Cundinamarca, octubre 23 de 2003.

H. Magistrado  
JAIME ARAÚJO RENTERÍA  
H. CORTE CONSTITUCIONAL.  
Calle 12 # 7-65  
Palacio de Justicia Alfonso Reyes Echandía  
E.S.D.

**Referencia:** Expediente Número D-004869.

**Norma Acusada:** Artículo 13, parcial, de la Ley 80 de 1993.

**Actor:** El doctor Humberto Sierra Porto, en su condición de ciudadano, manifestando su calidad de Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa.

Respetado Señor Magistrado:

Hernán Alejandro Olano García, ciudadano en ejercicio identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como comisionado de la ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA, entidad en la cual ostento el título de Miembro Correspondiente, mediante el presente escrito y dentro del término concedido, presento respuesta al Oficio 1776 de la Secretaría General de la Corte Constitucional, en relación con el proceso de la referencia, seguido en contra de los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

#### **DEL CONCEPTO SOLICITADO:**

Mediante oficio 1776 de octubre 9 de 2003, emanado de la Secretaría General de la Corte Constitucional y recibido el mismo día nueve (9) en la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a las 5:30 p.m., el H. Magistrado Jaime Araujo Rentería solicita a la Corporación, si lo estimase oportuno, concepto que se emite dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la citada comunicación.

En sesión ordinaria del viernes diez (10) de octubre de 2003, el Señor Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, doctor Jorge Vélez García, ha tenido a bien asignarme la consulta formulada, de acuerdo con el consecutivo A.C.J. C.C. 00-090.

En la demanda, el doctor Humberto Sierra Porto, en su condición de Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa centra su solicitud de inconstitucionalidad sobre los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, en cinco aspectos:

- a. El Principio de Supremacía Constitucional.
- b. El Principio de Supranacionalidad.
- c. El Principio Locus Regit Actum.
- d. El Principio de igualdad de derechos civiles y garantías entre Nacionales y Extranjeros (sic).
- e. El Test de Igualdad.

En aras de la brevedad, Señor Magistrado Araujo Rentería, sólo me referiré al primero de los principios expresados por el doctor Sierra Porto, para justificar la inconstitucionalidad parcial del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

### **EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL:**

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico no todas las normas tienen igual jerarquía, como nos quiere hacer creer la Ley 80 de 1993, por el contrario, existen diferentes grado en l orden jurídico como única manera posible de asegurar la necesaria armonía en un sistema normativo y evitar el caos y la anarquía. Ya latón advertía, en uno de sus famosos diálogo: "Por esto es preciso, Clinias, que nos esforcemos en ligar bien todas las partes de la nueva ciudad, procurando no omitir nada de lo que se llaman leyes, costumbres, usos, ya nos parezca su objeto de mucha o poca importancia; porque efectivamente éstos son los vínculos que unen el edificio político, y ninguna de las leyes, escritas o no escritas, puede subsistir sino en cuanto se prestan todas un apoyo mutuo".

Por eso, es terrible imaginar la terrible confusión que existiría en un Estado en el cual tuviesen la misma jerarquía o valor todas las normas jurídicas, en este caso la Ley 80 por encima de la Constitución. Surge así la imperiosa necesidad de la gradación jerárquica de las distintas especies de normas que impone el principio de la supremacía de la Constitución, y que a mi juicio tiene en Colombia la siguiente escala:

#### **a. En el ámbito nacional**

- 1) Ley de leyes (Constitución).
- 2) Leyes aprobatorias de tratados públicos internacionales.
- 3) Leyes estatutarias.
- 4) Leyes orgánicas.
- 5) Leyes ordinarias.
- 6) Leyes delegantes.
- 7) Decretos-leyes (delegados).
- 8) Decretos-leyes extraordinarios.
- 9) Decretos presidenciales.
- 10) Resoluciones.
- 11) La costumbre.
- 12) Pactos o convenios colectivos de trabajo.
- 13) Actos de otras autoridades nacionales diferentes al Presidente de la República según sus jerarquías.

#### **b. En el ámbito regional**

- 1) Ordenanzas departamentales ordinarias.
- 2) Ordenanzas delegantes.
- 3) Decretos del gobernador con base en las ordenanzas delegantes.
- 4) Decretos reglamentarios.
- 5) Resoluciones.
- 6) Actos ordinarios de los gobernadores.
- 7) Actos de los demás funcionarios departamentales según jerarquías.

**c. En los municipios o distritos**

- 1) Acuerdos ordinarios de los concejos municipales y distritales.
- 2) Acuerdos delegantes.
- 3) Decretos del alcalde con base en los acuerdos delegantes.
- 4) Decretos reglamentarios del alcalde.
- 5) Actos ordinarios del alcalde.
- 6) Actos de las demás autoridades municipales según su jerarquía.
- 7) Resoluciones de las JAL.

Mi escala, que es la del Estado, sigue el modelo de Kelsen, quien en su "Teoría general del derecho y del Estado" va exponiendo su concepción de la pirámide jurídica y expresa que "el análisis del derecho, que revela el carácter dinámico de este sistema normativo, así como la función de la norma fundamental, revela otra peculiaridad del mismo derecho: éste regula su propia creación, en cuanto una norma jurídica determina la forma en que otra s creada, así como, en cierta medida, el contenido de la misma. Cuando una norma jurídica es válida, por haber sido creada en la forma establecida por otra, la última constituye la razón de validez de la primera. La relación existente entre la norma que regula la creación de otra y esta misma norma, puede presentarse como un vínculo de supra y subordinación, siendo estas figuras de lenguaje de índole espacial. La norma que determina la creación de otra, es superior a ésta; la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera. El orden jurídico, no es, por tanto, un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen , por así decirlo, una al lado de la otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas. La unidad de éstas hállase constituida por el hecho de que la creación de una norma -la de grado más bajo- se encuentra determinada por otra -la de grado superior-, cuya creación s determinada, a u vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal regressus termina en la norma de grado más alto, o norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico. La estructura jerárquica del orden jurídico de un Estado puede expresarse toscamente en los siguientes términos: supuesta la existencia de la norma fundamental, la Constitución representa el nivel más alto dentro del derecho nacional".

La Constitución ocupa el lugar más alto en la jerarquía de las normas y por eso sus preceptos condicionan la validez de todas las demás leyes.

Las Constituciones no encarnan mitos ni dogmas, son documentos jurídicos y políticos susceptibles de sufrir cambios y adaptaciones al ritmo de los tiempos y conforme al enseño de la experiencia.

Todos los jueces, para encontrar la eficacia directa de la Constitución, habrán de tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión, como lo indica Ignacio de Otto, con las siguientes consecuencias citadas en su obra "Derecho Constitucional, sistema de fuentes":

- A) Dado que la Constitución es norma superior, habrán de examinar con ella todas las leyes y cualesquiera normas para comprobar si son o no conformes con la norma constitucional.

- B) Habrán de aplicar la norma constitucional para extraer de ella la solución del litigio o, en general, para configurar de un modo u otro una situación jurídica.
- C) Habrán de interpretar todo el ordenamiento conforme a la Constitución.
- D) El juez hará valer la Constitución junto a la ley para interpretar ésta o para completarla.

Esto significa que la Constitución posee eficacia directa como norma de normas y ello implica que la Carta por sí misma atribuye derechos y libertades sin necesidad que intervenga el legislador, pero, cuando este lo hace, debe someterse al imperio del Estatuto Superior.

Lo que pasa es que en la mayoría de las Constituciones, las normas articuladas en su texto están protegidas por la llamada rigidez constitucional, cuyo efecto es no permitir enmiendas de la Carta misma sin el lleno de ciertas formalidades especiales como las estatuidas en la Constitución colombiana.

Es tan importante la Ley de leyes, que se ha llegado a decir que el Estado no “tiene” una Constitución sino que “es” una Constitución. Por encima de ella no existe ninguna otra norma. Es el ápice de todo el ordenamiento jurídico de un país. Para comprobarlo basta aludir a las normas correspondientes de algunas Constituciones modernas.

La Carta italiana, por ejemplo, en el artículo 18 de sus disposiciones finales, dice que “la Constitución deberá ser fielmente observada como *ley fundamental de la república* por todos los ciudadanos y órganos del Estado”.

La Carta Magna del Japón en su art. 98 proclama: “La presente Constitución es la *ley suprema del país*; ninguna ley ordinaria o acto imperial u otro acto del gobierno, contrario (en todo o en parte) a las disposiciones aquí enunciadas, tendrá validez ni fuerza de ley”.

La Constitución de la República Democrática Alemana en su art. 107 afirma el siguiente principio fundamental: “La Constitución es *fuerza directa de derecho*”, con lo cual subraya la importancia excepcional de la Ley de leyes.

A su vez la Carta Magna colombiana en su art. 4 sigue el mismo criterio al acentuar que “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”.

En todo caso, la supremacía material de la Constitución, según el Embajador Vladimiro Naranjo Mesa, significa que «*el orden jurídico del Estado depende por entero de la Constitución. Siendo ella el origen de toda la actividad jurídica que se desarrolla dentro del Estado, necesariamente será superior a todas las formas de esta actividad, puesto que es de ella, y tan sólo de ella, que esas formas derivan validez. En este sentido decimos que la norma o la ley fundamental.*

De una manera más precisa, como lo explica BURDEAU, la superioridad material de la Constitución resulta del hecho de que ella organiza las competencias. En efecto, al crear las competencias, ella es necesariamente superior a los individuos -los gobernantes- que están

investidos de esas competencias. Por consiguiente, los gobernantes no pueden ir en sus actos contra la Constitución, sin despojarse, al mismo tiempo, de su investidura jurídica.

*La supremacía formal de la Constitución nace de la autoridad superior que se reconoce a esta por su contenido. Este hecho hace que para su elaboración y modificación se utilicen procedimientos especiales. Es por esto que el establecimiento y reforma de los textos constitucionales se subordina al respeto de ciertas formalidades especiales. De ahí resulta, en primer término, la distinción que se hace entre Constitución rígida y flexible.»*

La supremacía de la Constitución, también encontró su desarrollo en la Introducción de la presente publicación, cuando en forma extensa me detuve en el famoso caso Marbury vs. Madison cuando en el célebre fallo se determinó: «Si una ley está en oposición a la Constitución; si ambas, la ley y la Constitución, se aplican a un caso particular de tal manera que la Corte deba decidir el caso conforme a la ley, desestimando la Constitución o conforme a la Constitución desestimando la ley, la Corte debe determinar cual de estas reglas en conflicto gobierna el caso. Esto es de la pura esencia de la función judicial. Si entonces las Cortes están para vigilar la Constitución y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario del legislador, la Constitución y no el acto ordinario, debe regir el caso...»

Y sobre este punto de la supremacía de la Constitución, vale la pena también recordar la frase que en su periódico «El Federalista», plasmara en 1788 Alexander Hamilton: «Ningún acto legislativo, contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto, significaría afirmar que el subalterno es más importante que el principal; que el sirviente está por encima de sus patrones; que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo.»

Es decir, que la Constitución ocupa el lugar más alto en la jerarquía de las normas y por eso sus preceptos condicionan la validez de todas las demás leyes.

En la parte introductoria de esta Constitución, se encuentra un detallado análisis del principio de supremacía constitucional.

Como lo estableció la Sentencia T-006 de 1992 de la Corte Constitucional, «Las normas de la Constitución son fundamentales en cuanto ellas expresan un mínimo de principios incuestionables e incontrolables que por su estabilidad y permanencia sirven de sustento a la comunidad. Esos principios son unos de naturaleza orgánica y procedimental y otros de contenido material. Los primeros señalan las tareas que el Estado debe cumplir, configuran las competencias e instituyen los órganos que las realiza; gracias a ellos se regulan los procesos de creación y aplicación de normas de conflictos, estableciendo entre los órganos, mecanismos de coordinación y control a los abusos del poder. Los segundos consagran las metas del Estado, los principios y valores máximos de la sociedad y los ámbitos de libertad y derechos de los individuos y grupos.»

Igualmente, sobre estos aspectos fundamentales de la Carta, veamos otras jurisprudencias sobre el particular:

*«Existe prohibición para el juez constitucional de ejercer el control jurisdiccional sobre la Constitución promulgada. La competencia de la Corte para estudiar actos reformativos aprobados mediante Asamblea Nacional Constituyente se refiere solamente a futuras reformas que se realicen a partir de la vigencia de esta Constitución. Esta expresa prohibición significa que a la Corte le corresponde cumplir todas las funciones que la propia Constitución le fija, pero nada más que esas, es*

*decir, se interpreta en forma restrictiva. Si el constituyente primario es capaz de dar una nueva Constitución, aún en contra de lo anterior, como en efecto ocurrió, a fortiori puede en todo momento establecer cláusulas que garanticen la estabilidad del nuevo ordenamiento, máxime cuando éste es democrático y humanista.*

*La Asamblea Nacional Constituyente que expidió la nueva Constitución Política de Colombia fue un poder comisionado del pueblo soberano. Su fuerza jurídica era fáctica, pues provino de un hecho político fundacional, mas no jurídico. Ella actuó no por orden de la Constitución de 1886 y sus reformas, sino por fuera de ella, por disposición directa del pueblo en un período de anormalidad Constitucional. En este sentido la comprensión del proceso colombiano de reforma se encuentra en el concepto de anormalidad constitucional; y este concepto sólo puede ser definido políticamente por ser acto fundacional, pues se refiere a un presupuesto del derecho que todavía no es jurídico.*

*Cuando una Constitución es reemplazada por otra que termina siendo eficaz, no tiene sentido cuestionar su validez. En este caso las condiciones de lo verdadero y lo falso, de lo válido y lo inválido, de lo legal y lo ilegal, son otras. Por lo tanto, carece de razonabilidad todo análisis que suponga una continuidad lógica-jurídica.” (Auto de marzo 3 de 1992, del Magistrado Alejandro Martínez Caballero).*

Así las cosas, la justificación del doctor Sierra Porto, para que se declare la inconstitucionalidad parcial del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, por cuanto vulneran el último inciso del artículo 150 de la Constitución Política en tanto que esa disposición faculta al Congreso de la República para expedir el Estatuto General de la Contratación Administración Pública, pero como dice la Demanda, "en el entendido que dicho Poder Normativo debía ejercerse dentro de los límites y bajo las condiciones expresamente contempladas por la misma Carta Superior."

La Constitución, dice Charles Eisenman en "La Justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche", constituye el grado supremo, o desde el punto de vista dinámico, la fuente, el principio del orden estático entero: no se encuentra, en la esfera del derecho interno, nada por encima de las reglas constitucionales, nada que les sea superior, porque no hay nada que les sea lógicamente anterior. Las normas constitucionales -reglas de la legislación ordinaria o de la legislación constitucional- son soberanas en el orden interno, no están ni pueden ser limitadas. O, si se prefiere considerar los órganos de la creación del derecho más bien que las reglas de derecho que ellos crean, el legislador constituyente -en sentido estricto, es decir, histórico- es jurídicamente soberano: él obligará pero nada le obliga. Según este autor, "la supremacía de la Constitución -revestida o no de una forma distintiva- en el Estado confiere a la misma naturalmente la cualidad de medida suprema de la regularidad jurídica".

Sánchez Agesta puntualiza el carácter de derecho fundamental que inviste la Constitución. La primera significación que atribuye a este término alude a la conexión inmediata con los factores reales de poder de un medio, en cuyo carácter se apoya la vigencia efectiva de la misma y es la única garantía de su perdurabilidad. Una segunda significación alude a que en la Constitución se contienen el mínimo de elementos para que el orden pueda existir; en

cuyo sentido vale tanto como esencial del orden, vinculándose el término a significaciones tales como importancia o principalidad. Una tercera significación del término fundamental está referida a su sentido genuino de cimiento o fundamento sobre el que se levanta alguna cosa.

Para el citado constitucionalista español, Orden Fundamental quiere decir que la Constitución es la base en la que descansa el restante ordenamiento jurídico, razón por la cual, no puede el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 oponerse al mismo en virtud de una inapropiada supranacionalidad.

La conveniencia a que Aristóteles alude al comparar los conceptos de Constitución y ley, expresa este sentido, que Santo Tomás destacaba al considerar las leyes como determinaciones de la Constitución y consecuencia de los principios que en ella están contenidos. La Constitución está aquí concebida como la premisa mayor de que las leyes derivan sus conclusiones; la Constitución es la fuente y las leyes el agua que corre por el cauce; aquella el tronco y éstas las ramas y las hojas que viven de su savia.

Señala Sánchez Agesta que la esencia de estas consecuencias formales es dar al derecho constitucional la naturaleza de un derecho de rango superior, rango que se expresa en cuatro factores característicos:

- a. Cuando la Constitución es derecho escrito, puede manifestarse en el carácter solemne de su promulgación o en el mismo estilo de las fórmulas y expresiones gramaticales que acusan el valor básico de los principio proclamados.
- b. En la medida en que la Constitución es expresión de los factores reales de poder, expresa los valores vinculantes de una comunidad y establece y ordena la conexión de los órganos de poder con las instituciones y fuerzas efectivas del orden social.
- c. Siendo la Constitución la estructura esencial del orden, la tendencia a asegurar su estabilidad, como identidad del orden y salvaguardia de los principios que en ella se formulan, incita a establecer trabas y cortapisas a su transformación. Otra consecuencia de este carácter fundamental es la reforma de la Constitución sometida a un procedimiento específico de particular dificultad o prohibida por un espacio de tiempo. A veces incluso se prohíbe la reforma de algunas instituciones establecidas por la Constitución.
- d. En cuanto al derecho constitucional debe determinar el restante ordenamiento jurídico, esta coordinación o conveniencia se asegura defendiendo la Constitución de aquellas actuaciones u ordenaciones que discrepan de los fundamentos constitucionales. El enjuiciamiento de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las determinaciones del ordenamiento jurídico es la consecuencia de esta última significación del carácter fundamental de la Constitución.

Hermann Finer en su “Teoría y práctica del gobierno moderno”, afirma que “un elemento fundamental de la Constitución es su supremacía como aparato regulador del comportamiento político”, lo cual ratifica su principalidad, por tanto, y, aunque es cierto que los mandatos supranacionales encuentran una resistencia en la tradicional soberanía absoluta, nuestra Colombia no ha consagrado definitivamente en su incipiente derecho comunitario la

prevalencia de la supranacionalidad, como sí ocurrió ya en Europa cuando el Supremo Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Sentencia de 15 de julio de 1964, recurso 1964, p.1159) señaló que la comunidad creada por el proceso integracionista, tendrá poderes efectivos que emanan de una limitación de competencias o de una transferencia de atribuciones de los Estados, por lo cual ellos aceptan limitarse, aunque en esferas delimitadas, sus poderes soberanos y creando un derecho aplicable tanto a los nacionales como a ellos mismos, y no podrán invocar su soberanía para sustraerse de las obligaciones derivadas de la norma comunitaria, por cuanto en ejercicio de la soberanía han decidido libre y voluntariamente limitarse.

Como lo expresa nuestro colega de la U.B.A. y de la U.C.E.S de Buenos Aires, el Profesor argentino Calogero Pizzolo, el poder limitado deviene en limitado por el principio de autodeterminación de los Estados que predica su libertad, tanto para ampliar como para limitar el ejercicio de sus competencias, así también el ejercicio de las atribuciones soberanas es limitado según la delegación prescrita por el pueblo.

En mérito de lo expuesto, con base en la exposición realizada sobre el principio de supremacía constitucional, apoyamos la pretensión del actor para que se siga la regla general y así, los actos del Estado se rijan por la Ley Local, salvo que una norma de rango constitucional así lo exprese, como por ejemplo lo hace Sierra al citar el Acto Legislativo que incorporó al artículo 93 la competencia de la Corte Penal Internacional.

Así, concluimos que debe prosperar la pretensión de inconstitucionalidad contra el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, en sus apartes acusados, promovida por el doctor Humberto Sierra Porto, ante la H. Corte Constitucional.

Del H. Magistrado Araujo Rentería, con todo respeto,

HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA  
Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia  
C.C. 6.776.897 de Tunja  
T.P. 57752 del C.S. de la J.

HAOG/haog.