



CONTACTO IUS

EDICIÓN:002
ISSN:2357-5247

CONTACTO IUS

The image is a composite background. In the upper half, a statue of Lady Justice, blindfolded and holding scales of justice in her raised right hand and a sword in her left, is superimposed over a landscape of rolling green hills under a cloudy sky. In the foreground, the bottom corners show clusters of coffee cherries on branches. The text 'CONTACTO IUS' is written in large, white, sans-serif capital letters across the center, with 'CONTACTO' on the top line and 'IUS' on the bottom line.

DIRECTOR: DR. LUIS JAVIER ROSERO VILLOTA

EDITORA: DRA. CLAUDIA MILENA VÉLEZ ORTIZ

DISEÑADOR: DIEGO FELIPE MARÍN LÓPEZ

EDITORIAL

El segundo número de la Revista CONTACTO IUS es un nuevo esfuerzo del Tribunal Administrativo del Quindío dirigido a mantener vigente un espacio de comunicación en temas jurídicos relacionados con el derecho público.

La tarea no ha sido fácil, pero se ha logrado cumplir con el objetivo. En esta oportunidad se abordan ensayos desde la óptica personal del autor, que incluyen a un Consejero de Estado, el Dr. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, jueces administrativos, abogados asesores y estudiosos del derecho que gentilmente han querido compartir sus juiciosos estudios con la comunidad jurídica.

De la situación de la administración de justicia en el área administrativa, se pasa a la constitucionalización del derecho administrativo y de este a la necesidad de respetar la calidad de género, en fin, apuntes varios que guardan una clara actualidad.

Como en la primera ocasión también se acompañan trabajos literarios y artísticos, a fin de lograr un producto armónico, que no solo contenga profundos escritos, sino también situaciones humanas relajantes.

El llamado es a que todos los interesados en escribir, abogados, servidores públicos, servidores judiciales, docentes, se vinculen para próximos números, pues la tarea es de constante construcción. Un esfuerzo como se ha empezado no se puede dejar a la deriva y en ello hay que reconocer de manera directa la entrega que frente a la publicación ha tenido la Dra. CLAUDIA VELEZ, relatora en propiedad de la Corporación.

LUIS JAVIER ROSERO VILLOTA

Director
Magistrado Tribunal Administrativo del Quindío

INDICE

"DIGNIDAD" "HUMANA" Y "DERECHOS" HUMANOS	pag. 1-3
UN PALACIO DE JUSTICIA	pag. 4-5
LIMITACIONES A LOS DERECHOS PENSIONALES DE LOS CONGRESISTAS	pag. 6-8
ACERCA DE LAS FACULTADES ELECTORALES DE LAS CORTES	pag. 9-10
UMBRAL ELECTORAL, ¿BARRERA INCONSTITUCIONAL?	pag. 11-15
TEORÍA DE LOS MÓVILES Y FINALIDADES.	pag. 17-25
NUEVOS PARADIGMAS EN EL CONTROL ADMINISTRATIVO Y JUDICIAL DEL ESTADO COLOMBIANO	pag. 27-39
LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y LA TEORIA DEL DISCURSO RACIONAL DE ROBERT ALEXY	pag. 40-46
HOMBRES Y MUJERES: IGUALDAD LEGAL, UN FRACASO REAL	pag. 47-50
EL TRASEGAR DE UNA EXISTENCIA	pag. 52
LA LIBERTAD	pag. 54-55
A CERCA DE LA ACADEMIA DE HISTORIA DEL QUINDÍO	pag. 57-58
SENTIMIENTOS ACOMPLEJADOS	pag. 60
HUMOR JÚRIDICO	pag. 62

" DIGNIDAD "

" HUMANA "

Y

" DERECHOS "

HUMANOS "

Por: Oliverio Gómez H.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos¹ ha sido uno de los documentos no solo declarativos sino de efectos vinculantes para el Derecho, la política y el poder además de tener efectos moralizantes; aquí se le recuerda a la humanidad de la segunda postguerra no solo que la dignidad de los seres humanos exige la garantía de un número de derechos básicos, sino ante todo que el no respeto a la Dignidad, los Derechos Humanos y el Estado de Derecho es lo que posibilita la caída en el uso de la violencia generalizada, así sea como rebelión justificada, y en una condición para la que no aparece destinado el ser humano ni constituye su ideal de excelencia y del máximo bien. Asimismo, la Carta de la ONU ha prohibido la guerra porque -como lo reseña L. Ferrajoli- "ha llegado a ser inaceptable" y asimismo porque "ha transformado la injustificabilidad moral de la guerra en su ilegalidad e ilicitud"², pero ante todo porque tal evento violento generalizado constituye por antonomasia el desconocimiento de la dignidad de lo humano.

El Derecho Internacional Humanitario, por otra parte, a pesar de ser un derecho de excepción, busca proteger a la persona humana en tiempos de conflicto armado, porque aunque su ámbito de aplicación es limitado, sin embargo le anima un principio de humanidad que exige el respeto del ser humano más allá de las exigencias militares en el conflicto.

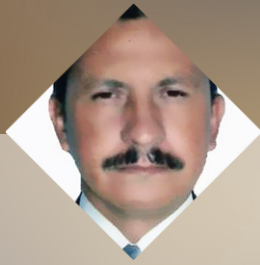
A partir de una cierta concepción de lo humano, entonces, se ha convertido en lugar común la idea de su "dignidad" intrínseca. Es ya parte central de ese sedimento de la cultura – mundo, con pretensión universalizable, y pivote por excelencia de las nociones seculares de vida buena y justa. Su realización se asocia a la garantía de los derechos humanos.

Los antecedentes de esta idea de la dignidad se encuentran en aquellas nociones de la igualdad de los seres humanos; con ellas va perfilándose un aprecio, un reconocimiento singular del valor de lo humano que, por el hecho de serlo, aparece como destinatario, como merecedor, de consideración especial, por lo menos frente a los demás seres de la naturaleza. Como un hito en la construcción de la idea de la dignidad se constituyen De Hominis Dignitate de Pico Della Mirandola en Italia y el "Diálogo de la Dignidad del Hombre" de Fernán Pérez de Oliva en España, contemporáneos de las reflexiones de los "humanistas" renacentistas de

¹Aprobada en la Asamblea General de la ONU el 10 de Diciembre de 1948.

²FERRAJOLI, Luigi. Razones jurídicas del pacifismo. Madrid: Trotta, 2004, p32.

³Por ejemplo en la "Declaración del buen pueblo de Virginia" (1776), en la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" (1789 y 1793), entre otras.



Oliverio Gómez H.

Sociólogo, Lic y Mag. En Filosofía (Ética y Filosofía Política), adelanta cursos de doctorado en Derecho.

los siglos XIV a XVI. El iusnaturalismo racionalista aportará la concepción de los derechos naturales del individuo. Las revoluciones modernas con sus declaraciones de derechos³ consagrarán con fuerza vinculante la dignidad humana expresada en el reconocimiento del valor de los humanos como seres iguales y libres y portadores de derechos. Las diversas generaciones de derechos reconocidos tras reclamos y luchas e incluso tragedias como la II Guerra Mundial permitieron afianzar la idea de una dignidad intrínseca de lo humano y resignificar una concepción integral de los derechos como garantía de aquella.

Las diversas generaciones de derechos reconocidos tras reclamos y luchas e incluso tragedias como la II Guerra Mundial permitieron afianzar la idea de una dignidad intrínseca de lo humano y resignificar una concepción integral de los derechos como garantía de aquella.

Kant encuentra en la autonomía de la voluntad el fundamento de la dignidad humana; esta dignidad o valor interior absoluto e incondicionado deviene de ser un fin en sí mismo como ser racional que “no obedece a ninguna otra ley que a la que da a la vez él mismo⁴, al decir del filósofo para quien un “fin en sí mismo” es aquel ser moral “miembro legislador en el reino de los fines” que se somete él mismo a esa legislación universal⁵ o sea el sujeto moral que atiende a la ley inscrita en su razón. Hegel aporta la dimensión del reconocimiento del otro y la vida en común como constitutivos de la dignidad de la persona humana y su exigencia de respeto y libertad.

Desde la idea de la dignidad, se pretende responder para buscar protección y salvaguardas que garanticen el respeto al ser humano, su bienestar, convivencia y desarrollo. Los logros provisionales que dan piso real a dicha idea se expresan en la dimensión ética, jurídica y política inherente al sistema internacional de los derechos humanos. Estos pueden considerarse como bienes primarios de vital importancia que se constituyen en las condiciones no solo necesarias, sino suficientes que concretan, en cada época y cultura, una existencia digna para todo ser humano⁶. Son un logro histórico que, por tanto, se resignifican y por tanto resignificarán la concepción de la dignidad y de lo humano. Es un nuevo “humanismo”. Es una explícita aceptación de la primacía ontológica y axiológica del ser humano; es el reconocimiento de su valor especial como un ser cualitativamente distinto y estimablemente superior respecto a los demás seres de la naturaleza, con los cuales requiere tener una relación armoniosa que garantice las condiciones de posibilidad real para su existencia y la vida en general; pero a la vez, y sin que se confiese en voz alta, es una apuesta, una fe, en lo mejor de lo humano, de ahí precisamente su necesario lugar prescriptivo y normativo.

El respeto a la dignidad humana exige como corolario el reconocimiento del derecho a la diversidad, a la diferencia. La igualdad como seres libres se complementa con la valoración de la particularidad por la pertenencia a identidades con las que nutren el propio sentido de su existencia. De la reducción de lo humano a entidades simples autoexplicables, autosuficientes y con su concepción particular de lo bueno se viene pasando a la noción de un individuo que requiere de los otros para ser completo y desarrollar sus capacidades⁷, y a la aceptación de que también existen identidades colectivas que tienen su propio valor, sus necesidades y aspiraciones y su noción de bien común y por tanto son sujetos de derecho y de deberes; entidades sociales en las que los individuos se realizan considerándolas su espacio vital compartido⁸. Para Taylor, esta preocupación por la identidad, la autenticidad, la originalidad, la dialogicidad que los hace posibles, significó un “enorme giro subjetivo” en la cultura moderna⁹. Desde perspectivas como el multiculturalismo y el comunitarismo, especialmente, se ha venido argumentando en defensa del valor de las identidades colectivas en la constitución moral de las personas y del valor de los derechos colectivos que restringen los absolutos derechos adscritos al individuo; pero, en el ambiente de estas discusiones sobre el derecho a la diferencia, se han convertido en derecho positivo

⁴ KANT, I. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Barcelona: Ariel, 1996, p.199.

⁵ Ídem.

⁶ Esta definición en lo fundamental, con algunas diferencias, se encuentra expuesta en: PAPACCHINI, Angelo. *Filosofía y derechos humanos*. Cali: Univalle, 1994. P.22.

a exigencias de respeto a los bienes culturales, las “minorías” étnicas, la mujer, y a otros grupos, expresado en pactos y convenciones internacionales, y en la aceptación de la identidad como un indicador del desarrollo humano.

Este saldo histórico favorable que constituye el sedimento moral de los valores de nuestro tiempo constituye una evidente contraposición teórica y práctica, con la teoría y práctica de la violencia. Esto fue una afortunada intuición, y también ha merecido reflexiones puntuales, de autores diversos incluyendo los clásicos, que ha abierto una rica veta para la interpretación de los problemas ético-políticos. Se admite, básicamente, que la violencia produce sufrimiento, provoca daño y dolor humano, y afecta algún derecho cuya carencia hace precaria la existencia, que con ella no es posible una convivencia justa, gratificante y satisfactoria, no es posible una vida digna; la violencia sería la negación por excelencia de la dignidad humana, involucraría su desprecio e irrespeto del valor del ser humano. El grado de violencia haría evidente el grado de logro favorable o no de la dignidad. Esta última, concebida como el prisma por el cual ver los conflictos permitiría determinar y cuestionar los hechos violentos que afectan física, moral y psicológicamente la integridad de los seres humanos e impiden la realización de sus potencialidades.

El logro histórico-cultural que ha significado la construcción del Derecho internacional de los Derechos Humanos y sus desarrollos ha abierto un horizonte de interpretación de los asuntos humanos y un modelo regulativo y prescriptivo para los mismos que alienta las posibilidades de convivencia y de realización de una existencia grata y satisfactoria. En Colombia con la Constitución de 1991, que en su Título I reconoce que somos una sociedad y Estado fundados sobre el respeto de la dignidad humana y, que en su Título II acepta la prevalencia en el orden interno de los Tratados

ratificados sobre los Derechos Humanos, actualizamos nuestra concepción y ordenamiento jurídico a los logros civilizadores contemporáneos expresados en ese sistema de valores para nuestro tiempo que tiene en la concepción de la Dignidad Humana su piedra angular. Falta ahora hacerla realidad en la práctica para tod@s l@s colombian@s.



La Libertad guiando al pueblo, pintura de Eugène Delacroix.

FE DE ERRATAS

En la Edición N° 1, Artículo “Latinoamérica, conocimiento y dominación”, donde dice: “fonológicas” debe leerse “monológicas”.

En la Edición N° 2, Artículo “Civilización o Barbarie”, donde dice: “ hay que recordar que un argumento que continúa vigente...dignidad humana” debe leerse “ hay que recordar que un argumento que continua vigente es el de que la abolición de la guerra y otras violencias marcha de la mano con la abolición de toda violación de la dignidad humana”. También donde dice “¿La guerra nuclear un progreso técnico? debe leerse ¡y la Era Nuclear es un progreso científico-técnico!

⁷ TAYLOR, Charles. El atomismo. En: Betegón, J. et al. Derecho y moral. sl, sn, sf. P. 109.

⁸ “Desde su interioridad no deja de hablar también la comunidad social a que pertenece”. SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Adolfo. Ética. México: Grijalbo, 1969. P.64.

⁹ TAYLOR, Ch. La política del reconocimiento. México: FCE, 1994. P.67.



UN PALACIO DE JUSTICIA

por: Dr. Jaime Zuluaga
Ex-Magistrado Consejo Seccional
de la Judicatura Armenia, Q.

Como casi todos los edificios públicos de este país, el palacio de justicia de Armenia fue construido a lo largo de muchos años, con pequeñas apropiaciones en cada vigencia fiscal; no obstante, a diferencia de la mayoría de ellos, es una edificación todavía moderna, sólida, pulcra y relativamente funcional, con no pocas muestras de buen gusto en el diseño y los acabados, que después de más veinte años de servicios, aún conserva casi intactos sus materiales originales y muestra las bondades de la buena administración y el mantenimiento periódico.

Situado sobre la avenida Ancizar López, frente al parque de la Constitución y a poca distancia de la boca del puente sobre la quebrada La Florida, ocupa toda una manzana. Está conformado por dos bloques de seis pisos; uno de ellos, el más grande, tiene forma de U y en él se encuentran la mayoría de los tribunales y juzgados de la ciudad, así como casi todas las dependencias de la seccional de la Fiscalía General de la Nación; éste, rodea al segundo que fue el último que se construyó, una torre central que aloja las dependencias administrativas de la rama judicial en este distrito. El conjunto conforma así una como a modo de gran E mayúscula.

Sus fachadas en tableta de gres vitrificado por requema y esquineros en adarajas, le imprimen un toque de sobriedad y buen gusto, muy acorde con la trascendente misión que allí debe cumplirse. No obstante, en la actualidad dicha fachada está siendo reemplazada, dado el peligro que entraña para los ocupantes, peatones y usuarios, su eventual desprendimiento, de acuerdo con las modernas normas de seguridad de la construcción.

Las dos primeras plantas están en el subsuelo, sótanos en los que funcionan el archivo general, el auditorio “Enrique López de la Pava”, el área de aparcaderos y, en la fachada oriental, algunas dependencias de la Fiscalía General de la Nación, entre ellas la Unidad de Reacción Inmediata (URI) y los calabozos para el personal privado de la libertad que debe atender diligencias con fiscales y jueces. Esta es la parte más lóbrega del edificio, la que nunca he querido conocer durante todos los años que he estado entrando y saliendo de allí por razón de mi trabajo. De ordinario, se accede a la monumental edificación por la esquina nororiental, remontando una larga y empinada escala que desde ese punto ya da una idea de lo difícil que es acceder a la justicia, y no bien se cruza la puerta principal, se encuentra el visitante en un amplio patio interior desde el cual se pueden ver los pasillos que conducen a la mayoría de los despachos.

Empero, el aspecto ordenado y limpio que de ordinario presenta la edificación contrasta con lo que en ella ocurre. En la mayoría de las oficinas, el papel, los equipos de cómputo y las personas se disputan con ferocidad el espacio. El área laboral promedio por servidor no es superior a dos metros cuadrados, en los que cientos de hombres y mujeres deben convivir ocho o más horas diarias durante la mayor parte de sus vidas. Sucesivas filas de anaqueles que llegan hasta el techo, contienen incontables arrumes de expedientes.

Hay toda suerte de avisos y listados en casi todas las paredes y aún en las puertas. Sobre los escritorios atiborrados no parece caber un documento más, aunque esa impresión se derrumba todos los días.

Sentados frente a los monitores de los computadores, jueces y empleados machacan presurosos los teclados, redactando decisiones, órdenes, constancias, actas de audiencia, edictos y demás frutos exóticos de la burocracia del trámite y el proceso, indiferentes por lo general a la tragedia que constituye para cada usuario del servicio su caso, como talladores de cartas en un gran casino en el que se apuesta y juega el patrimonio, el apellido, el prestigio y la libertad de las personas.

En las salas de audiencia, los bancos destinados al público suelen permanecer vacíos. Los funcionarios escuchan largas peroratas con expresión cansina y esperan con paciencia su turno para aportar nuevas dosis de aburrimiento.

En un día normal de trabajo, el lugar es un hervidero de gentes de toda laya: jueces y magistrados metidos en sus largas togas, con uno o varios códigos bajo el brazo, asumiendo actitud doctoral y caminando con estudiada solemnidad por los pasillos mientras se dirigen hacia las salas de audiencia; abogados presurosos, saludando con untuosa amabilidad a todos los que encuentran; litigantes en la búsqueda de resultados que parecen no llegar nunca, testigos de rostro ansioso y manos sudorosas, oficiales de la policía cuya mirada inquisitiva te hace sentir sospechoso de algo; guardias de prisiones con ominosa parafernalia de botas

de campaña, camuflados de manchas en diversos tonos de gris, esposas de acero, pesados chalecos antibalas y armas desaseguradas y prestas a decir la última palabra, conduciendo sujetos de aspecto patibulario y rostro contrito, a quienes ansiosos familiares y esposas esperan junto a la puerta del juzgado y los reciben como si de héroes se tratara, entre besos y caricias, sin mostrar la menor preocupación o vergüenza por el daño que ocasionaron sus seres queridos a otras personas; empleados transportando voluminosos expedientes al archivo, mientras comentan en forma trivial y tono desprevenido la última

condena, a treinta años de prisión, para el homicida aquel que estremeció a la ciudad entera meses antes, al darle muerte a sangre fría a una pequeña, tras haberla violado con saña, y quien escuchó la dura condena con total desinterés, y además tuvo el cinismo de sonreírle al juez mientras éste leía la sentencia, para, al final, mientras le dirigía venenosas miradas, despedirse de mano del fiscal que con tanto ahínco lo acusó.

Y así, un desfile interminable de historias, protagonistas y extras, víctimas y victimarios, ganadores y perdedores, todos desempeñando su papel en el gran escenario de la justicia, que a diario da buena cuenta de lo sublime, lo trágico, lo absurdo, lo patético y lo ridículo de la pretensión humana de dar a cada uno lo suyo, según la ilusoria definición del filósofo que jamás tuvo que visitar un palacio de justicia.





Limitaciones a los derechos pensionales de los Congresistas

por: John Libardo Andrade Flórez

En la sentencia C-258 de 2013¹ la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 17 de la ley 4ª de 1992 que estableció los parámetros del régimen pensional de los Congresistas.

En dicho artículo se indicó que el Gobierno Nacional establecería un régimen de pensiones para los Senadores y Representantes que no podría ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y que por todo concepto recibiera el Congresista y la liquidación se haría teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devengaran los legisladores en la fecha que se decretara la jubilación.

¹ M.P. dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

El Régimen de transición de los Congresistas

Es así como, en aplicación de las facultades otorgadas por el artículo 17 antes mencionado el Gobierno Nacional expidió el decreto 1359 de 1993 que aparte de respetar los límites establecidos en el artículo antes mencionado, mantuvo las edades establecidas en la ley 33 de 1985; es decir, 50 años para las mujeres y 55 para los hombres.

El artículo 7° del decreto 1359 de 1993 estableció que quienes en su condición de Congresistas, lleguen o hayan llegado a la edad que dispone el artículo 1° del parágrafo 2° de la ley 33 de 1985, que eran las antes explicadas y además cumplan o hayan cumplido 20 años de servicios en una o en diferentes entidades de derecho público incluido el Congreso de la República, o que los hayan cumplido y cotizado en parte en el sector privado y ante el ISS, tendrán derecho a pensión de jubilación que no podría ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio, que durante el último año y por todo concepto devenguen los congresistas en ejercicio.

Posteriormente, se expidió el decreto 1293 de 1994 en el cual se incorporó al Sistema General de Pensiones a los Senadores, Representantes a la Cámara y empleados del Congreso a excepción de aquellos que estén amparados por el régimen de transición y para acceder a él se debían cumplir cualquiera de los siguientes requisitos al 1° de abril de 1994:

► Para las mujeres tener 35 años de edad y en el caso de los hombres 40.

► Haber cotizado o laborado 15 años

Regresando al decreto 1359 de 1993 en su artículo 6° estableció que las pensiones de los Congresistas no estarían sujetas al tope máximo establecido en el artículo 2° de la ley 71 de 1988; es decir, el de 15 salarios mínimos mensuales.

Concluyó la Corte diciendo que el régimen de transición operaba frente a los Congresistas que ostentaran su condición a partir del 19 de diciembre de 1992 y tenían al 1° de abril de 1994, 40 años para los hombres y 35 para el caso de las mujeres, o habían prestado servicios por lo menos durante 15 años a esta fecha.

En esta categoría se encontraban incluidos quienes fueron elegidos para la legislatura del 20 de julio de 1994 a menos que para esta fecha se encontraran afiliados a un régimen pensional anterior más favorable.

Razones de la inexequibilidad y las decisiones tomadas

En primer lugar, la Corte manifestó que los derechos adquiridos con arreglo a la ley no pueden ser extinguidos; sin embargo, pueden ser limitados cuando deban ser armonizados con el interés público, en este caso no se pierde el derecho a la pensión pero puede ser rebajado el monto de la mesada pensional.

Bajo la anterior premisa la Corte encontró que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, en su sentido natural y en concordancia con su configuración viviente, es contraria a la Constitución porque:

Desconoce el derecho a la igualdad, en armonía con los principios constitucionales de universalidad, solidaridad y eficiencia que rigen un sistema pensional equitativo.

Existe falta absoluta de correspondencia entre el valor de la pensión y las cotizaciones, lo que genera una desproporción excesiva que debe ser financiada con recursos públicos mediante un subsidio muy elevado.

Y que además es incompatible con el principio de Estado Social de Derecho, toda vez que si bien es cierto, los subsidios en regímenes especiales no son per se contrarios a dicho principio fundamental, sí lo son los subsidios carentes de relación con el nivel de ingresos y la dedicación al servicio público del beneficiario del elevado subsidio.

Por los anteriores razones la corte constitucional en dicha sentencia declaró inexequible las expresiones *“durante el último año y por todo concepto”*, *“Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal”*, contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992.

Asimismo, declaró exequible el resto del artículo 17 de la mencionada ley, relativas al régimen pensional de los Congresistas y de las demás servidores a quienes les resulte aplicable en el entendido que:

1.No puede extenderse el régimen pensional allí previsto, a quienes con anterioridad al 1º de abril de 1994 no se encontraren afiliados al mismo. Lo anterior, toda vez que se había interpretado que Congresistas y Magistrados de Altas Cortes que entraron a desempeñar dichos cargos con posterioridad a dicha fecha podían gozar de este régimen especial.

2.Como factores de liquidación de la pensión solo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas. Es de resaltar que esta tesis es contraria a la sostenida por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la que dice que es necesario tener en cuenta todo lo que percibe un servidor independientemente que sea salario o prestación social.

3.Las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL) aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso; es decir deben liquidarse con el promedio de los salarios que se generaron entre la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, 1 de abril de 1994 y la fecha de causación del derecho.

También en este caso se sostiene una tesis contraria a la del Consejo de Estado, que considera que la liquidación debe efectuarse con el último año de servicio.

4.Las mesadas correspondientes a pensiones reconocidas de conformidad con este régimen especial, no podrán superar los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a partir del 1º de julio de 2013.

5.Las pensiones reconocidas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con abuso del derecho o con fraude a la ley, se revisarán por los representantes legales de las instituciones de seguridad social competentes, quienes podrán revocarlas o reliquidarlas, según corresponda, a más tardar el 31 de diciembre de 2013.

6.En los demás casos de pensiones reconocidas de manera contraria a lo dispuesto en los numerales 1, 2 y 3, quienes tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones decretadas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 deberán en el marco de su competencia tomar las medidas encaminadas para hacer efectivo el presente fallo, aplicando en lo pertinente, los artículos 19 y 20 la Ley 797 de 2003, en los términos de esa sentencia.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que a excepción de los Servidores que no estaban afiliados con anterioridad al 1º de abril de 1994, de conformidad con la misma sentencia, si los beneficiarios recibieron de buena fe la pensión de este régimen especial, al amparo del principio de la confianza legítima no ser revocada la pensión.

Por otro lado, es importante señalar que la Corte indicó que los efectos de esta sentencia no se extienden a otros regímenes especiales o exceptuados, tales como los del Magisterio, Rama Ejecutiva, Rama Judicial, DAS, etc.

Conclusión

El derecho a la pensión adquirido con arreglo a la ley no puede ser extinguido; sin embargo, puede ser limitado cuando deba ser armonizado con el interés público, por lo que puede ser rebajado el monto de la mesada pensional.



Juez Once Administrativo del Circuito de Cali Valle.

John Libardo Andrade Flórez, es abogado con especialización en derecho administrativo.

ACERCA DE LAS FACULTADES ELECTORALES DE LAS CORTES

Por: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren
Magistrado Consejo de Estado

Oriundo del municipio de Cuitiva, Boyacá y es abogado de la Universidad del Cauca.

Ha realizado estudios de postgrado en Derecho Administrativo en la Universidad de Salamanca España, es diplomado en Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Angelicum de Roma y diplomado en derecho constitucional de la Universidad Externado de Colombia, especialista en derecho administrativo de la Universidad Santo Tomás de Bogotá.



Cuando pensamos en la plenitud de la vida, casi siempre asociamos esa circunstancia con dos realidades concurrentes, una de carácter individual que toca con la posibilidad cierta de haber logrado lo que soñamos luego de aplicar en ello todo nuestro empeño, cuestión que no será completa si no mediaron las reglas colectivas razonables que nos impidieran pasar por encima de los demás y al mismo tiempo nos protegieran del atropello ajeno.

Ese cuidadoso balance de armonía indispensable para el desarrollo y proceso humano no es otra cosa que el contenido de un concepto generalmente abstracto y complejo pero que sencillamente encarna la realidad de la “JUSTICIA”.

Es por ello, precisamente, que la justicia constituye más un punto de llegada, a veces inalcanzable, orientador de la estructura estable de las sociedades medianamente organizadas que aunque gocen de

mismo un orden justo, hace falta algo más, y es la vida en movimiento, en la que hombres y mujeres con sensibilidad y conocimiento del mundo, de los demás y de si mismos luchan por realizar ese orden justo que tan solo se preformó en los preceptos que integran el orden jurídico de los Estados.

De ahí el significado de quienes trabajan en los aparatos jurídicos del Estado, cuya percepción colectiva los sitúa más allá de la simple condición de servidores públicos, para estatuirlos en símbolos reales de corrección en la vida política de los pueblos, lo que disuelve cualquier duda para entregar a sus competencias, todo aquello que represente incertidumbre, o gran motivo de perturbación.

Fue esta la razón para que los constituyentes de 1991, miraran hacia sus cortes de justicia para depositar en ellas la certeza de su accionar en la selección en algunos casos, y en otros la elección,



constitucionales, que a cambio de asegurar mérito y transparencia, traslado a los magistrados una especie de “PREDICTIVIDAD” política en los ajeteos por hacerse al control de entidades tan grandes e importantes para los partidos como la Procuraduría, la Contraloría, la Auditoría, la Fiscalía, etc

En un análisis estrictamente objetivo, estas competencias, poco o nada tienen en común la función primigenia de asegurar la eficacia de un orden jurídico, y la guarda en igualdad y sin distinguos de los derechos de los ciudadanos, siempre en riesgo ante poderes hipertróficos de todo orden, tan comunes en una sociedad tan inequitativa como la que integramos; estas comentadas competencias no depuraron el funcionamiento de los órganos de control, como lo requeríamos los ciudadanos, más bien, la experiencia muestra que no ha ocurrido solución de continuidad en sus rasgos enteramente burocráticos tremendamente proclives a una crónica ineficacia; y al fin lo que realmente se modificó fue el rol de la judicatura con grave sufrimiento en la confianza ciudadana por la firmeza de sus órganos de justicia.

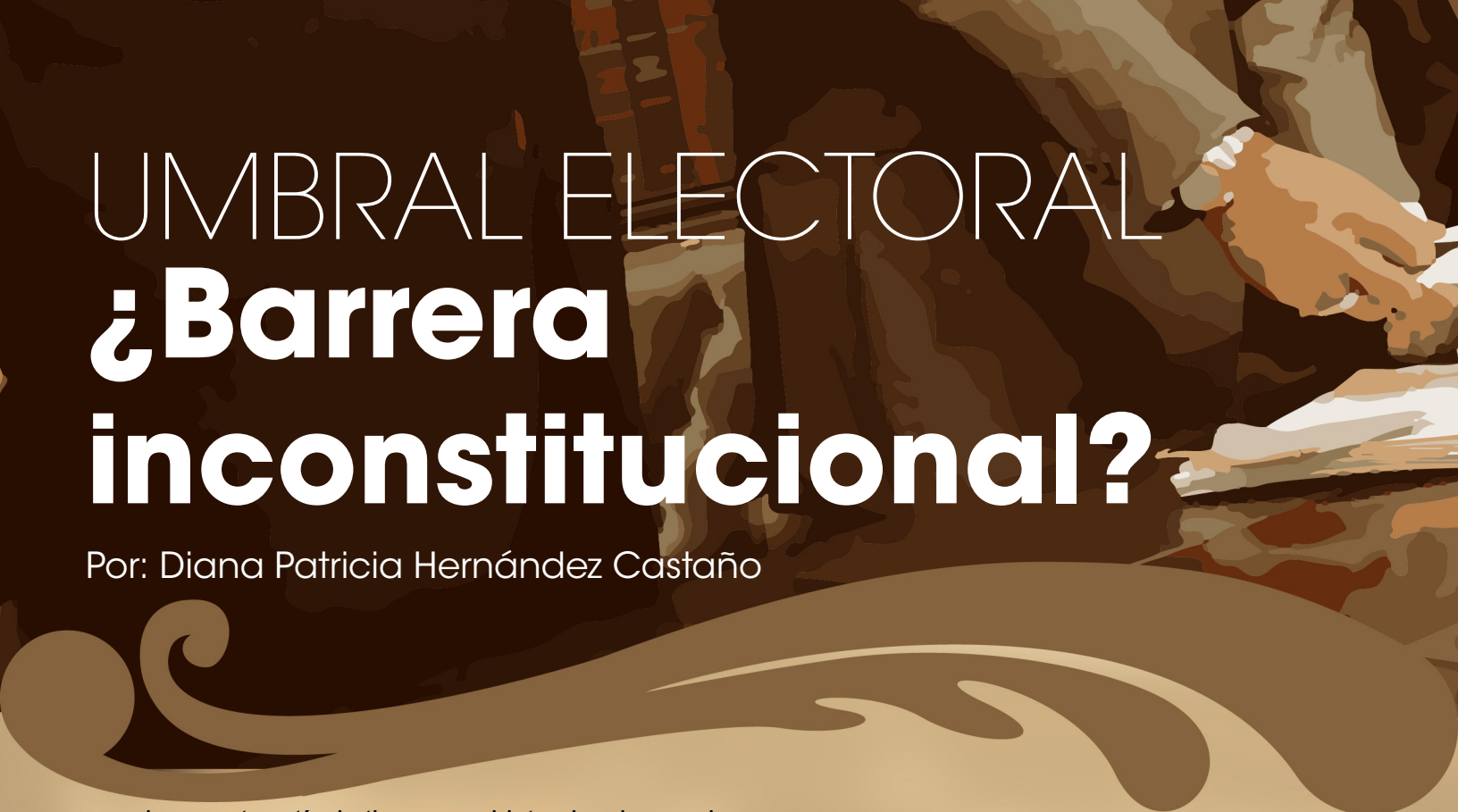
de las personas encargadas de dirigir los órganos autónomos de control del estado. La idea entonces, fue la confianza en la judicatura que con su prudencia y sabiduría sobre los principios fundamentales de la república, serían por completo extraños a las maniobras de una clase dirigente acostumbrada a actuar sin escrúpulos a la hora de monopolizar y cooptar el Estado, que al preservar de su contaminación a los órganos de control, se abriría el camino para recuperar las instituciones públicas para el derecho y los ciudadanos.

La iniciativa así expuesta, se sostiene por sí sola, pues ella integra un argumento suficiente para las facultades electorales de las cortes establecidas a partir de 1991.

Sin embargo, la historia muestra esta vez la diferencia entre un buen argumento y la complejidad de nuestra vida institucional, en la que las facultades electorales de las cortes sobre los órganos de control, terminaron tendiendo puentes de cohabitación institucional, que en vez de conseguir la interdicción del asalto de las clases políticas a la totalidad de las instituciones para su monopolización antidemocrática, crearon en el espectro funcional de la judicatura, la extensión de un poder absolutamente distante a sus funciones

Si bien, es cierto, no es hondo entre nosotros el reconocimiento del papel del juez, como arquetipo de justicia, en una mala percepción de quienes dirigen el Estado en cuanto reducen el poder judicial, a un simple componente indispensable para que luzca normal un Estado de derecho,- basta con revisar las cifras presupuestales de la justicia, en contraste con otros sectores- la realidad es que ahora a ese histórico desdén por la justicia, ha venido a sumarse el escenario crítico de una judicatura involucrada en actividades extrañas al papel esencial que las sociedades atribuyen a la justicia, que la desgastan y elaboran en la ciudadanía un diseño que merma el grado de confianza en la civilidad, reduciendo su aceptación social a mínimos indeseables de 20 a 25% de imagen positiva.

Es urgente el cambio institucional que recupere a la judicatura, concentrada a su función esencial, pues su autonomía e independencia no siempre se aseguran extendiendo poderes propios de otras instancias, que ciertamente desnaturalizan lo nuclear de la función del juez en una sociedad democrática, que no es nada distinto que asegurar y simbolizar la justicia.



UMBRAL ELECTORAL

¿Barrera inconstitucional?

Por: Diana Patricia Hernández Castaño

El presente artículo tiene por objeto abordar en el escenario académico, el problema sobre la constitucionalidad del umbral electoral consagrado en los artículos 108 y 263 modificados por el acto legislativo 1 de 2009, desde el punto de vista material, pese a que en Sentencia C-013 de 2014, la Corte Constitucional se declaró inhibida para conocer de una demanda de inconstitucionalidad por caducidad de la acción conforme los artículos 241.1, 242.3 y 379 de la Constitución Política. Bajo ese propósito el presente artículo hará referencia general a la figura del umbral electoral y su función en el sistema electoral para luego examinar si su regulación actual constituye una restricción incompatible a los principios de pluralismo político y representación de las minorías.

I.Generalidades

Siguiendo a Pedro Pablo Vanegas Gil el sistema electoral se define como “el conjunto de aquellas variables por medio del cual los votos emitidos por los ciudadanos se convierten en escaños” o poder público (2008, p.119). El sistema electoral se compone de varias variables o elementos que le dan identidad y entidad para determinar los resultados electorales. Dentro de esas variables Nohlen (citado por Vanegas, 2008) refiere cuatro: i) las circunscripciones electorales, ii) la forma de la candidatura y emisión del voto, iii) las barreras legales y iv) la fórmula o regla electoral.

El umbral electoral se enmarca o comprende dentro de la variable denominada barreras legales, y “consiste en señalar un número mínimo de votos que deben obtener los partidos o las candidaturas para ser tenidos en cuenta en la fase posterior del escrutinio, es decir, en la aplicación de la regla electoral determinada, que a su vez establecerá su participación al momento de la adjudicación de los escaños”.

El objetivo del umbral electoral es evitar la dispersión o fragmentación de la representación política de manera excesiva, sobre todo a nivel del Congreso resulta necesario evitar tal situación pues de lo contrario se dificultaría el desarrollo de la función legislativa así como de la función de control político que se pregona de este órgano del poder público. (Vanegas, 2009, p.234)

Igualmente con el umbral electoral se favorece la consolidación de un sistema de partidos fuertes y grandes, lo cual constituye en todo caso una restricción o limitación al principio de representación proporcional y gobernabilidad. “En efecto, fijar un umbral demasiado alto tiende a ser excluyente, y afecta el principio de representación proporcional porque termina dejando por fuera de la asignación de escaños a los partidos o movimientos minoritarios, que terminarían quedándose sin representación” (Vanegas, 2008, p.138).



Pero al mismo tiempo, debe señalarse que la falta de esta barrera trae como consecuencia siguiendo a Mendoza, (citado por Vanegas, 2008) el fraccionamiento de los partidos políticos en varias microempresas electorales, con efectos nocivos para el sistema político colombiano.

Ciertamente la determinación de barreras legales en el sistema electoral no es algo “neutral”, pues “tiene incidencia en el comportamiento y resultado electoral, en la conformación de partidos y en la distribución del poder en un país” (Nohlen, 2004 citado por Vanegas, 2008, p.22), de manera que supone limitaciones al principio de representación proporcional y en consecuencia al principio democrático que en primer medida son admisibles desde el punto de vista constitucional.

El umbral electoral tiene efectos directos sobre la conformación de partidos políticos, así para el autor mexicano Jorge Carpizo su consagración en la Constitución es deseable porque:

- 1.** Un partido político deber representar una corriente ideológica importante del electorado.
- 2.** Se evitarían los partidos-familia, los partidos-negocio, los partidos-clan.

3. Se obstaculizaría la multiplicación innecesaria de partidos. Un sistema atomizado de partidos dificulta la gobernabilidad y los consensos, pero propicia el aventurismo político.

4. Para que una disposición de esta naturaleza obtenga los beneficios que se persiguen, sería necesario que las alianzas o coaliciones electorales no permitan subsistir a partidos que no cuentan con representatividad social y que encuentran en dichas coaliciones un subterfugio para poder eludir el requisito que se propone. En consecuencia, se votaría por cada partido, aunque dos o más postulen el mismo candidato. (...) (2009, p.154)

II. Análisis concreto

Partiendo de las anteriores consideraciones generales, entra a cuestionarse en la presente ponencia si el umbral electoral consagrado en los artículos 108 y 263 modificados por el acto legislativo 1 de 2009, es una barrera inconstitucional, siendo necesario para ello definir si constituye una restricción incompatible a los principios de pluralismo político y representación de las minorías, y en últimas si sustituye la Constitución de 1991 dicha reforma constitucional.

En primer lugar, conforme la modificación introducida por el artículo 2 del AL 01 de 2009, el artículo 108

y 263 modificados por el acto legislativo 1 de 2009, es una barrera inconstitucional, siendo necesario para ello definir si constituye una restricción incompatible a los principios de pluralismo político y representación de las minorías, y en últimas si sustituye la Constitución de 1991 dicha reforma constitucional.

En primer lugar, conforme la modificación introducida por el artículo 2 del AL 01 de 2009, el artículo 108 determina que el reconocimiento de personería jurídica de los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos, se encuentra condicionado a que dichas organizaciones obtengan en las elecciones de Cámara de Representantes o Senado una votación no inferior al tres por ciento (3%) de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional. De dicha condición se encuentra eximido el régimen excepcional que se estatuya en la ley para las circunscripciones de minorías étnicas y políticas.

Igualmente, el artículo 263 modificado por el artículo 11 del plurimencionado acto legislativo consagra un umbral de 3% de los votos sufragados para el Senado o del 0% del cociente electoral en las

demás corporaciones, como mínimo de votos para distribuir las curules de las Corporaciones públicas entre los partidos y movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos.

En segundo lugar, es innegable que el umbral electoral constituye una limitación a los principios de pluralismo y representación, pero igualmente se ha argumentado que dicha limitación es constitucionalmente válida en el sistema electoral en la medida en que busca evitar la fragmentación partidista y la falta de gobernabilidad. Bajo esa perspectiva, la limitación devendría inconstitucional cuando resulta desproporcionada.

Al respecto podría considerarse que el umbral es desproporcionado porque conlleva a la extinción de los partidos y movimientos políticos minoritarios. En este punto debe precisarse que el reconocimiento de personería jurídica a un partido o movimiento político, no es condición para su existencia, más sí para tener facilidades en la postulación de candidaturas. Por lo que debe prima facie, sostenerse que no es cierto que el umbral electoral se defina como condición de existencia de los partidos y movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos.

En ese sentido debe reconocerse en la Constitución así como en la Ley estatutaria 1475 de 2011, *“Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones”*, que en el sistema político-electoral colombiano pueden existir partidos o movimientos políticos y movimientos sociales con y sin personería jurídica, igualmente facultados para la postulación de candidatos.

Ahora bien, es innegable que dicha postulación de candidatos es privilegiada tratándose de partidos o movimientos políticos con personería, por cuanto en los términos del artículo 9 de la Ley 130 de 1994, los partidos o movimientos con personería jurídica reconocida no requieren requisito adicional alguno para postular candidatos a cualquier cargo de elección popular, y conforme al artículo 7 de la Ley 996 de 2005, la inscripción de un candidato a la presidencia de la



**Diana Patricia
Hernández Castaño**

Abogada Cum-laude de la universidad La Gran Colombia Seccional Armenia, especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo de la misma universidad, y magíster en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia, y miembro del Grupo de investigación de Derecho Público de la Facultad de derecho de la Universidad La Gran Colombia.

república la pueden hacer individualmente o en alianzas (Vanegas, 2009). Mientras que los partidos o movimientos sin personería deberán cumplir los requisitos que se exigen para los grupos significativos de ciudadanos tal como lo determinó la Corte Constitucional mediante sentencia C-490 de 2011 al examinar la constitucionalidad del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 referente a la inscripción de candidatos. Privilegios estos que valga señalar han sido considerados compatibles con la Constitución Política Colombiana, por la Corte Constitucional (Cfr. C-955 de 2001 y C-490 de 2011).

Bajo ese entendido, es claro que el umbral electoral pese a que no extingue partidos o movimientos políticos minoritarios, sí tiene el efecto de desincentivar la existencia de partidos y movimientos políticos minoritarios, porque si bien jurídicamente pueden existir, en la práctica no tendrían objeto, toda vez que su capacidad de postulación de candidatos y de participar en el ejercicio del poder son menguadas y por tanto la oferta electoral es restringida.

No obstante, debe cuestionarse si esta situación supone una restricción ilegítima constitucionalmente hablando al principio de participación y representación de las minorías y al pluralismo.

Frente a este punto, debe indicarse que es la realidad política de un Estado la que determina la forma de caracterizar su sistema electoral, estableciendo o no barreras a la oferta electoral. En el caso colombiano, el objetivo del constituyente derivado en la última década ha sido la racionalización de la oferta electoral, toda vez que con fundamento en el artículo 108 original de la Constitución de 1991, se presentó una explosión de nuevas agrupaciones que conllevaron a “la fragmentación y atomización del sistema partidista en el país” (Vanegas, 2009, p.118), al punto que para el año 2002 el número de partidos con curul en el Senado era de 72 y en la Cámara de 82 (Roll & Guzmán, 2005), así, con la reforma constitucional de 2003 se determinó un umbral del 2%, lo cual condujo a que después de las elecciones de 2006 el número de partidos y movimientos con personería se redujera de 59 a 16 (Vanegas, 2009, p. 121), y en la actualidad, después de las elecciones de 2010, según la Resolución 1959 del 26 de agosto de 2010 del Consejo Nacional Electoral, son 12 los partidos y movimientos que conservan su personería jurídica.

La reforma de 2009, incrementó en 3% el umbral, lo cual conduce inexorablemente a concluir que el número de partidos y movimientos con personería se reducirán, y el cuestionamiento constitucional acerca de si esto supone o no una restricción ilegítima constitucionalmente hablando se mantiene.

Los argumentos a favor de una proporcionalidad y por tanto constitucionalidad que podrían invocarse son que la determinación sobre cómo operan las variables del sistema electoral colombiano, en particular el umbral electoral, se fundan en criterios políticos y de conveniencia que escapan del juicio de legalidad, y que desde el punto de vista constitucional son plausibles toda vez que con dicha barrera se logra consolidar partidos y movimientos políticos fuertes con capacidad de ejercer poder por una parte, y de controlar al poder por otra, con lo cual se permite instituir un poder legislativo más estable y menos permeable dentro de un sistema presidencialista como el que caracteriza el Estado Colombiano.

Los argumentos a favor de la desproporcionalidad y por tanto inconstitucionalidad del umbral fijado por la reforma de 2009, son que pese a que jurídicamente es viable la existencia de partidos o movimientos políticos minoritarios, estos en primer lugar no tendrían personería jurídica, y con ello no tendrían las ventajas para la postulación de candidatos de que gozan aquellos que sí gozan de personería jurídica, en segundo lugar no tendrían capacidad de representación política, porque el umbral electoral es límite para obtener la personería y principalmente para obtener una curul en una corporación pública. Y aunado a ello el régimen excepcional para las circunscripciones de minorías políticas que sólo contemplaba el acceso a una curul en la Cámara de Representantes, según el antiguo artículo 176 de la constitución y la ley 649 de 2001, deja de existir con la reforma constitucional 01 de 2013, quedando en el limbo el apartado final del primer inciso del artículo 108 de la Constitución que como “pañito de lágrima” establece que se exceptúa de la aplicación del umbral, “el régimen excepcional que se estatuya en la ley para las circunscripciones de minorías étnicas y políticas, en las cuales bastará haber obtenido representación en el Congreso”, puesto que ya no existe un reconocimiento constitucional ni legal a las minorías políticas.

Una ponderación de unos y otros argumentos, conducen a concluir que a la luz del marco constitucional vigente y de la realidad política vigente, el umbral electoral determinado por el acto legislativo 01 de 2009, constituye una limitación desproporcionada de principios esenciales del Estado Democrático que se profesa en la Constitución Colombiana, evidentemente se restringen los principios de pluralismo político, participación y representación de las minorías políticas, al punto de incidir en su contenido esencial o núcleo fundamental, porque i) el acto legislativo 01 de 2009 de consuno con el acto legislativo 01 de 2013 dejan sin reconocimiento constitucional las minorías políticas en Colombia, ii) los partidos políticos pasan a ser una agrupación tendiente a representar mayorías en una democracia, en la medida en que a) buscan agrupar un mayor sector de la población para asegurar su permanencia en el poder público, lo cual constituye su objetivo principal, (argumento interno) y

b) porque, sólo así pueden conservar su personería jurídica (argumento externo), y iii) desde el punto de vista del derecho a ser elegido, que se predica como derecho del ciudadano, pasa a establecerse realmente como un derecho de los partidos y movimientos, y no de cualquier partido o movimiento, sólo de aquellos partidos fuertes económica y políticamente hablando, que son los que podrán gozar de personería jurídica y de capacidad efectiva de ejercicio del poder, queda la pregunta si también de controlarlo?



MUSEO DEL TUNEL.

SIGA LA VIA -
COMO SIEM-
PRE.

COLPENSIONES

RAMA JUDICIAL

SIGA

Buenos días, vengo por
el reconocimiento y pago
de mi pensión

Si claro, tome este
formulario y siga a la
ventanilla



J.P.A.O.
2014

TEORÍA LOS MÓDOS Y FINAL

POR: IVÁN MAURICIO FERNANDEZ ARBELAEZ

Esta teoría consiste en que la acción de simple nulidad se puede impetrar contra actos administrativos de carácter general o contra actos administrativos de carácter particular y concreto, lo único que se exige es que si se impetra contra actos administrativos de carácter particular y concreto, se debe buscar siempre proteger el orden jurídico y el Estado de Derecho y no el restablecimiento de un derecho subjetivo o la reparación de un daño causado. No interesa que la decisión restablezca automáticamente un derecho subjetivo¹, toda vez que per se, no la convierte en una acción de nulidad y restablecimiento, ya que para que adquiera tal naturaleza, es menester que el demandante lo solicite expresamente en las pretensiones de la demanda, tal como se colige de lo dispuesto en el artículo 85 del C.C.A. y el artículo 137 del C.P.A.

Como consecuencia de lo expuesto en el párrafo anterior, no compartimos la tesis del restablecimiento del derecho implícito, habida cuenta que la jurisdicción contenciosa administrativa es rogada y no está en manos del operador judicial escudriñar las verdaderas intenciones del libelista, salvo que se pretenda burlar los términos de caducidad como cuando se disfraza una acción de nulidad y restablecimiento del derecho como si fuera de reparación directa, aunado a que se trata de acciones subjetivas y no de interés general o públicas.

¹ La Corte Constitucional sobre el particular manifestó: “Bajo este entendido, consultando el espíritu de la Constitución y de la ley, se tiene que la acción de simple nulidad procede contra todos los actos administrativos, generales y particulares, cuando la pretensión es únicamente la de tutelar el orden jurídico, caso en el cual la competencia del juez se limita a decretar la simple anulación sin adicionar ninguna otra declaración, pese a que con el retiro del acto impugnado eventualmente se restablezcan derechos o se ocasionen daños al actor o terceros”. (Corte Constitucional, Sentencia C-426 de 2002, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil).

Í A D E O V I L E S I D A D E S

Por tanto, dicho operador sólo está obligado a tener como “petitum” lo expuesto de manera expresa e indubitable en el capítulo de pretensiones de la demanda, máxime si tenemos en cuenta que la acción de simple nulidad, por regla general, no está sometida a término de caducidad alguno y, por ende, su supuesta indebida escogencia

no es óbice para rechazar la demanda, además, la pretensión de restablecer el ordenamiento jurídico abstracto es de interés general, y no puede estar sometida a consideraciones formales que terminarían afectando el acceso efectivo de la administración de justicia y el principio de legalidad².

Sobre las razones por las cuales se impetra la acción de simple nulidad la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho: “ ... Los únicos motivos determinantes del contencioso popular de anulación son los de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en esos estatutos superiores, y sus finalidades son las de someter la Administración Pública al imperio del derecho objetivo...”³. Por tanto no es el tipo de acto administrativo el que determina la naturaleza de la acción, sino los motivos que llevan al accionante a impetrarla, los cuales se deducen de las pretensiones planteadas en el libelo.

² Algunos doctrinantes exponen la tesis contraria. Por ejemplo el Dr. Augusto Ramón Chávez Marín, quién argumenta: “De este modo, puede considerarse que aunque esta segunda pretensión no se exponga expresamente, en todo caso su objetivo material se produce como consecuencia del ejercicio de la acción de simple nulidad y afecta el interés particular del demandante o de un tercero y no solamente el general, atinente a la tutela del orden jurídico. Se presenta entonces una pretensión implícita de restablecimiento que no es posible pasar por alto a la hora de valorar la acción realmente ejercida por el demandante, al aplicar criterios interpretativos que superan una mirada formal del libelo puesto en consideración del juez administrativo”. Ensayo: Teoría de los motivos y finalidades: estado actual y controversia por su aplicación. Página 524. Publicado en la obra: Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo, Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia.

³ Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, Sentencia de agosto 10 de 1961, ACE, C.P. Carlos Gustavo Arrieta, T. LXIII, Páginas 200 y ss.

PREMISAS QUE SUSTENTAN LA TEORÍA DE LOS MÓVILES Y FINALIDADES DE MANERA ACORDE CON NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

A.- El artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el cual regula la acción de simple nulidad, no precisa que tipo de actos administrativos son susceptibles de ser demandados por la mencionada acción, por lo tanto, esta acción es susceptible de impetrarse frente a actos administrativos de carácter general como contra actos administrativos de carácter particular y concreto. Es bien sabido que donde la ley es clara no le es dable al intérprete cambiar su sentido so pretexto de consultar su espíritu (Art. 27 del C.C.).⁴ Ahora, es importante precisar que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo si hace la distinción correspondiente en el artículo 137, por tanto, el argumento dispuesto en este literal se ve superado, sin embargo, más adelante se harán las críticas respectivas al nuevo artículo y se resaltará su eventual inconstitucionalidad en este tópico.

B.-El elemento diferenciador entre la acción de simple nulidad y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, son los motivos determinantes de cada una de las dos acciones y las finalidades que las mismas persiguen. Es así como la acción de simple nulidad busca preservar el principio de legalidad, al paso que la de restablecimiento del derecho, además de pretender esto, persigue que se restablezca el derecho violentado con la decisión administrativa y, si es del caso, que se repare el daño ocasionado con la ejecución del acto administrativo viciado.

C.-Sin perder de vista lo explicado en el literal anterior, si se ejerce una acción acusando un acto administrativo

de carácter particular y concreto con el único propósito de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en el ordenamiento superior y con la única finalidad de someter a la administración pública al imperio del derecho objetivo, estaremos ante una acción de simple nulidad impetrada contra un acto administrativo de carácter particular y concreto.

D.- La acción de simple nulidad se puede ejercer contra actos de contenido particular y concreto por cualquier persona, incluso, por aquella que resulta afectada con la decisión;⁵ y en cualquier tiempo, sin que se pueda esbozar como talanquera o barrera para poder acudir a la administración de justicia, la operancia de la caducidad de la acción, esto es, el rechazo de la demanda por su presentación mas allá de los cuatro meses de que habla el numeral 2º del artículo 136 del C.C.A. y el literal d del numeral 2º del artículo 164 del C.P.A.

E.- Como corolario de lo anterior, las restricciones jurisprudenciales a la posibilidad de utilizar la acción de simple nulidad contra actos de contenido particular y concreto, son atentatorias de lo dispuesto en la Constitución (art. 229). Las restricciones jurisprudenciales a que se ha hecho referencia y que en nuestro concepto son inaplicables por inconstitucionales, son las siguientes⁶:

a) Restablecimiento automático: Hipotéticos restablecimientos automáticos del derecho (numeral 1º del artículo 137 del C.P.A.);

b) Taxatividad de la ley: Porque no se trata de aquellos actos administrativos de carácter particular y concreto susceptibles de ser impugnados en acción de simple nulidad, habida cuenta que taxativamente no se encuentran señalados como tales por la ley, como sucede por ejemplo en materia de nulidad de cartas de naturaleza (Numeral 4º del artículo 137 del C.P.A.)

⁴ Artículo 27 Código Civil –Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. (...).

⁵ La Corte Constitucional, ha dicho sobre el particular: “Así, cuando una persona con interés directo pretenda demandar un acto de contenido particular y concreto, podrá alternativamente acudir al contencioso de anulación por dos vías distintas. Invocando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (C.C.A., art 85), caso en el cual lo hace motivada por el interés particular de obtener el restablecimiento del derecho o la reparación del daño antijurídico como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto. En la medida en que esta acción no se intente o no se ejerza dentro de los cuatro meses de que habla la ley (C.C.A., art. 136-2), quien se considere directamente afectado o un tercero, podrán promover la acción de simple nulidad en cualquier tiempo (C.C.A., arts. 84 y 136-1), pero única y exclusivamente para solicitar de la autoridad judicial la nulidad del acto violador, dejando a un lado la situación jurídica particular que en éste se regula, para entender que actúan por razones de interés general: la de contribuir a la integridad del orden jurídico y de garantizar el principio de legalidad frente a los excesos en que pueda incurrir la administración en el ejercicio del poder público.” (Corte Constitucional, Sentencia C-426 DE 2002, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil).

c) Trascendencia nacional: Porque no es un problema económico, social, cultural o de restablecimiento del orden jurídico que trascienda al interés nacional, evento en el cual sería procedente la simple nulidad. En otras palabras, esta acción procedería contra un acto administrativo de carácter particular y concreto cuando los efectos nocivos de dicha decisión afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico (Numeral 3° del artículo 137 del C.P.A.).

d) Bienes de uso público: Cuando no se trate de recuperar bienes de uso público (Numeral 2° del artículo 137 del C.P.A.).

Los anteriores condicionamientos son abiertamente contrarios al derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia, debido a que las enunciadas situaciones son restricciones o imposibilidades que impiden proteger el principio de legalidad, postulado indispensable de todo Estado de Derecho y que los ciudadanos están interesados en que se mantenga incólume. Es pertinente manifestar que estas restricciones que fueron mencionadas líneas atrás han sido introducidas por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, en franca oposición a la tesis de la Corte Constitucional, quién las ha señalado como una verdadera afrenta al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, lo que generaría eventuales acciones de tutela,⁷ tal como lo reconoce el profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa en los siguientes términos:

Ahora bien, en cuanto a la posición de la Corte Constitucional, la misma resultará siendo aplicada por vía de la acción de tutela, en cuanto que las decisiones del contencioso administrativo que la desconozcan incursionarán en claras vías de hecho frente a lo dispuesto por esta Corporación⁸.

Desafortunadamente el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagró las restricciones anotadas, lo que se nos antoja inconstitucional, tal como se explica a lo largo de este acápite y se concluye al final del mismo (Artículo 137 del C.P.A.).

F.- Ahora bien, cuando quién demande un acto administrativo de carácter particular y concreto no sea el directamente afectado con la decisión, se impone vincular al proceso como tercero interesado, al directamente afectado e interesado? Por ejemplo si se demanda el otorgamiento de una licencia ambiental, se debe vincular al proceso al beneficiado con tal licencia.

G.-Es pertinente en este momento de la disertación responder a la siguiente pregunta: ¿qué debe entenderse por restablecimiento automático del derecho?. Para entender este fenómeno jurídico, es menester manifestar que, el restablecimiento del derecho, el cual se impone cuando un acto administrativo ilegal vulnera algún derecho, no implica que el daño se concrete, sino que, simplemente se evita su ocurrencia, es decir, se precave el posible daño que se podría producir con la ejecución del acto administrativo. Es en este evento que se produce el restablecimiento del derecho en forma automática, es decir, se anula un acto administrativo que no se ha empezado a ejecutar, y de esta manera se evita un daño cierto ya que, el acto administrativo pierde fuerza ejecutoria. Ejemplos de este tipo de situación son los siguientes:

a). Cuando se expide un acto administrativo donde se nombran las personas que resultaron afectadas con la supresión de unos cargos administrativos, empero, aún no se han proferido los actos administrativos de ejecución, contentivos del retiro del

⁶ El Consejo de Estado aún continúa firme con esta línea jurisprudencial y persevera en las restricciones a la simple nulidad contra actos administrativos de carácter particular y concreto. Véase: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 4 de Marzo de 2003, Consejero Ponente: Manuel S. Urueta Ayola, Rad. 110010324000199905683 02. Actor: Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca-CAR. Ref.: EXP. Núm. Int.30. Publicada en Revista de Jurisprudencia y Doctrina de legis, de junio de 2003, pags. 1098 y ss.

⁷ La Corte es contundente al manifestar: "..... si el imperativo constitucional del derecho a la tutela judicial es su efectividad, entendida ésta como el compromiso estatal de garantizar en forma real el acceso a la jurisdicción para lograr el restablecimiento del orden jurídico y la garantía de los derechos ciudadanos, puede asegurarse que la interpretación que viene haciendo el Consejo de Estado del precitado artículo 84 del Código Contencioso Administrativo desconoce este derecho medular, pues, además de impedirle al afectado solicitar el restablecimiento de la situación jurídica individual por encontrarse vencido el término legal estatuido para esos efectos, también se le está limitando al ciudadano -interesado o tercero- el acceso al proceso para controvertir la simple legalidad de ciertos actos administrativos de contenido particular, sin que ese haya sido el verdadero interés del constituyente ni del legislador extraordinario al regular la acción pública de simple nulidad". (Corte Constitucional, Sentencia C-426 DE 2002, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil).

⁸ Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Universidad Externado de Colombia, página 153.

servicio de dichas personas. Si se demanda, por parte de uno de los afectados, el acto administrativo que estableció la supresión de cargos, a través de la acción de simple nulidad y esta prospera antes de que se inicie la operación administrativa de retiro correspondiente, el actor no podrá ser retirado.

b).- La ordenanza o el acuerdo que altere ilegalmente el régimen de la propiedad privada en ciertos sectores de la población establecido en la Constitución y en las Leyes, sin que aún se operativice su ejecución, está modificando el derecho subjetivo de cada uno de los propietarios en los mencionados sectores. Quién acuse ese acto administrativo por la vía de la acción de simple nulidad, estará defendiendo el “derecho suyo” reconocido por el ordenamiento jurídico, en caso de ser propietario en tales sectores y si se declara la nulidad del acto no se alterará su propiedad.

c).- Si se declara nulo un acto administrativo que cree un impuesto, y éste -por cualquier razón- aún no ha sido pagado por el particular.

d).- Cuando se declare la nulidad de un acto administrativo que impone una sanción disciplinaria de una multa y ésta no haya sido cancelada.

e).- En materia de prestaciones periódicas, cuando se dejan de reconocer por ilegales. En este caso el restablecimiento automático del derecho opera para la administración pública.

H.- Entendido lo expuesto en el punto anterior y como corolario se reitera, el restablecimiento automático del derecho ya no es una imposibilidad para ejercer la acción de simple nulidad frente a actos administrativos de carácter particular y concreto, cuando tal acción se ejerce luego de transcurridos los cuatro meses de que habla el numeral segundo del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo y el literal del numeral 2º del artículo 164 del C.P.A.. Así lo explica la Corte Constitucional en los siguientes términos: “Bajo este entendido, consultando el espíritu

de la Constitución y de la ley, se tiene que la acción de simple nulidad procede contra todos los actos administrativos, generales y particulares, cuando la pretensión es únicamente la de tutelar el orden jurídico, caso en el cual la competencia del Juez se limita a decretar la simple anulación sin adicionar ninguna otra declaración, pese a que con el retiro del acto impugnado eventualmente se restablezcan derechos o se ocasionen daños al actor o terceros”.¹⁰

I.- Si el acto administrativo ya fue ejecutado y ya se produjo el daño y los perjuicios respectivos, si se demanda el acto administrativo por fuera de los términos dispuestos para la caducidad de la acción, a lo sumo se podrá anular el acto administrativo por ser contrario a la Constitución y la Ley, pero dichos perjuicios no serán indemnizados ni las cosas podrán regresar al estado anterior de la expedición del acto administrativo que se anula. En el caso de un acto administrativo que ordena retirar en forma ilegal de la función pública a un Servidor Público, si el retiro ya se produjo, no habrá posibilidad de reintegrar al afectado (restablecimiento del derecho) y de pagarle el salario y las prestaciones sociales dejadas de percibir (Reparación del daño).¹¹

J.- La teoría de los móviles y finalidades posee su utilidad práctica cuando se pretende atacar un acto administrativo de carácter particular y concreto a través de la acción de simple nulidad (o viceversa), sin embargo, tal mecanismo jurídico no debe utilizarse para demandar al mismo tiempo actos administrativos de carácter general del orden nacional y de carácter particular, ya que en tal evento, el juzgador podría interpretar que se trata de una indebida acumulación de pretensiones, lo que daría lugar a inadmitir la demanda para que el libelista precise cual es la acción, de conformidad a la causa petendi que esboza. El mecanismo jurídico, cuando se trata de demandar los dos tipos de actos al mismo tiempo, es la interposición de la excepción de legalidad frente a los actos administrativos de carácter general del orden nacional como se verá más adelante, aunque este mecanismo cae en desuso con el advenimiento del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en este aspecto, pues con la unificación

⁹“Ahora bien, si se acusa un acto de contenido particular y concreto por vía de la acción de simple nulidad, y la demanda no se interpone por el titular del derecho afectado sino por un tercero, es imprescindible que el juez contencioso vincule al proceso al directamente interesado, con el fin de que este intervenga y pueda hacer efectivas las garantías propias del derecho al debido proceso.” (Corte Constitucional, jurisprudencia citada).

de la acción se permite la acumulación de pretensiones en relación con la nulidad de actos administrativos generales y actos administrativos particulares y concretos. Sin embargo, para evitar que el asunto se incorpore en el ámbito competencial del Consejo de Estado, es posible seguir ejerciendo la excepción de ilegalidad, pues conforme lo señala el numeral 1º del artículo 165 del C.P.A., el Juez de la nulidad conoce de lo demás, lo que implica que, por regla general, será el Consejo de Estado el Juez competente de la acumulación, en caso de que el acto administrativo de carácter general sea del orden nacional (numeral 1º del artículo 149 del C.P.A.).

K.- Es pertinente anotar que la nulidad de actos administrativos rige hacia el futuro y el restablecimiento (reparación “in natura”) toca aspectos del pasado de conformidad al petitum de la demanda.¹² Las pretensiones determinan el restablecimiento. Es por esto que la Corte Constitucional argumenta: “Téngase en cuenta que, una vez vencido el término de caducidad previsto en la ley para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento sin que ésta se haya impetrado -que es de cuatro meses si se trata de un particular o de dos años si quien demanda es una persona de derecho público-, el derecho subjetivo reconocido en el respectivo acto administrativo adquiere firmeza jurídica y se torna inmodificable, de manera que, frente a la posible declaratoria de simple nulidad del acto, la cual puede promoverse en cualquier tiempo, deben hacerse prevalecer los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima en favor del titular del derecho previamente reconocido”. (Jurisprudencia citada).

Del aparte jurisprudencial transcrito se colige que las situaciones jurídicas consolidadas y obtenidas son inmodificables, empero, esto no es óbice para pensar que el acto sigue produciendo efectos jurídicos, toda vez que al desaparecer del mundo jurídico pierde fuerza ejecutoria, por ende, en el futuro ya no se podrá seguir reconociendo derecho alguno con base en la decisión administrativa anulada y así se evita la perpetuidad de la ilegalidad.

Es por lo anterior que resulta contrario a derecho lo esbozado por el Consejo de Estado en el sentido de afirmar que se institucionaliza la vía de hecho generadora de derecho, toda vez que el acto administrativo declarado nulo no sigue produciendo efectos jurídicos. El ejemplo que trae el Consejo de Estado en la providencia que se critica es inapropiado para explicar lo expuesto por la Corte Constitucional, por el simple hecho de que parte del supuesto de que el acto administrativo sigue produciendo efectos jurídicos, así: “Esa interpretación conduciría a manera de ejemplo, a situaciones absurdas, como aquella en donde se decreta la nulidad del acto de reconocimiento de una pensión manifiestamente ilegal, pero subsiste la obligación del Estado, a pesar de que no haya sustento jurídico, de seguir reconociendo los derechos que allí se generaron”.¹³ Es evidente, conforme a lo explicado, que el Estado no estará obligado a seguir pagando las mesadas pensionales.

Un argumento que ratifica aún más que es el restablecimiento el que rige hacia el pasado de conformidad a como se pida en la demanda, es el que tenemos contemplado en los artículos 170 del C.C.A. y 187 del C.P.A., los cuales ordenan la congruencia

¹⁰ El Consejo de Estado considera que “...se da la opción para pedir la simple anulación, o está acompañada del restablecimiento. Pero en ambos casos, la acción debe intentarse dentro de los cuatro meses que fija la ley...” en “...dos situaciones: Lesión jurídica y daño contingente. El acto ilegal no se ha aplicado aún, y por consiguiente, el perjuicio económico no se ha producido. En este evento, la declaratoria de nulidad, por sí sola, conllevaría el restablecimiento del derecho. Automáticamente se retornaría a la situación jurídica primitiva. Como el perjuicio potencial no se ha trocado aún en daño patrimonial actual, la simple anulación pedida oportunamente comportaría la reparación; y, la lesión jurídica subjetiva y daño actual. El perjuicio se produce con la decisión administrativa seguida de su inmediato cumplimiento. Como la solicitud de nulidad sin restablecimiento del derecho no comportaría la reparación patrimonial del daño, el interesado podrá intentar la acción con ambos fines. No obstante si quiere abstenerse de pedir la indemnización correspondiente, podrá hacerlo sin que se desnaturalice la naturaleza del contencioso subjetivo.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Bogotá, diez de agosto de 1961. Consejero Ponente Dr. Carlos Gustavo Arrieta). Le hayamos razón a la Corte Constitucional de haberse apartado de esta tesis jurídica, toda vez que el artículo 85 del C.C.A. exigía que en la demanda se pretendiera, en forma expresa, el restablecimiento del derecho y la reparación del daño, si es del caso, sin embargo, no había lugar a pensar de que por el hecho de que se produjera un restablecimiento automático, ya la acción se convertiría en una pretensión de nulidad y restablecimiento, porque esto no lo decía por ningún lado la disposición precitada, es decir, si en la demanda no se decía nada, la acción sería de simple nulidad y podría ejercitarse en cualquier tiempo, así se llegare a producir un eventual restablecimiento del derecho. Ahora bien, tal como se advirtió líneas atrás, este panorama cambió con el advenimiento del artículo 137 del C.P.A.

¹¹ La Corte Constitucional en la providencia mencionada durante este escrito, ha explicado el papel que juega el Juez en estos eventos, así: “En estos casos, la competencia del juez contencioso administrativo se encuentra limitada por la pretensión de nulidad del actor, de manera que, en aplicación del principio dispositivo, aquel no podrá adoptar ninguna medida orientada a la restitución de la situación jurídica particular vulnerada”.

de la sentencia, por ende, sino se pide el restablecimiento del derecho en debida forma, al Juez sólo le queda fallar conforme a lo pedido y así se evita precisamente la vulneración del debido proceso de la parte demandada, toda vez que en caso contrario se accedería a una pretensión que nunca conoció y, por tanto, no tuvo oportunidad de defenderse contra la misma¹⁴

L.- El numeral segundo del artículo 136 del C.C.A. y el literal d del numeral 2º del artículo 164 del C.P.A., son claros en señalar que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caducará al cabo de 4 meses contados a partir del día siguiente de la publicación del acto, de lo cual se deduce que esta acción es viable contra actos de contenido general, decisiones que se publican de conformidad a lo contemplado en el artículo 43 del C.C.A. y en el artículo 65 del C.P.A. Por tanto, no es el tipo de acto administrativo el que determina la naturaleza de la acción sino las pretensiones contempladas en el libelo. No otra cosa se deduce de las disposiciones referidas en este numeral, habida cuenta que decisiones de carácter general estarían sujetas a una acción subjetiva como lo es la de restablecimiento y no estarían circunscritas sólo a la acción de simple nulidad. Desafortunadamente el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo restringió el ejercicio de la acción de simple nulidad contra actos administrativos de carácter particular y concreto, lo que implica una eventual inconstitucionalidad del artículo 137 del C.P.A., tal como se explica en el literal N de esta disertación.

M.- Ahora, también cabe anotar que el término de caducidad no tiene ninguna utilidad cuando lo que se busca es declarar la nulidad parcial de un acto administrativo que reconoce una prestación periódica con

el objeto de que se reajuste la misma, o cuando se pide su nulidad total para que desaparezca del mundo jurídico. Por tanto en este evento la teoría de los móviles y finalidades pasa a un segundo plano.

CONCLUSIÓN.

A manera de conclusión consideramos que la posición del Consejo de Estado conlleva indefectiblemente una perpetuidad de la ilegalidad, porque impide que se ejerza la acción de simple nulidad contra actos administrativos ilegales de carácter particular y concreto, por fuera de los términos de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que provoca que sigan existiendo y produciendo consecuencias antijurídicas sin posibilidad alguna de sacarlos del mundo jurídico. Esta posición es inconstitucional, habida cuenta que atenta contra la supremacía de la Constitución y La Ley y protege derechos adquiridos sin justo título, los cuales no pueden ser amparados por el derecho bajo ningún punto de vista (artículo 58 de la Constitución Política).

Por ende, hacemos nuestra argumentación de salvamento de voto contra la providencia que se aparta de la tesis expuesta por la Corte Constitucional y que acogemos abiertamente, así: “El acto írrito no puede tener consecuencias jurídicas, lo contrario sería promover que situaciones ilegales tengan vigencia en el mundo del derecho, subordinando la legalidad del acto administrativo a su ejecutoriedad y firmeza, aserto que resulta absurdo, porque lo ilegal no puede tener amparo y protección jurídica”.¹⁵

¹¹ Increíblemente algunos autores del derecho administrativo insisten en manifestar que la nulidad por sí sola implica volver las cosas al estado anterior, situación esta que atenta contra principios mínimos que deben regir en un Estado de Derecho, como lo son: la seguridad jurídica, situaciones jurídicas consolidadas, obtención de beneficios económicos o de otro tipo actuando de buena fe, certeza de las actuaciones de la administración pública, etc....Esta posición errónea la poseen doctrinantes como el Dr. Miguel González Rodríguez, quien anotó en la publicación “ámbito jurídico del 4 al 17 de agosto de 2003 lo siguiente: “....toda declaración de nulidad tiene efectos retroactivos, tanto en el derecho público como en el derecho privado....” (Página 6B).

¹² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 4 de Marzo de 2003, Consejero Ponente: Manuel S. Urueta Ayola, Rad. 110010324000199905683 02. Actor: Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca-CAR. Ref.: EXP. Núm. Int.30. Publicada en Revista de Jurisprudencia y Doctrina de legis, de junio de 2003, pags. 1098 y ss.

¹³ El Consejo de Estado, citando a Betancur Jaramillo, señala que el contencioso administrativo es rogado, así: “La falta de iniciativa del Juez administrativo se refleja en su decisión, ya que ésta no puede resolver cuestiones no planteadas en el libelo, salvo que se trate de excepciones, porque éstas por expreso mandato del legislador (art. 111) pueden por regla general ser declaradas oficiosamente”. (Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de Marzo 26 de 1982).

Como corolario, consideramos que el artículo 137 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es abiertamente contrario a la Constitución Política en relación con las restricciones para pretender la nulidad de actos administrativos particulares y concretos, pues transgrede el derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia contemplado en el artículo 229 de la Constitución Política, aunado a que el asunto no puede ser reducido a un simple ámbito de configuración legislativa. En efecto, impedir que un acto administrativo ilegal de carácter particular y concreto sea acusado en sede judicial a través de la acción de simple nulidad, es simplemente permitir que una decisión contraria al ordenamiento jurídico permanezca vigente e incólume en detrimento del principio de legalidad (art. 6° de la C.P.). En un estado de derecho no se puede proteger la ilegalidad, y aunque el legislador puede restringir el acceso a la administración de justicia por seguridad jurídica a través de figuras como la caducidad, esto sólo se puede predicar en relación con derechos subjetivos de carácter patrimonial y de libre disposición y no con el ámbito de la legalidad que nos atañe a todos.

Por otro lado, desde la perspectiva del derecho comparado, vemos como en España no existe este problema de la teoría de los móviles y finalidades dado que simplemente se hace una diferenciación de la acción de nulidad entre su connotación relativa y su carácter absoluto y se precisa que en este último plano procede contra cualquier tipo de acto administrativo y se puede alegar en cualquier tiempo. Se observa entonces que la solución dada por el Derecho Español, armoniza con la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional que hemos venido analizando en este acápite. Observemos pues como la doctrina de dicho país explica la acción de nulidad absoluta, así:

La nulidad absoluta puede alegarse en cualquier tiempo. Así, por el particular, aunque el acto administrativo viciado haya adquirido la apariencia de formalmente firme, por haber transcurrido los plazos para recurrir contra el mismo sin que ningún recurso haya sido utilizado; y por la Administración, desconociendo las situaciones jurídicas creadas al amparo de dicho acto e incluso revocándolo, sin necesidad de recurrir al proceso de lesividad, aunque de él se hayan derivado derechos a favor de terceros. Aquí tiene plena aplicación el viejo principio “quod ad initium vitiosum est tractu tempore convaleceré non potest”¹⁶.

Es importante acotar que la nulidad de un acto administrativo eventualmente puede generar la reparación del daño ocasionado, a pesar de que las situaciones ya se hubieren consolidado, pero este es un caso excepcional que la jurisprudencia sólo ha admitido en materia tributaria para evitar el incentivo a la evasión de impuestos cuando se declaran nulos actos administrativos de carácter general que crean impuestos¹⁷. La regla general es que la reparación del daño sólo se pueda esgrimir al interior de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada dentro del término de caducidad señalado por la ley, por eso en el último inciso del artículo 138 del C.P.A., se advierte que se puede demandar un acto administrativo de carácter general en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, siempre y cuando no medie un acto administrativo de carácter particular y concreto y la demanda se presente dentro de los cuatro meses siguientes a la publicación del acto acusado.

¹⁴El Consejo de Estado, citando a Betancur Jaramillo, señala que el contencioso administrativo es rogado, así: “La falta de iniciativa del Juez administrativo se refleja en su decisión, ya que ésta no puede resolver cuestiones no planteadas en el libelo, salvo que se trate de excepciones, porque éstas por expreso mandato del legislador (art. 111) pueden por regla general ser declaradas oficiosamente”. (Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de Marzo 26 de 1982).

¹⁵Salvamento de voto de Alberto Arango Mantilla y Alejandro Ordóñez Maldonado a providencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 4 de Marzo de 2003, Consejero Ponente: Manuel S. Urueta Ayola, Rad. 110010324000199905683 02. Actor: Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca-CAR. Ref.: EXP. Núm. Int.30. Publicada en la Revista de Jurisprudencia y Doctrina de legis de junio de 2003, pags. 1098 y ss.

¹⁶GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, Decimocuarta edición, Editorial Tecnos, con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González, página 583.

¹⁷Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 25000232600020000190701 (24655) de febrero 23 de 2012, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de mayo de 2012, páginas 892 a 914.



IVÁN MAURICIO FERNANDEZ ARBELAEZ, egresado y catedrático de la Universidad la Gran Colombia Seccional Armenia, especialista en Derecho Contencioso Administrativo y, en Responsabilidad y Daño Resarcible de la Universidad Externado de Colombia.

Se desempeñó en la Gobernación del Quindío como Abogado litigante en lo Contencioso Administrativo, Jefe de la Oficina de Asuntos Disciplinarios y Director de Control Interno de Gestión, fue Auxiliar de magistrado del Tribunal Administrativo del Quindío, actualmente ejerce el cargo de Juez Administrativo Oral del Circuito de Armenia y como catedrático de Procesal Administrativo y Contencioso Administrativo en la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia en pregrado desde el año 2002, docente en Derecho Administrativo General y Colombiano de la misma Universidad en pregrado, docente en la especialización en Derecho Administrativo en los siguientes cursos: Mecanismos alternativos de solución de conflictos y Organización de la Administración Pública. Facilitador de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” en el módulo de Interpretación Constitucional. Así mismo docente en materia de líneas jurisprudenciales en las especializaciones de la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia.

Experiencia Investigativa y/o publicaciones: Autor de la Obra “Manual de Derecho Procesal Administrativo y Contencioso en dos tomos. Autor de diversos ensayos en la revista jurídica “Inciso”, de la facultad de derecho de la Universidad la Gran Colombia Seccional Armenia, así: La Operación Administrativa, Simples Copias en el Proceso Ejecutivo Contencioso Administrativo, El Principio de Autotutela Administrativa, El Principio de Legalidad, La Socialización del Riesgo en la reparación de las víctimas en sede administrativa. Próximo a publicarse: El real alcance del Daño Antijurídico y daño a la salud: Modalidad de perjuicio inmaterial o inútil e inconveniente para reparar integralmente el daño. También es autor del ensayo denominado: Derecho Administrativo en el Régimen Anglosajón, publicado en la revista del Colegio de Jueces y Fiscales capítulo Quindío.



Con descongestión judicial



Sin descongestión judicial

J.P.O.
2014

NUEVOS PARADIGMAS EN EL CONTROL ADMINISTRATIVO Y JUDICIAL DEL ESTADO COLOMBIANO

POR: DARIO ERNESTO MARTINEZ JURADO

El presente documento intenta resumir la evolución histórica del concepto de Estado constitucional; la injerencia de las teorías del neo-constitucionalismo en el desarrollo del ordenamiento jurídico contemporáneo, sus implicaciones y los nuevos paradigmas que se imponen en la concepción del derecho administrativo moderno; la adopción de esta tendencia en el esquema del control administrativo y jurisdiccional de la actividad estatal, por medio del desarrollo jurisprudencial nacional y especialmente con el contenido de la Ley 1437 de 2011, de la cual se abordarán algunos institutos que ejemplifican la constitucionalización del renovado derecho administrativo colombiano.

“La falta de correspondencia entre la situación de Derecho constitucional y la realidad administrativa es evidente, y representa uno de los hechos más importantes que salen al paso de la ciencia del Derecho” Ernst Forsthoff.¹

Una de las grandes conquistas de la sociedad contemporánea ha sido la de abandonar paulatinamente las formas de organización social, económica y política totalitarias, es decir, avanzamos de regímenes que imponían los destinos de las naciones por medio de la voluntad de un líder o una familia, bajo el imperio de la fuerza (dictaduras), o por la creencia ingenua del poder sagrado emanado de un linaje (monarquías), al denominado Estado de Derecho. Para ello, la humanidad tuvo que sufrir un alto costo, debido a que la mayoría de revoluciones que dieron lugar a dicha fórmula de organización jurídico-política fueron violentas y sangrientas; pero, paradójicamente, en la misma época -Revolución Francesa del Siglo XVIII-, bajo las corrientes del iluminismo y las formulaciones positivistas, se gestaron las ideas más grandiosas para la convivencia pacífica y democrática de las naciones, ya que las consignas revolucionarias de libertad, igualdad y confraternidad, obtuvieron la eliminación de la arbitrariedad en la actividad estatal, en razón a que el Estado se sujetó a los designios de la Ley emanada del pueblo²; entonces, el Estado pasó a ser gobernado según la voluntad general y orientado a la consecución del bienestar del pueblo.

¹ Prólogo a su Tratado de Derecho Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 5, fechado en Heidelberg-Schlierbach, en otoño de 1949.
² L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, vol. II, Fontemoing, Paris, 1923, p. 145: «la ley puede ser mala, todo lo injusta que se quiera, pero su redacción general... reduce al mínimo este peligro. El carácter garantista de la ley e incluso su propia razón de ser se encuentran en su carácter general».

Al respecto, el jurista alemán Otto Mayer describe la idea de Rechtsstaat o Estado normado o regulado, caracterizando la concepción de la ley, como acto deliberado de un Parlamento representativo que se concreta en la práctica, en lo siguiente:

- i. La supremacía de la ley sobre la Administración;*
- ii. La subordinación a la ley, y sólo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la Administración puedan incidir sobre ellos;*
- iii. La presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y sólo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la Administración del Estado.”³*

Bajo tal contexto, el derecho administrativo clásico concibió al principio de legalidad⁴ con la idea de que la Ley era un acto normativo supremo, puro e irresistible, razón por la cual, su aplicación rígida y estricta garantizaría el “bienestar de todos”. Por ende, la ley en el Estado de Derecho a lo largo de la historia, se ocupó de fortalecer los poderes de la Administración; esto es, de lo que podía hacer en caso de colisión con los derechos particulares. No obstante, desatendió garantizar y proteger efectiva y eficientemente los derechos fundamentales, constitucionales y convencionales de los particulares; ello hizo evidenciar unas instituciones jurídicas y autoridades incompletas; es decir, materialmente ausentes de las problemáticas cotidianas de las personas, puesto que el contenido sustancial de la ley y las autoridades dispuestas para su cumplimiento, no se enfocaron en la garantía de los derechos inherentes a los seres humanos; dicha situación, condujo a reorientar el concepto de Estado imperante en la época, al que actualmente se conoce como Estado Constitucional, el cual propugna por la garantía de los derechos fundamentales, la materialización de los mandatos constitucionales y convencionales, dirigido decididamente a la eficacia del principio de solidaridad.

El Estado Constitucional irrumpió bajo las teorías del neoconstitucionalismo⁵, posteriores a la segunda guerra mundial, dicha fórmula es coincidente con la Declaración de los Derechos del Hombre de las Naciones

Unidas (1948) y la Constitución de Bonn (Alemania - 1949) por su énfasis en el tratamiento de los derechos fundamentales del hombre; el neoconstitucionalismo busca que las Constituciones de los Estados no se limiten a establecer competencias y separar los poderes públicos, sino a instituir verdaderos mandatos sustantivos que condicionen la actividad estatal, por medio de la ordenación de valores, principios, fines y objetivos⁶ comprometidos con la protección de la dignidad del ser humano⁷; la persona humana es el fundamento y la razón de ser del derecho⁸.

Para lo anterior, los textos constitucionales debían contener amplios catálogos de derechos fundamentales⁹, exigiéndoseles a los Estados la adopción de herramientas jurídicas eficaces, con el objetivo de que los mismos sean una realidad en todas las relaciones entre el Estado y las personas, y entre los propios particulares, dejando atrás la concepción simple de que el Estado solamente actúa para aplicar la Ley y solamente la Ley; por todo ello, las normas constitucionales vinieron a renovar las relaciones entre las personas y el Estado, en donde el Estado juega un papel activo¹⁰ y garantista¹¹ de los derechos fundamentales y constitucionales; determinado hacia la obtención progresiva de los derechos sociales¹² que constituyen verdaderos mandatos constitucionales; los cuales en mi criterio no están al arbitrio del legislador o los gobiernos de turno, debido a que su contenido y alcance resulta jurídicamente determinable¹³, por ello, válidamente exigibles.

De manera que a esta corriente teórica y metodológica del derecho moderno se la denomina impregnadora¹⁴, dado que en el neoconstitucionalismo, las Constituciones invaden todas las áreas del derecho que en mayor o menor medida determinan la vida social y política de las personas¹⁵ (derecho administrativo, derecho laboral, derecho privado, derecho procesal e incluso el derecho internacional). En efecto, las Cartas Políticas adquieren fuerza vinculante y aplicabilidad directa en el orden jurídico, dejando atrás el modelo de normas constitucionales de simple contenido programático o llamadas “recomendaciones” a los poderes públicos. En consecuencia, la constitucionalización constituye un proceso constante

³ Reseña tomada de la página web: www.tc.gob.pe/cec/themes/bluemarkine/.../Zagrebelky_sesion1.doc; consulta: 5 de marzo de 2014.

⁴ En el derecho administrativo moderno, hemos evolucionado al denominado principio de juricidad, entendido como la sujeción de la actividad estatal, principalmente, a los mandatos constitucionales y convencionales, como se evidenciará más adelante.

⁵ Los principales representantes de esta corriente doctrinaria, son: Ronald Dworkin (Freedom's Law), Robert Alexy (El concepto y la validez del derecho), Gustavo Zagrebelsky (El derecho dúctil), Carlos Nino (La constitución de la democracia deliberativa), entre otros.

de revisión y corrección del ordenamiento jurídico interno; motivo por el cual, el derecho administrativo, en palabras del profesor alemán Eberhard Schmidt-Assmann, pasó a ser designado como derecho constitucional concretizado, ya que se volvió más abierto y flexible ante la sensibilidad que produce la reflexión del Derecho Constitucional.

En ese contexto, para que una norma de carácter general (ley, decreto, reglamento, etc.), decisión administrativa particular o actuación de las autoridades públicas sea válida, admisible y plausible en el Estado Constitucional, es necesaria su coherencia o sujeción a las reglas, principios y valores establecidos generalmente en las primeras partes de las Cartas Políticas; es más, para sostener que nos encontramos en un verdadero Estado Social y Democrático de Derecho, resulta indefectible una interacción constante e intensa de nuestro ordenamiento jurídico interno con el derecho convencional, tal y como lo ordenan los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena; es decir, cumplir fielmente con los más altos estándares de protección de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y del *ius cogens*. Así entonces, existen ámbitos jurídicos de excepcional intervención, como lo son el conjunto de los derechos de libertad y

autonomía, que impiden decisiones políticas, administrativas, legislativas o judiciales que los sacrifiquen⁶; ámbitos de intervención, en los derechos sociales, que imponen medidas dirigidas a satisfacerlos, como paradigma irreversible del Estado moderno, orientado por el principio de progresividad y la prohibición de regresividad⁷; y ámbitos de conservación universal, como lo es la preservación de la integridad del sistema ambiental, respondiendo en forma coordinada con todos los países del mundo al fenómeno de la degradación y cambio climático en pro de un desarrollo sostenible⁸.

Dentro de este nuevo paradigma, los jueces juegan un rol preponderante, porque todo el ordenamiento jurídico debe estar garantizado por mecanismos jurisdiccionales eficientes (se requiere cierta proporción de activismo judicial⁹), a ello deben sumarse, mecanismos y/o procedimientos administrativos vigorosos que salvaguarden los derechos fundamentales, constitucionales y convencionales en toda la actividad estatal. En síntesis, el Estado Constitucional heredero de las teorías contractualistas, supone un acuerdo que tiene como cláusulas principales la garantía de los derechos fundamentales¹⁰, los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho de gentes, la justicia social y la especial atención a la protección y promoción del ambiente sano.

⁶ "la regulación de sus significados mediante normas sustantivas caracteriza en cambio al constitucionalismo y al Estado de derecho en sentido fuerte, que exigen que todos los poderes, incluso el legislativo, se hallen sometidos a límites y vínculos de contenidos." L. Ferrajoli, *Principia Iuris*, vol.1, p. 567.

⁷ TOBIAS, José W., *Persona y Mercado. La Ley*, Suplemento de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, del 28/02/2012, p. 2, señala que la "dignitas" es el fundamento último de los derechos fundamentales.

⁸ RABBI – BALDI CABANELLAS, Renato, *Teoría del Derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 2008, p. 33

⁹ Robert Alexy los define como "posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria", *Theorie der Grundrechte*, 3. Edición, Frankfurt a.M 1996, p. 406., (traducción al español: *Teoría de los derechos fundamentales*, Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997).

¹⁰ Aclaración de voto de la Dra. Stella Conto Díaz del Castillo, a la sentencia de 19 de junio de 2013, Sección Tercera, Sub. B, Rad. 50001-23-31-000-1999-00350-01(24682): "Con lo anterior es claro, que tanto la Constitución como la ley exigen de parte de los municipios una especial labor de vigilancia y cuidado respecto de las vías que le obligan bien por ser de su propiedad o por haberlas recibido para su administración, pues es una carga que debe soportarse para garantizar que efectivamente en un Estado Social de Derecho como el nuestro, "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares." No puede, entonces, como parece desprenderse de la motivación que me aparto, pretender que la responsabilidad de la entidad encargada del mantenimiento de la vía penda de que se demuestre su conocimiento previo, porque las obligaciones constitucionales y legales referidas en precedencia, imponen a las entidades del Estado un proceder activo, vigilante y constante que le permita tener el control de todas sus obligaciones para proceder como oportunamente corresponda."

¹¹ "formular técnicas de garantías idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad de efectividad de los derechos reconocidos constitucionalmente." L. Ferrajoli. "Juspositivismo crítico y democracia constitucional".

¹² Böckenforde define los derechos sociales como obligaciones objetivas del legislador y de la administración.

¹³ Ya sea desde una postura maximalista, minimalista o intermedia, Alexy ofrece un modelo racional para la determinación de estos derechos, basado en su teoría de principios: "(...) una posición jurídica está definitivamente garantizada iusfundamentalmente si (1) la exige muy urgentemente el principio de libertad fáctica y (2) el principio de separación de poderes y el de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento), al igual que (3) principios materiales opuestos (esencialmente aquellos que apuntan a libertad jurídica de otros) son afectados en una medida relativamente reducida a través de la garantía iusfundamental de la posición de prestación jurídica y las decisiones del Tribunal Constitucional que la toman en cuenta. En todo caso, estas condiciones están satisfechas en el caso de los derechos fundamentales sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica"; (nota 9), p. 466.

¹⁴ Ricardo Guastini. *Estudios de Teoría Constitucional*, México D.F., Unam – Fontamara, 3 ed., 2007, pág. 153: "Un proceso de transformación del ordenamiento jurídico, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente "impregnado" por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales."

¹⁵ Konrad Hesse. "Significado de los derechos fundamentales", en Benda – Maihofer – Vogel – Hesse - Heyde (eds.), *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pág. 93: "Los derechos fundamentales influyen en todo el derecho (...) no sólo cuando tiene por objeto las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los poderes públicos, sino también cuando regula las relaciones jurídicas entre particulares. En tal medida sirven de pauta tanto para el legislador como para las demás instancias que aplican el derecho, todas las cuales al establecer, interpretar y poner en práctica normas jurídicas habrán de tener en cuenta el efecto de los derechos fundamentales."

De acuerdo con lo anterior, se hace necesario que la interpretación constitucional de las normas y de los hechos se haga a partir de esquemas interpretativos integrales y antiformalistas (aplicación del mayor número de criterios interpretativos, en pro de respuestas integradoras y coherentes con el ordenamiento jurídico y externo), como el modelo de Hesse, que promueve la maximización de los derechos²¹. A lo anterior, vale añadir la prohibición al constituyente secundario o derivado de sustituir pilares del Estado Social de Derecho contemplados en la norma superior²², y la justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales, esto es, la posibilidad de exigir el cumplimiento o restitución de un derecho de esta categoría, por medio de un mecanismo judicial idóneo.

En Colombia, el cambio de paradigma hacia el Estado Constitucional, se produjo con la expedición de la Carta Política de 1991, aunada a la labor vanguardista de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional en las cuales se acoge y se promueve esta corriente renovadora del derecho, con claros mandatos en la acción estatal. Sin embargo, el derecho administrativo colombiano -normado-, lamentablemente se mantuvo petrificado debido a la vigencia de algunas normas que no fueron actualizadas por el legislador, pues si bien se realizaron ciertas reformas, las actuaciones y relaciones entre particulares y la Administración esencialmente siguieron rigiéndose por el Decreto 01 de 1984, esto es, una norma expedida bajo el vigor de la Constitución de 1886, preocupaba radicalmente por la protección de las estructuras, órganos y poderes de la Administración (Estado de Derecho), pero no de raigambre principialista, garantista y decididamente orientada a la protección y eficacia de los derechos fundamentales, constitucionales y convencionales.

Así entonces, la Carta Política de 1991, el derecho convencional y la jurisprudencia constitucional condicionaron el desarrollo de la jurisprudencia del

Consejo de Estado y la normativa que se llegare a expedir en el contorno del derecho administrativo, ya que ineludiblemente la transformación del Estado colombiano en un Estado Social de Derecho, implicó hacer efectivos mandatos concretos plasmados en la norma superior y las disposiciones internacionales que ingresan a través del bloque de constitucionalidad, como lo son: la igualdad real y efectiva mediante acciones afirmativas hacia la población marginada, la protección de personas en estado de debilidad manifiesta (población desplazada por la violencia, adulto mayor, niños, personas con discapacidad), la promoción del empleo y el mejoramiento de la calidad de vida de las personas de menores ingresos (subsidios y contribuciones -núm. 9 del art. 95 de la C.P.-), el derecho a una vivienda digna (T-585 de 2008), dar prioridad a las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, la reparación integral de la víctimas de crímenes de lesa humanidad (SU-254 de 2013), entre otros; es decir, las normas constitucionales y convencionales irradiaron el desarrollo del derecho administrativo colombiano, encauzándolo hacia la prosperidad general, la distribución equitativa de las cargas públicas, la reparación integral de los daños antijurídicos causados por el Estado desde una perspectiva objetiva de responsabilidad²³, la garantía de la dignidad humana— con especial énfasis en los derechos fundamentales y derechos humanos—, las garantías del debido proceso, no sólo desde el punto de vista judicial sino orientado a la función administrativa, la protección de la integralidad del sistema ambiental en procura de un desarrollo sostenible para las generaciones presentes y futuras —derechos humanos de tercera generación—, y en general, la materialización de los objetivos y fines del Estado moderno.

Así mismo, la adopción del concepto de Estado constitucional no sólo envuelve la necesidad de aplicar, adaptar o amoldar²⁴ nuestro derecho administrativo a las normas (reglas, principios y valores) del derecho

¹⁶ “aquellas libertades, inmunidades, pretensiones y potestades que corresponden a todo ser humano como condición necesaria para realizarse como sujeto moral.” Liborio Hierro, “El concepto de justicia y la teoría de los derechos”. Estado, justicia, derechos, 2002, ISBN 84-206-8677-8.

¹⁷ Sentencia C- 1141 de 2008: “El principio de progresividad y la prohibición de regresividad representa un componente esencial de la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y dentro de ellos los derechos de seguridad social. La exigibilidad judicial de la protección de un derecho social, debe ser complementada con la posibilidad de conformar contenidos o estándares mínimos constituidos por prestaciones concretas, cuya garantía se pueda posicionar de manera general como un punto sobre el cual avanzar, y de no retorno en cuanto al carácter incuestionable de su satisfacción. El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional”.

¹⁸ Dando cumplimiento a instrumentos internacionales, como: i) la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano de 1972; (ii) la Carta Mundial de la Naturaleza de las Naciones Unidas de 1982; (iii) el Protocolo de Montreal, relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, adoptado en 1987; (iv) la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas de 1992; (v) la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992; (vi) el Protocolo de Kyoto de las Naciones Unidas a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1997; (vii) la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas de 2000; y (viii) el Acuerdo de Copenhague de 2009.

convencional, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir, a todos los alcances que conlleva pertenecer a dicho sistema internacional de protección de derechos humanos²⁵. En efecto, a título de ejemplo, el ordenamiento internacional ha potenciado el obedecimiento a la moral pública y garantiza la transparencia de la actividad del Estado, razón por la cual, cualquier acto administrativo que no se someta a dicha moral globalizada estará afectado de nulidad²⁶, así mismo, las falencias que presenten los servicios públicos serán en todo caso exigibles al Estado miembro, como titular de la obligación²⁷, entre otras implicaciones, como las que se concretan en el derecho de responsabilidad del Estado.

En ese escenario, para la consolidación del Estado Social de Derecho se necesita forzosamente de una función y estructura administrativa guiada hacia la realización del contenido sustancial de los derechos constitucionales y convencionales, teniendo en cuenta que la Carta Política y los compromisos internacionales advierten que las autoridades están dispuestas al servicio y protección de los derechos de las personas, a la eficacia de los mismos, al respeto por las garantías del debido proceso, mediante una acción estatal fundamentada en los principios “pro hómine”, “pro debilis”²⁸, “pro libertate, y lógicamente, al cumplimiento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad y publicidad (art. 209), transparencia, responsabilidad, participación, buena fe (art. 83 C.P.), confianza legítima²⁹, tutela administrativa efectiva³⁰, entre otros; de ahí que en una actuación estatal apegada a las normas superiores y convencionales fortalece la legitimidad del Estado y la convivencia pacífica de los asociados.

Por todo lo expuesto, el derecho administrativo colombiano, desde la introducción de las teorías del “nuevo derecho”³¹, se vio en la necesidad de actualizarse a los nuevos paradigmas que impone el derecho constitucional contemporáneo y en especial a los consagrados en la Carta Política de 1991; dicha tarea, debe destacarse, fue asumida por algunos jueces y magistrados de la jurisdicción contenciosa administrativa antes de la vigencia de la Ley 1437 de 2011, conscientes de la regresividad de algunas instituciones jurídicas del derecho administrativo, forjado a la luz de la anterior norma constitucional y en un concepto de Estado ya caducado.

Efectivamente, la omisión del legislador de actualizar la normativa dominante que regulaba las relaciones de los particulares con la Administración perduró 26 años, hasta la expedición de la Ley 1437 de 2011, en donde finalmente gracias a los esfuerzos del Consejo de Estado, inspirador de la nueva normativa, se identifican cambios sustanciales en las disposiciones que regulan los procedimientos administrativos y contenciosos administrativos.

Con la nueva normativa las personas asumieron un rol protagónico, dado que hace énfasis en la garantía de sus derechos cuando se trata de desplegar los procedimientos administrativos que regulan la relación directa entre las autoridades y las personas. Con lo anterior, se procuró que los inconvenientes que tengan los particulares en la interacción con las autoridades, se solucionen en sede administrativa, sin necesidad de acudir al juez³².

19 “Es en ese sentido que hay que entender el activismo judicial: un juez no marginado como el de la Revolución francesa, unas decisiones judiciales con consecuencias no solo inter partes y una legitimación proveniente de una atribución constitucional relativa a la garantía y defensa de los derechos que le permite, como ya se indicó, ser el guardián de la validez normativa y por esa ruta ser legislador negativo y positivo.” Aparte extraído del artículo “Extensión de las sentencias de unificación de la jurisprudencia”, publicaciones del Consejo de Estado, diciembre de 2012, Dr. Danilo Rojas Betancourth, Magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

20 “cartas de triunfo frente a la mayoría” R. Dworkin. *Taking Rights Seriously*.

21 Como lo profundiza el profesor Jhon Erick Chaves Bravo, en su libro “La Hermenéutica de la integridad”, Universidad de Nariño- Editorial Universitaria, Pasto - 2012.

22 Sobre el tema puede consultarse las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: C-588/09 (Sobre la carrera administrativa), C- 249 de 2012, entre otras.

23 El análisis de la responsabilidad del Estado sobre la base de modelos de causalidad y la falla del servicio, estimo que ha evolucionado a una óptica del “deber ser”, en razón a que el derecho no es una ciencia exacta, es decir, la “culpa” o la ilicitud se materializa objetivamente en el funcionamiento del servicio público en cuanto tal, con independencia de que exista una conducta ilícita de los agentes en concreto. Así mismo, el derecho de daños se constitucionalizó y los bienes jurídicos a reparar ampliaron su espectro, esto es, hacia la reivindicación de los derechos fundamentales, sin que en principio, indemnizaciones pecuniarias sean las más aptas para la reparación de este tipo de bienes.

24 Casos “Yatama vs. Nicaragua” (sentencia de 23 de junio de 2005, serie C n° 127, parr. 170); “Lori Berenson Mejía” (sentencia de 25 de noviembre de 2004, serie C n° 119, parr. 220); “Instituto de Reeduación del Menor” (sentencia de 2 de septiembre de 2004, serie C n° 112, parr. 205) y “Bulacio” (sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C N° 100, parr. 142)

25 Verbi gratia, la obligatoriedad de acatar las medidas cautelares que decreta la CIDH: T-558-03, T-786-03, T-524/05, entre otras; la responsabilidad estatal por violación a los derechos humanos.

26 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T° II, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 349 y ss.

En ese orden de ideas, en este escrito se ahondará sobre dos temas concretos que ejemplifican la constitucionalización del derecho administrativo colombiano.

El derecho de petición ante organizaciones privadas y personas naturales.

El derecho de petición se encuentra consagrado en el artículo 23 de la Carta Política³³ y los elementos para su protección del mencionado derecho fundamental se concretan en los siguientes:³⁴

- i. *El derecho a presentar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas puedan negarse a recibirlas o tramitarlas.*
- ii. *El derecho a obtener una respuesta oportuna, es decir, dentro de los términos establecidos en las normas correspondientes.*
- iii. *El derecho a recibir una respuesta de fondo, lo que implica que la autoridad a la cual se dirige la solicitud, de acuerdo con su competencia, está obligada a pronunciarse de manera completa y detallada sobre todos los asuntos indicados en la petición, excluyendo referencias evasivas o que no guardan relación con el tema planteado. Esto, independientemente de que el sentido de la respuesta sea favorable o no a lo solicitado.*

iv. El derecho a obtener la pronta comunicación de la respuesta.

De la jurisprudencia constitucional referida, se colige que la respuesta a rendirse frente a la solicitud no sólo se efectuará dentro del término legal previsto para el efecto³⁵; sino también que la misma debe ser suficiente, efectiva y congruente con lo pedido, sin que de la garantía constitucional se derive la contestación favorable a las peticiones planteadas (T-561 de 2007).

Sin embargo, a lo largo del tiempo preexistió el vacío normativo cuando se trataba de presentar peticiones respetuosas antes entidades privadas o personas particulares, porque en muchas ocasiones estos entes se amparaban en el argumento de que no les era exigible dicho derecho, por cuanto la norma constitucional no había sido desarrollada y no existía obligación alguna de cumplir con un mandato de las características descritas.

Del anterior pretexto, se desprendieron abusos en ciertas relaciones jurídicas de las personas, pues al momento de desconocer esta garantía constitucional también se afectaban otros derechos de relevancia constitucional; por ejemplo, cuando un trabajador había laborado para un empleador particular, el primero -mediante derecho petición- solicitaba la expedición de las respectivas constancias de trabajo e historia laboral a su empleador, a efectos de suplicar ante la jurisdicción

27 Corte Interamericana, caso “Ximenes Lopes vs. Brasil”, sentencia de 4 de julio de 2006, párrafo 96. “la prestación de servicios públicos implica la protección de bienes públicos, la cuál es una de las finalidades de los Estados. Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios

públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible”.

28 Es el denominado “principio de protección a las víctimas”, como lo alude el jurista argentino Bidart Campos, es decir, “que en la interpretación de situaciones que comprometen derechos en conflicto es menester considerar especialmente a la parte que, en su relación con la otra, se halla situada en inferioridad de condiciones o, dicho negativamente, no se encuentra realmente en pie de igualdad con la otra”. En la Ley 1437 de 2011, lo podemos ver concretado en los artículos: 3 núm. 2, 5 núm. 6, entre otros.

29 Desarrollado por el Consejo de Estado: Sección Tercera, C.P. Julio Cesar Uribe Acosta, 17 de julio 1986; Sección Cuarta, C.P. Delio Gómez Leiva, 18 de febrero de 2000, Rad. AC-9502; Sección Quinta, C.P. María Nohemí Hernández Pinzón, 2 de septiembre de 2004, Rad. I. 3461. Y por la Corte Constitucional: C-608-10 M.P. Sierra Porto; T-715-09 M.P. Mendoza Martelo; T-545-09 M.P. Calle Correa; T-048-08 M.P. Monroy Cabra; SU-250-98 M.P. Martínez Caballero.

30 Principio que en nuestro criterio se instala implícitamente en el derecho administrativo colombiano con la expedición de Ley 1437 de 2011, a la luz de la Carta Política de 1991, entendido como la obligación de todas las autoridades que ejercen función administrativa de utilizar, sin dilación formal alguna, todos los mecanismos, herramientas y procedimientos preestablecidos en pro de garantizar los derechos de las personas consagrados en el ordenamiento jurídico interno (con especial énfasis en los derechos fundamentales) y el supra nacional adoptado por el Estado colombiano (con mayor relevancia los relativos a derechos humanos), teniendo en cuenta que las autoridades administrativas son la primera respuesta a las necesidades y problemáticas del ciudadano y de sus propios agentes. Para ilustrar este principio inmerso en el nuevo ordenamiento jurídico, refiero el siguiente ejemplo: si un acto administrativo de carácter particular y concreto modificó una situación jurídica de un particular (ej. Traslado de sede del trabajo de un empleado de carrera sin justificar la necesidad, sin análisis de las condiciones familiares del agente y de su rendimiento laboral), expedido por la autoridad nominadora contrariando normas de orden superior y jurisprudencia sobre la materia, y frente a dicha decisión procedía el recurso de reposición, que fue intentado de forma extemporánea por el afectado (empleado), no debería ser obstáculo dicha extemporaneidad, para que si la Administración avizora que en efecto la decisión contrarió el ordenamiento jurídico vigente y vulnera los derechos de su agente, puede proceder a revocarla de manera directa, sin que sea necesario una solicitud adicional y el pedimento del consentimiento del particular, pues con el recurso de reposición presentado fuera de tiempo se reúnen dichas exigencias legales y la situación jurídica volvería al statu quo anhelado por el perjudicado.

Es más, este principio puede ser profundizado legislativamente en Colombia, evitando la obligación de acudir a la vía administrativa para casos en que la Administración rechazó numerosas reclamaciones que contenían pretensiones idénticas; o cuando existen medidas dispuestas por el Estado en el ámbito de determinada política estatal; o en supuestos en que el Estado, al contestar la demanda, no opuso la falta de un reclamo previo como defensa o excepción, en estos casos, el reclamo administrativo previo, constituiría un ritualismo inútil e inoperante, como se considera en el derecho administrativo argentino.

respectiva la existencia de una relación laboral con las correspondientes condenas, ante lo cual el empleador privado guardaba silencio y omitía dar respuesta a tales pedimentos; de modo que no solamente surgían vulneraciones al derecho fundamental de petición, sino que a ello se sumaba la infracción a la tutela judicial efectiva y a los derechos constitucionales que protegen al trabajador³⁶.

Así las cosas, el derecho de petición, al encontrarse relacionado directamente con uno de los pilares del Estado Social de Derecho como lo es el de la democracia participativa, y los derechos fundamentales a la información, a la participación política y a la libertad de expresión, habilita a las personas a ser oídas e informadas frente a organizaciones privadas y personas particulares, sobre todos los asuntos y decisiones que las afectan; razón por la cual, la omisión del legislador en esta materia, no era excusa para desestimar los alcances del derecho fundamental aludido.

Por lo tanto, con el objetivo de solucionar esta problemática frecuentemente planteada ante los jueces de tutela, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se vio en la obligación de determinar los alcances del derecho de petición ante particulares. Para ello, precisó lo siguiente:

1. Cuando la petición se presenta a un particular que presta un servicio público o que realiza funciones públicas, a efectos del derecho de petición, éste se asimila a las autoridades públicas.

2. En el evento en que, formulada la petición ante un particular, la protección de otro derecho fundamental haga imperativa la respuesta o la ausencia de respuesta sea en si misma lesiva de otro derecho fundamental, es posible ordenar por la vía del amparo constitucional que ésta se produzca³⁷.

3. Por fuera de los anteriores supuestos, el derecho de petición frente a organizaciones privadas solo se configurará como tal cuando el legislador lo reglamente³⁸.

En ese contexto, la Ley 1437 de 2011 vino a colmar el vacío normativo advertido por la jurisprudencia³⁹; para el efecto, el legislador dictó una regulación específica en materia del ejercicio del derecho de petición ante entidades particulares y personas naturales, para resguardar derechos fundamentales, el cual se sujetó a los mismos principios y reglas consagrados en el mismo código para la atención de derechos de petición planteados ante autoridades públicas. Sobre la materia, se dispuso:

“Artículo 32. Derecho de petición ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales. Toda persona podrá ejercer el derecho de petición para garantizar sus derechos fundamentales ante organizaciones privadas con o sin personería jurídica, tales como sociedades, corporaciones, fundaciones, asociaciones, organizaciones religiosas, cooperativas, instituciones financieras o clubes.

Salvo norma legal especial, el trámite y resolución de estas peticiones estarán sometidos a los principios y reglas establecidos en el Capítulo Primero de este Título.

Las organizaciones privadas sólo podrán invocar la reserva de la información solicitada en los casos expresamente establecidos en la Constitución y la ley.

Las peticiones ante las empresas o personas que administran archivos y bases de datos de carácter financiero, crediticio, comercial, de servicios y las provenientes de terceros países se regirán por lo dispuesto en la Ley Estatutaria del Hábeas Data.

31 En el discurso presidencial dictado en el marco de la Asamblea Nacional Constituyente, precisamente se acuñó el título de “nuevo derecho”, refiriéndose a la expedición de una verdadera Constitución democrática con un texto cercano a todos los habitantes: “en la letra fría de las normas rostros de seres humanos que han vuelto a confiar en la justicia y en el derecho” (Gaviria). Este nuevo texto constitucional ha sido valorada como pluralista, incluyente y progresista, bajo un modelo ideológico y político que protege a las minorías raciales e indígenas.

32 Lo cual se materializa con el contenido de los arts. 10, 102 y 269 del CPACA, como se profundizará más adelante.

33 “[T]oda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.”

34 La sentencia T-377 de 2000, sistematizó la jurisprudencia constitucional en esta materia. También se pueden consultar las sentencias T-735 de 2010, T-479 de 2010, T-508 de 2007, T-1130 de 2008, T-435 de 2007, T-274 de 2007, T-694 de 2006 y T-586 de 2006.

Parágrafo 1°. Este derecho también podrá ejercerse ante personas naturales cuando frente a ellas el solicitante se encuentre en situaciones de indefensión, subordinación o la persona natural se encuentre ejerciendo una función o posición dominante frente al peticionario.

Parágrafo 2°. Los personeros municipales y distritales y la Defensoría del Pueblo prestarán asistencia eficaz e inmediata a toda persona que la solicite, para garantizarle el ejercicio del derecho constitucional de petición que hubiere ejercido o desee ejercer ante organizaciones o instituciones privadas.”

“Artículo 33. Derecho de petición de los usuarios ante instituciones privadas. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, a las Cajas de Compensación Familiar, y a las Instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, que sean de carácter privado, se les aplicarán en sus relaciones con los usuarios, en lo pertinente, las disposiciones sobre derecho de petición previstas en los dos capítulos anteriores.”(Negrilla y subraya fuera texto)

“Atención prioritaria de peticiones. Las autoridades darán atención prioritaria a las peticiones de reconocimiento de un derecho fundamental cuando deban ser resueltas para evitar un perjuicio irremediable al peticionario, quien deberá probar sumariamente la titularidad del derecho y el riesgo de perjuicio invocados.

Cuando por razones de salud o de seguridad personal esté en peligro inminente la vida o la integridad del destinatario de la medida solicitada, la autoridad deberá adoptar de inmediato las medidas de urgencia necesarias para conjurar dicho peligro, sin perjuicio del trámite que deba darse a la petición.”

La nueva codificación también llama la atención a los particulares para resolver de manera prioritaria peticiones en las que está involucrado un derecho fundamental y se demuestre sumariamente un riesgo de un perjuicio irremediable para el peticionario⁴⁰. En ese sentido, se tiene el artículo 20, el cual prevé lo siguiente:

De acuerdo a lo antes expuesto, se pretende una respuesta oportuna y eficaz ante situaciones de emergencia, con la finalidad de evitar que a las personas se les imponga la carga excesiva de acudir a la acción de tutela para el amparo de sus derechos. El derecho de petición, también se muestra fortalecido con los deberes de asistencia a los peticionarios impuestos a los personeros municipales, agentes del Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo previstos en el art. 23⁴¹ y parágrafo 2 del art. 32 del CPACA, cuando se trata de garantizar el indicado derecho.

Como colofón, se verifica que el legislador recogió algunos de los avances jurisprudenciales de la Corte Constitucional en esta materia y hace énfasis específico en la atención de peticiones que tengan relación con el derecho fundamental a la salud, a fin de que

³⁵ En Sentencia T-249 de 2001, (MP. José Gregorio Hernández Galindo) expuso “(i) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa, garantizando a su vez otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión; (ii) el núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión; (iii) la petición debe ser resuelta de fondo, de manera clara, oportuna, precisa y congruente con lo solicitado; (iv) la respuesta debe producirse dentro de un plazo razonable, el cual debe ser lo más corto posible(...); (v) la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita; (vi) este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, y en algunos casos a los particulares(...); (vii) el silencio administrativo negativo, entendido como un mecanismo para agotar la vía gubernativa y acceder a la vía judicial, no satisface el derecho fundamental de petición (...) pues su objeto es distinto. Por el contrario, el silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición; (viii) el derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa (...); (ix) la falta de competencia de la entidad ante quien se plantea, no la exonera del deber de responder; (...) y (x) ante la presentación de una petición, la entidad pública debe notificar su respuesta al interesado”.

³⁶ Sentencia No. T-374 de 1998, MP. José Gregorio Hernández Galindo. “Tiene claro la Corte Constitucional que, fuera de los linderos reglamentarios de la petición respetuosa en interés general o particular, lo que aquí se controvierte es si un patrono o ex-patrono, respecto del reclamo de quien es o fue su trabajador, puede legítimamente, frente a la Constitución como ordenamiento integral, existiendo en ella fundamentos y valores como la justicia, el trabajo, la dignidad de la persona, la equidad y la prevalencia del ser humano sobre los factores de producción y desarrollo, abstenerse arbitrariamente de responderle acerca de si tiene o no derecho a una reclamación laboral suya, ya sea por salarios, prestaciones o derechos, legales o extralegales, y aun invocar ante los jueces, para persistir en su displicente actitud ante el solicitante, un supuesto derecho “a guardar silencio” acerca del reclamo.

“De nuevo es negativa la respuesta. Una cosa es que el derecho de petición no haya sido reglamentado respecto de organizaciones privadas y otra muy distinta que se admita, contra diáfanos postulados de la Constitución, que el trabajador actual o antiguo puede quedar sujeto al “sigilo” de la entidad para la cual labora o laboró, no respecto de asuntos reservados o privados, sino en relación con derechos laborales suyos, salariales o prestacionales.

“Admitir que ello es posible, sin que el medio judicial de protección consagrado en el artículo 86 de la CP. pueda operar para romper la artificial barrera interpuesta por el patrono, significaría ostensible desconocimiento de la dignidad del trabajador y negación de sus derechos básicos.”

no existan evasivas para que las entidades particulares y personas naturales resuelvan de manera oportuna y suficiente peticiones que involucren la garantía de derechos fundamentales.

No obstante, es de recordar que la Carta Política impone que estos parámetros legales sean interpretados de manera tal que su sentido se avenga a las disposiciones constitucionales (principio de interpretación conforme); en consecuencia, el derecho de petición ante entes privados y personas naturales, en nuestro concepto no sólo procede con el fin de garantizar los derechos constitucionales determinados doctrinal y jurisprudencialmente como fundamentales, sino todos los que adquieren rango constitucional o los que de forma razonable afecten al peticionario⁴².

En ese sentido, la nueva normativa quedó corta ya que el legislador omitió tener en cuenta que el derecho de petición ante particulares procede también cuando “la ausencia de respuesta sea en sí misma lesiva de otro derecho fundamental”, tal y como lo ha delineado la jurisprudencia constitucional aquí citada.

La obligación de las autoridades administrativas de hacer extensivos los efectos de las Sentencias de Unificación del Consejo de Estado

Con el nuevo código las autoridades, al momento de resolver los asuntos de su competencia planteados por los particulares, deberán aplicar los mandatos constitucionales, legales y reglamentarios de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos; con tal propósito, deben tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial que dicte el Consejo de Estado, donde se interpreten y apliquen las normas invocadas (art. 10 CPACA) y lógicamente

dando prevalencia a la jurisprudencia constitucional⁴³, en virtud de la facultad de interpretación con autoridad de los mandatos de la Carta Política de que goza la Corte Constitucional⁴⁴. La anterior obligación dentro del Estado Constitucional parece una obviedad⁴⁵, como lo señala el profesor Danilo Rojas Betancourth, pero debido a la tradición francesa de nuestras autoridades e instituciones de aplicar con rigidez el tenor literal de la Ley (Estado de Derecho), esto es, sin tener en cuenta las particularidades de la situación fáctica, ni el contexto, ni la coherencia con todo el ordenamiento jurídico, se vio la necesidad de su consagración legislativa.

En efecto, este nuevo paradigma, a la luz del Decreto 01 de 1984 era constantemente desconocido por las autoridades, ya que en sus decisiones administrativas, su pretexto de aplicar literal estrictamente una norma específica, omitían los pronunciamientos reiterados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado donde se establecían los alcances adecuados de las normas de rango inferior, en armonía con los mandatos superiores y para casos frecuentemente expuestos por las personas a la Administración. Por lo tanto, se quiso dar vigencia a los principios de igualdad, eficiencia, transparencia, seguridad jurídica y sobre todo a que los casos con similares características fácticas y jurídicas, sean resueltos oportunamente, sin necesidad de acudir a un proceso judicial.

Para los mencionados designios, se previó también el mecanismo de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros, regulado en el artículo 102 de CPACA⁴⁶, con el propósito de extender los efectos de las sentencias de unificación que hayan reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos, y de esa manera materializar los fines del Estado, asegurar la vigencia de un orden justo y efectivizar el derecho a la igualdad.

³⁷ En ese sentido, la Corte Constitucional, en sentencia T-374 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández, amparó el derecho de petición de un extrabajador de la Federación Nacional de Cafeteros – Comité Departamental de Cafeteros del Valle, que había solicitado por esa vía la expedición de la resolución de reconocimiento de su pensión legal de jubilación. En esa oportunidad, esta Corporación estableció que aunque la Federación Nacional de Cafeteros era una entidad privada que en el caso concreto no estaba ejerciendo funciones públicas, el derecho de petición del actor era susceptible de protección a través del amparo constitucional, toda vez que la respuesta del mismo resultaba necesaria para garantizar la efectividad de los derechos laborales y el respeto por la dignidad del actor.

³⁸ Sentencia T-883 de 2005.

³⁹ Es importante tener en cuenta que los artículos concernientes al derecho de petición fueron declarados inconstitucionales de manera diferida, esto es, hasta el 31 de diciembre de 2014 mediante Sentencia C-818-11 de 10. de noviembre de 2011, Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub., momento en el cual ya debe haberse expedido la respectiva ley estatutaria, seguramente, bajo similar contenido como se advierte del proyecto de ley estatutaria N° 31/12 Senado.

⁴⁰ Cabe aclarar que dicho llamado no solo se hace a los particulares, también a las autoridades del Estado, pero lo novedoso es que la nueva codificación encauza la actuación de los particulares hacia las garantías constitucionales.

⁴¹ “Los servidores de la Procuraduría General de la Nación, de la Defensoría del Pueblo, así como los Personeros Distritales y Municipales, según la órbita de competencia, tienen el deber de prestar asistencia eficaz e inmediata a toda persona que la solicite, para garantizarle el ejercicio del derecho constitucional de petición. Si fuere necesario, deberán intervenir ante las autoridades competentes con el objeto de exigirles, en cada caso concreto, el cumplimiento de sus deberes legales. Así mismo recibirán, en sustitución de dichas autoridades, las peticiones, quejas, reclamos o recursos que aquellas se hubieren abstenido de recibir, y se cerciorarán de su debida tramitación.”

De acuerdo con lo anterior, el interesado debe presentar ante la autoridad competente la respectiva petición, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables, teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se efectuó en la sentencia de unificación aludida por el particular, al igual que se examinarán todos los elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y los presupuestos normativos para su procedencia. La decisión se adoptará en 30 días siguientes a su recepción, teniendo en cuenta el término establecido el artículo 614 del CGP para que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado emita concepto previo (20 días), si es que esa fue su decisión (10 días para manifestar la intención de rendir concepto), y la petición solamente puede ser negada bajo las siguientes condiciones:

1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.
2. Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.
3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación.

En caso de que la autoridad competente niegue la petición o hubiere guardado silencio frente a la misma, el interesado quedará habilitado para acudir ante el Consejo de Estado mediante la presentación de un escrito razonado, acompañando copia de la actuación administrativa surtida, a fin de que finalmente se estime si lo pedido es o no procedente; en caso afirmativo, la Alta Corporación reconocerá el derecho respectivo, y dicha decisión tendrá los mismos efectos del precedente aplicado; para tal efecto, la persona interesada deberá sujetarse al procedimiento previsto en el art. 269 del CPACA.

En ese sentido, podemos resumir los requisitos de procedibilidad de la solicitud de extensión de la jurisprudencia ante el Consejo de Estado de la siguiente manera:

- a) *Presentar la petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho.*
- b) *Que la pretensión judicial no haya caducado.*
- c) *Allegar copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación dictada por el Consejo de Estado, que invoca a su favor.*
- d) *Presentar la solicitud de extensión ante el Consejo de Estado dentro de los treinta (30) días siguientes a la respuesta negativa bien sea total o parcial, de la solicitud o cuando la autoridad guardó silencio.*

Debe tenerse en cuenta que con la entrada en vigencia del CGP, el término previsto en el artículo 102 del CPACA para que la administración de respuesta a la solicitud de extensión de jurisprudencia señalados en el artículo 102 del del CPACA,

⁴³Artículo declarado **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE**, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-634-11 de 24 de agosto de 2011, Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, 'en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.'

⁴⁴Sentencia C-113/93: "En síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel."

⁴⁵Sentencia C-634- 11: "El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante."

⁴⁶ - La Corte Constitucional declaró estarse a lo resuelto en la Sentencia C-816-11, mediante Sentencia C-588-12 de 25 de julio de 2012, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo.

- Inciso declarado **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE** por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-816-11 de 1o. de noviembre de 2011, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo, 'entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia'.

'Las sentencias de los órganos judiciales de cierre y unificación de las diferentes jurisdicciones, además del valor de cosa juzgada propio de ellas frente al caso sub judice,

no puede computarse desde la radicación de la solicitud de extensión, sino desde el día siguiente al recibo del concepto de la Agencia o desde el día siguiente a que venza el término dispuesto para tal efecto, como lo establece el inciso 2 del artículo 614 del CGP.⁴⁷

e) Acompañar copia de la actuación surtida ante la autoridad competente.

f) Acreditar el requisito de que trata el artículo 160 del CPACA, relacionado con el derecho de postulación.

Resulta importante destacar que por efectos de la Ley 1437 de 2011, son sentencias de unificación⁴⁸ las siguientes (art. 270 ídem):

I. Las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.

II. Las proferidas al decidir los recursos extraordinarios.

III. Las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

IV. Igualmente, son sentencias de unificación jurisprudencial no sólo las que se expidan con posterioridad a la ley 1437 de 2011, sino también las que con anterioridad a ella fueron proferidas por el Consejo de Estado en Pleno o a través de sus secciones.⁴⁹

La jurisprudencia actual⁵⁰ sobre la aplicación del precedente constitucional y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros, ha precisado lo siguiente:

“Si bien la Corte Constitucional mediante Sentencia C-816 de 2011, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo, declaró exequible de manera condicionada el inciso 2 del artículo 102 del CPACA “entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia”; es claro que el mecanismo de extensión de jurisprudencia fue previsto por el Legislador respecto de sentencias de unificación dictadas por el Consejo de Estado, por lo cual, quien pretenda la extensión de los efectos de un fallo de esa Corporación debe identificar la providencia que invoca a su favor. Distinto es que el Juez, al resolver la solicitud, deba aplicar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional, en los términos de la sentencia en cita.”

Por ende, si bien es cierto el precedente constitucional debe ser tenido en cuenta al decidir este tipo de solicitudes, y debe aplicarse de manera preferente, dicha circunstancia no releva al interesado del deber de identificar la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado, cuya extensión aspira.

Finalmente, en este tema, cabe anotar la posibilidad de formular pretensiones de restablecimiento del derecho en contra de un acto general, y cobra importancia la disposición de los efectos de la sentencia, contenida en el artículo 189 del CPACA, que previene que la

posee fuerza vinculante como precedente respecto de posteriores decisiones judiciales que examinen casos similares, sin perjuicio de la posibilidad de apartamiento e inaplicación del mismo que tiene el juez, a partir de argumentaciones explícitas al respecto. Y tal fuerza vinculante del precedente de las denominadas altas cortes puede ser extendida a la autoridad administrativa por el Legislador. El deber legal de extensión jurisprudencial, dispuesto en la norma demandada, no desconoce la preeminencia de la Legislación como fuente de derecho para ejercer su función conforme a la Ley, al punto que la misma se halla en posibilidad de abstenerse de aplicar el precedente contenido en la sentencia de unificación del Consejo de Estado y negarse a la extensión de tal jurisprudencia -conforme a la ley-, apartamiento administrativo que tendrá que ser expreso y razonado’.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda – SUB. “B”, C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE, 3 de julio de 2014, Auto que decidió un recurso de súplica, Rad. 11001-03-25-000-2013-01072-00.

⁴⁸ En este punto, es de resaltar que será de suma importancia que el Consejo de Estado dentro de ésta categoría de sentencias, precise con claridad y exactitud la “ratio decidendi”, a efectos de que los dichos al pasar u obiter dictum y alusiones académicas, no distorsionen el alcance de las decisiones, con ello se evitaría que las autoridades se vean expuestas a peticiones confusas de los particulares.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. WILLIAM ZAMBRANO CETINA, 10 de diciembre de 2013, Rad.11001-03-06-000-2013-00502-00(2177).

declaración de nulidad de un acto general que además está acompañada de órdenes de restablecimiento de derecho, tiene efectos de cosa juzgada erga omnes en relación con la declaración de nulidad, e inter partes frente a las de restablecimiento del derecho. No obstante, es pertinente la inquietud expuesta por la Dra. Ruth Stella Correa en algunas conferencias⁵¹, cuando manifiesta que la nueva normativa no consagró los efectos “isonómicos” para este tipo de decisiones, es decir, en virtud de los cuales si un acto administrativo con independencia de su naturaleza particular o general, afecta a varias personas, tanto la decisión de nulidad como la de restablecimiento del derecho motivada por la demanda de uno de los afectados debería cobijarlos a todos, como se propone en el Código Modelo de Procesos Administrativos Judicial y Extrajudicial para Iberoamérica, aprobado recientemente por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal⁵².

Reflexiones y comentarios finales

Ahora bien, es pertinente mencionar otros cambios normativos que trajo la Ley 1437 de 2011, en donde se evidencia la constitucionalización del derecho administrativo, como lo son: la incorporación de los principios constitucionales al control administrativo y judicial de la actividad estatal, el cambio de acciones contenciosas administrativas a pretensiones o medios de control en pro de la tutela judicial efectiva, la flexibilización del principio de justicia rogada y la denominada proposición jurídica completa (morigeración del dogma “juez revisor”), el procedimiento expedito para el control inmediato de legalidad, el empleo de los medios electrónicos en sede administrativa y judicial, entre otros.

Como puede observarse las instituciones jurídicas del renovado derecho administrativo colombiano, procuran hacer efectivos los fines y objetivos plasmados en la Constitución Política, las directrices jurisprudenciales y de derecho internacional que ordenan una actividad estatal respetuosa y garante de los derechos de los asociados. En efecto, con lo expuesto se demuestra que el derecho administrativo colombiano no escapó a la influencia de las teorías neoconstitucionalistas, ello garantiza en palabras de Ronald Dworkin que los derechos de los ciudadanos sean tomados en serio, motivo por el cual, las autoridades que interactúan a priori con los particulares y los jueces que deberían entrar en acción como ultima ratio, tienen el compromiso ineludible y perpetuo de preservar el bienestar de la persona humana y su calidad de vida en pro del disfrute y goce pleno de sus derechos constitucionales fundamentales, los cuales son conquistas de la humanidad⁵³ preceden incluso en contra de una ley positiva y del interés de las mayorías.

Sin embargo, se hace necesario un examen riguroso al impacto que trajo la nueva codificación, debido a la alta litigiosidad que continua presentándose ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, a título de ejemplo, deberán revisarse las políticas internas y compromisos de las autoridades dispuestas para cumplirla, a fin de que los nuevos designios, instituciones y buenos propósitos que afloran en el renovado derecho administrativo no queden en el papel.

Por último, en este escenario académico y de retroalimentación, resulta oportuno llamar la atención sobre la instalación sutil del criterio de sostenibilidad fiscal en la materialización de ciertos derechos de raigambre constitucional, el cual podría contrarrestar todos los avances que se han logrado en materia de eficacia de los derechos fundamentales y constitucionalización del derecho administrativo que se ha destacado.

50 Consejo de Estado: Auto del 24 de junio de 2013 Expediente No. 11001-03-25-000-2013-00829-00, No. Interno: 1694-2013, C.P. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. SECCION Cuarta, C.P. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, 15 de enero de dos mil catorce (2014), Radicación N° 11001-03-27-000-2013-00017-00(20093).

51 XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 2012 - Bogotá - ISSN2322-6560, Las novedades en relación con las pretensiones procesales en la Ley 1437. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

52 En Buenos Aires – Argentina, el 8 de junio de 2012, en las XXIII del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, fue aprobado el mencionado código modelo, elaborado por una comisión integrada por profesores Ada Pellegrini Grinover, Brasil (presidente); Ricardo Perlingeiro, Brasil (secretario general); Abel Zamorano, Panamá; Adrians Simons, Perú; Ángel Landoni Sosa, Uruguay; Carlos Manuel Ferreira da Silva, Portugal; Eurípides Cuevas, Colombia; Gumersindo García Morelos, México; Ignacio M. Soba Bracesco, Uruguay; Juan Antonio Robles Garzón, España; María Rosa Gutiérrez Sanz, España; Odete Medauar, Brasil; Ruth Stella Correa Palacio, Colombia; Sergio Artavia Barrantes, Costa Rica.

“Art. 5o (Isonomía) Siempre que la cuestión de fondo de una pretensión individual estuviere relacionada con los efectos jurídicos de un comportamiento administrativo de alcance general, el resultado del conflicto pasara a ser de interés de la colectividad destinataria de aquel comportamiento y, por tanto, la solución deberá provenir de una decisión administrativa, única y con efectos erga omnes.”

53 El 10 de diciembre de 1948 se aprobó la Declaración de los Derechos Humanos, Hernán Santa Cruz, miembro de la Subcomisión de redacción, escribió: “Percibí con claridad que estaba participando en un evento histórico verdaderamente significativo, donde se había alcanzado un consenso con respecto al valor supremo de la persona humana, un valor que no se originó en la decisión de un poder temporal, sino en el hecho mismo de existir”. <http://www.generaccion.com/magazine/899/derechos-humanos>, consulta realizada: 07/10/14.

Al respecto, puede revisarse la Ley 1695 de 2013, mediante la cual se quiso “desarrollar” el artículo 334 de la C. P.; en nuestra concepción, permitir que el Ejecutivo, en cabeza de alguno de sus ministros, o el Procurador General de la Nación, intervengan reiteradamente mediante la interposición de incidentes de impacto fiscal, en el cumplimiento de autos y sentencias dictadas por las Altas Cortes que protegen derechos de estirpe fundamental, desnaturaliza las características del procedimiento de la acción de amparo y los derechos fundamentales, como son la eficacia, inmediatez, preferencia y celeridad. Además, el legislador no tuvo en cuenta que la sostenibilidad fiscal es solamente un criterio o concepto económico pero no un principio de status constitucional; por ende, no es dable situar en un mismo plano jurídico los derechos individuales fundamentales con los fines colectivos, pues ello conduce a aplazar o desconocer la garantía inmediata de los derechos fundamentales, lo cual, sin duda alguna desdibuja el modelo de Estado Social de Derecho adoptado por Colombia, y pone en riesgo el cumplimiento de compromisos internacionales básicos adquiridos por el Estado colombiano.

Concordante con lo anterior, resulta todavía más preocupante la intención gubernamental de propiciar una regulación a la acción de tutela a efectos de “limitar su uso”, con el pretexto de que se ha convertido en un mecanismo judicial ordinario y no extraordinario como se concibió en el seno de la Constituyente de 1991; más bien debería analizarse que es costumbre ordinaria de ciertas entidades del Estado, órganos “autónomos” y de algunos particulares que cumplen funciones públicas, vulnerar frecuentemente los derechos constitucionales consagrados en la Carta Política y el ius cogens, y solamente acatar políticas de los gobiernos de turno o adherirse a concepciones jurídicas aisladas del nuevo derecho, sin que todavía se observen alineados a los mandatos imperativos y perennes que implica el haber adoptado la fórmula de Estado Social de Derecho en la Constitución de 1991, y normas como la Ley 1437 de 2011 que la desarrollan; razón por la cual, se requiere prontamente de un compromiso serio y verificable de todas la autoridades, de hacer realidad los mandatos constitucionales que han sido ampliamente difundidos y decantados por la jurisprudencia de las Altas Cortes, si el anhelo consiste en la pacificación perdurable de nuestro país.



DARIO ERNESTO MARTINEZ JURADO

Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia. Realizó estudios de posgrado en derecho administrativo en la Pontificia Universidad Javeriana, en derecho constitucional en la Universidad Nacional de Colombia, en derecho procesal y contractual en la Universidad El Rosario. Actualmente es Abogado Asesor del despacho del Magistrado Dr. Herney de Jesús Ortiz Moncada - Tribunal Administrativo del Quindío.

correo electrónico: dariomj9@hotmail.com

A man with glasses, wearing a dark suit, light blue shirt, and a striped tie, is seated at a wooden desk. He has his hands clasped in his lap. Behind him is a large wooden bookshelf filled with books. To his left, on the desk, is a computer monitor, keyboard, and two small speakers. To his right, there is a stereo system with two speakers. The overall setting is a professional office or library.

LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y LA TEORÍA DEL DISCURSO RACIONAL DE ROBERT ALEXY

Por: Leonardo Efraín Cerón Eraso

La interpretación del derecho, entendida en palabras simples como la actividad tendiente a encontrar el significado y contenido a las normas, ha sido un tema que ha apasionado a los juristas de los últimos siglos, dando lugar a toda clase de tesis y teorías, muchas de ellas irreconciliablemente encontradas como las que negaban toda posibilidad de hermenéutica judicial hasta las que conferían absoluta discrecionalidad y libertad al juez en la aplicación del derecho, aún por encima de la norma positiva. Obviamente en el medio se estructuraron muchas posiciones que buscaban morigerar las consecuencias extremas de estos modelos radicales.

En efecto, ya Cesar Becaría, alarmado por la arbitrariedad de los jueces de los Estados Monárquicos y concibiendo al derecho como un sistema completo y coherente, propugnaba por una aplicación silogística y mecánica, en donde no había cabida para ninguna actividad interpretativa del juez, lo cual evitaría los desafueros judiciales y generaría seguridad jurídica, fines anhelados dentro de cualquier sociedad civilizada. Aquí se matricularon escuelas como la de la exégesis francesa y la de la jurisprudencia de conceptos alemana que propugnaron en consecuencia, por un modelo cognoscitivo y no volitivo de la actividad judicial.

No obstante esto, al tiempo se evidenció sin asomo de dudas que el derecho, a contrario sensu, era un sistema lleno de vacíos y lagunas y además repleto de contradicciones (antinomias), lo que impedía su aplicación mecánica como lo habían propuesto los partidarios del deductivismo, y como el juez no debía estar al servicio de la norma sino de la realidad y la justicia, por parte de otros doctrinantes se asumió la posición totalmente contraria en donde se le concedía absoluta libertad y discrecionalidad al juez para la solución de los conflictos, incluso desbordando la misma norma jurídica, cuando esta, según el criterio del operador judicial, no satisfacía los intereses y espectativas sociales. Dicha tendencia se la conoció genéricamente como activismo judicial y de ella hicieron parte la escuela del derecho libre y el realismo jurídico, tanto el norteamericano como el escandinavo.

La principal objeción que se le ha hecho a la Escuela del Derecho libre y del realismo jurídico es que es una concepción totalmente riesgosa para los modelos

democráticos, pues la excesiva subjetividad y discrecionalidad concedidas al juez en la aplicación del Derecho, puede llevar a la arbitrariedad y al irracionalismo jurídico sobre todo en sociedades heterogéneas en donde puede haber diferentes concepciones de lo justo o lo correcto.

Frente a la insuficiencia de los dos modelos radicales expuestos, en el siglo XX surgieron dos corrientes para enfrentar tal situación: el Positivismo Normativista de Hans Kelsen y Herbert Hart y las Tendencias Tópicas y Argumentativas que culminaron con la teoría de la Argumentación Jurídica expuesta por Neil MacCormick y Robert Alexy, entre otros, esta última caracterizada por tratar de construir una actividad judicial razonable y responsable en una sociedad democrática.

Actualmente en el concierto mundial el Derecho es para un gran parte de la academia y la judicatura¹ una actividad argumentativa, lo que nos da la idea de que la interpretación jurídica se concibe por un amplio sector como un discurso racional, es decir, la aplicación del derecho se ha de entender como correcta solo cuando esta precedida de las mejores razones, las cuales se explicitan dentro del marco de unas reglas básicas preestablecidas; por tanto es necesario crear una teoría normativa de la argumentación que permita determinar la fuerza o el peso de los diferentes argumentos y la racionalidad de la fundamentación jurídica. Esta es la tarea que emprendió Alexy y que culminó con mucho acierto.

Las líneas siguientes se dirigirán a delinear un modesto bosquejo de su pensamiento acerca del tema, a la par que se harán algunas reflexiones que surgen de la lectura de su obra, en especial en lo que tiene que ver con su tesis de que la interpretación del derecho es una actividad racional, pues como se verá más adelante tal afirmación admite algunos reflexiones críticas.

¹El Tribunal Constitucional Alemán explicó que la interpretación constitucional consistía en la presentación de argumentos enfrentados de los cuales se elige el mejor. Por su parte representantes de la doctrina tan destacados como Alexy, Aarnio, MacCormick, Atienza entre muchos otros también consideran que la práctica del Derecho consiste en argumentar.

EL DISCURSO RACIONAL DE ROBERT ALEXY

Alexy parte de una idea fundamental y es que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, esto es, del discurso moral. Además, para este autor las cuestiones prácticas se pueden decidir racionalmente. Las cuestiones práctico morales pueden ser decididas mediante la razón, mediante la fuerza del mejor argumento y por tanto, aquellas son susceptibles de verdad, pero de una verdad consensuada y no de correspondencia: La validez de un discurso está en el consenso de todos los participantes --consenso racional--

La teoría del discurso es una teoría procedimental, ello quiere decir que un enunciado normativo es correcto si y solo si puede ser el resultado de un procedimiento establecido mediante unas precisas reglas. Ahora bien, las normas del discurso práctico general no garantizan que pueda alcanzarse un acuerdo para cada cuestión práctica (es decir, que se puedan resolver todos los problemas de conocimiento), ni tampoco de que todos los participantes estén en disposición de seguirlo, así se llegue a un tal consenso. Esta doble limitación de las reglas del discurso práctico hace que se haga necesario establecer un sistema jurídico que sirva para cerrar esta laguna de racionalidad.

Alexy distingue 3 tipos de procedimientos jurídicos que habría que añadir al procedimiento del discurso práctico general para eliminar los obstáculos planteados:

Un primer procedimiento que es de creación estatal de normas jurídicas. Como ningún sistema es capaz de resolver todos los casos por medio de la lógica y mandatos abstractos y generales, surge el segundo grupo:

Segundo Procedimiento referido a la argumentación jurídica o discurso jurídico. Este también tiene su limitación porque el discurso jurídico en cuanto que no proporciona siempre una única respuesta correcta para cada caso se necesita por tanto de una subsiguiente fase o paso:

Tercer procedimiento referido a la decisión judicial que cierre la laguna de racionalidad, puesto que una vez que se termina este último paso solo puede quedar una respuesta de entre las discursivamente posibles.

A diferencia de lo que ocurre con el procedimiento del discurso práctico general y con el discurso jurídico, los

otros dos procedimientos (el legislativo y el judicial) tienen carácter institucionalizado (es decir, están regulados por normas jurídicas, de manera que ello asegura que se llegue a un resultado definitivo y además obligatorio) y contiene no únicamente un aspecto de decisión argumentativo sino que es obligatorio.

Como se ha planteado, para Alexy el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Esto significa que en aquel también se discuten cuestiones prácticas, que hay siempre presencia de una pretensión de corrección (la justicia, para el caso) pero esto se hace dentro de determinadas condiciones de limitación. El procedimiento del discurso jurídico se define, pues, por un lado, por las reglas y formas del discurso práctico general y por otro lado, por las reglas y formas específicas del discurso jurídico que en términos generales son sujeción a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática.

Volviendo al tema de los límites del discurso práctico general, como se había señalado, las reglas del discurso no solucionan todos los casos prácticos ni tampoco garantizan, en caso de que se alcanzara el acuerdo, que se cumpla el mismo. Las razones para lo primero son 3 básicamente:

- a.) algunas de las reglas del discurso sólo pueden cumplirse aproximadamente.
- b.) no todos los pasos de la argumentación están determinados
- c.) todo discurso debe empezar a partir de las convicciones normativas de los participantes, los cuales están determinados históricamente y son variables.

La razón del incumplimiento se basa en el principio kantiano de que saber lo que es correcto no significa necesariamente estar dispuesto a actuar en ese sentido.

Estas dos limitaciones del discurso práctico general hacen que sea necesario establecer un sistema jurídico para cerrar esta laguna de racionalidad, de un lado abarcando un espectro más grande de casos solucionados y de otro, obligando al cumplimiento de lo decidido.

Como se señaló con anterioridad, Alexy distingue 3 tipos de procedimientos jurídicos que habría que añadir al procedimiento del discurso práctico general regulado

por las reglas anteriores: la creación estatal de normas jurídicas abstractas, la argumentación jurídica o discurso jurídico y el proceso judicial.

A pesar de que el discurso jurídico va más allá del discurso práctico en la solución de las cuestiones prácticas, es lo cierto que el discurso jurídico también tiene sus límites puesto que si bien siempre se puede llegar a una respuesta racional, ello no asegura que se llegue a una única respuesta correcta e incluso las decisiones discursivamente adecuadas pueden ser incompatibles entre sí. Esto se debe a que el discurso comienza sobre la base de las convicciones fácticas existentes de los participantes, a que todos los pasos de la argumentación no están determinados y a que algunas de las reglas de la argumentación sólo se pueden cumplir aproximadamente y eso es tan absoluto que ni siquiera en una situación ideal se podría lograr un consenso total.

Como excelentemente lo explica Atienza: “la pretensión de corrección que se plantea en el discurso jurídico no es sólo una pretensión limitada en el sentido de que se efectúa bajo las exigencias señaladas por la ley, la dogmática y los precedentes (y en general, bajo los límites de las reglas del discurso jurídico), sino que además, es relativa a los participantes en el discurso (en el sentido de que el resultado depende de ellos y por tanto de sus convicciones normativas) a un determinado momento temporal y finalmente, en la mayoría de los casos, el procedimiento no puede realizarse en la práctica”²

Pero según Alexy estas limitaciones no desacreditan para nada la teoría del discurso. En primer lugar porque el hecho de que se puedan presentar varias respuestas racionales, eso no significa que todas sean posibles. El procedimiento discursivo cumple al menos una función negativa consistente en señalar los límites que no pueden ser franqueados. De otro lado Alexy dice que sostener la tesis de una respuesta única al estilo de Dworkin es equivocado porque para ello habría que fundamentar también una teoría fuerte de principios, en donde además de contener todos los principios del sistema jurídico, debería entrañar todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos y en consecuencia determinaría unívocamente la decisión del caso. Alexy defiende una teoría débil de los principios. Y por último, según nuestro autor en cita, la relativización respecto de

los participantes no es una desventaja sino un factor positivo que sirve de punto de partida para la discusión racional, por lo que los valores últimos también pueden ser objeto de discusión y pueden modificarse en el desarrollo del discurso.

Alexy entiende que una teoría de la argumentación jurídica solo puede desplegar su valor práctico en el contexto de una teoría general del Estado y del Derecho. Esta tendría que tener la capacidad de unir dos modelos distintos de sistemas jurídicos: 1.) el sistema jurídico como sistema de procedimientos y el sistema jurídico como sistema de normas. El primero es el lado activo y ahí están contenidos 4 procedimientos (discurso práctico general, creación de normas, argumentación jurídica y proceso judicial) en tanto que el segundo es el lado pasivo y debe mostrar que el Derecho en cuanto sistema de normas no es solo reglas sino principios.

Para Alexy la diferencia entre principios y reglas no únicamente está en el grado sino que es de tipo cualitativo o conceptual: la regla es un mandato absoluto y pleno por eso se caracteriza porque se cumple o se incumple, en cambio los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios por tanto son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados. Por eso la forma característica de aplicación es la ponderación.

Si bien no es posible construir una teoría de los principios (teoría fuerte) que establezca una jerarquía entre ellos si cabe establecer un orden débil entre los mismos que permita su aplicación ponderada. Tal orden débil consta de tres elementos: 1.) Un sistema de condiciones de prioridad, 2.) Un sistema de estructuras de ponderación que derivan de la consideración de los principios como mandatos de optimización y su posibilidad práctica y jurídica y 3.) Un sistema de prioridades prima facie por la cual la prioridad establecida de un principio sobre otro puede ceder en el futuro, pero quien pretenda modificar esa prioridad corre con la carga de la prueba.

Este modelo de derecho en tres niveles (reglas, principios y procedimientos) no permite llegar a una única respuesta correcta para cada caso, pero es el que lleva a un mayor grado de racionalidad práctica y es también el modelo incorporado por los Estados constitucionales

² ATIENZA, Manuel, *Las Razones del Derecho. Sobre la justificación de las decisiones jurídicas*

y democráticos. Para Alexy, el derecho contiene una dimensión ideal que lo conecta en forma conceptualmente necesaria con una moralidad procedimental y universalista. Esta dimensión no es otra cosa que la pretensión de corrección que se plantea individualmente desde las normas y las decisiones o de manera general desde el derecho como conjunto de normas.

En conclusión, la teoría de la argumentación jurídica de Alexy tiene una connotación procedimentalista, cuyo criterio de corrección se basa en la exposición de argumentos dentro de una dinámica de reglas que busca en el consenso de todos los participantes la medida de la decisión justa y adecuada.

En la historia moderna del derecho, la pugna entre irracionalistas y racionalistas ha sido muy fuerte. Para los primeros, entre ellos Kelsen y los realistas, la práctica del derecho, su interpretación, no es un asunto cognitivo sino volitivo, pues frente a un caso difícil, el juez toma una decisión con base en motivos extrajurídicos de imposible evaluación lógica y objetiva; en tanto que para los segundos la actividad jurídica, especialmente la judicial, está precedida por cánones objetivos cuya comprobación vuelven lógica la actividad.

En otras palabras, hoy en día es claro que el juez en la aplicación del derecho hace interpretación sobre la norma, los hechos, elige la regla, las consecuencias y todo ello se basa en valoraciones. Si sobre estas se pueden establecer parámetros objetivos, la decisión es racional, si es al contrario es irracional. Pero entonces, la pregunta que surge es ¿existen parámetros mínimamente objetivos con los que medir la racionalidad de tales juicios de valor, de tales valoraciones?

Como hemos podido observar, es claro que para Alexy el derecho tiene una clara connotación racional, pues la objetividad en la medición de las valoraciones surge de la argumentación jurídica, con toda su parafernalia de reglas y que culmina con el consenso.

La teoría de la argumentación de este autor alemán, es de la mayor importancia hoy por hoy para el mundo jurídico, que ha encontrado en ella una cortapisa fortísima para la arbitrariedad y a la vez una herramienta inmejorable para la cientifización gradual del derecho; no obstante esto, hay lugar a ciertas reflexiones críticas sobre ella, especialmente en lo que tiene que

ver con su concepción categórica de la interpretación del derecho como una actividad totalmente racional.

Partamos del hecho de que para Alexy la aplicación del derecho puede ser considerada una actividad racional, porque si se argumenta de la mejor manera siguiendo de paso unas reglas preestablecidas y se llega a un consenso con todos los participantes, se puede decir que la interpretación a la que se arribe o la decisión que se tome, objetivamente es correcta y basada en la razón. Esto daría pie para hablar incluso de la cientificidad del derecho, pero al analizar estos planteamientos surgen algunos reparos que es necesario plantear desde nuestro punto de vista, que obviamente no es el único, pues muchos, con o sin razón, han sido los críticos de esta teoría.

Sea lo primero decir que no siempre los mejores argumentos son los que triunfan en el mundo del derecho y por ello, esto no puede ser criterio suficiente para asumir que la decisión predominante sea porque fue la mejor argumentada, pues no podemos olvidarnos del perfil eminentemente político que tiene esta disciplina, y por tanto el derecho es dicho --e interpretado-- no siempre por el más solvente jurídicamente sino por quien tiene el poder de hacerlo. Esto puede sonar muy duro, pero es la realidad.

En efecto, el derecho por su misma naturaleza coactiva y reguladora de las sociedades está al servicio de quien detente el poder y serán estos órganos los que establezcan que dice y en su seno también habrá prevalencias de acuerdo a las jerarquías que se manejen. De esta manera, por ejemplo, un particular por más que tenga los mejores argumentos para sacar adelante su pretensión, esta quedará frustrada si el funcionario público al que le toca decidir tiene otra concepción aun cuando sus argumentos sean pobres, e igual puede suceder con un juez de primera instancia y uno de segunda, o un funcionario y su superior funcional, entonces ¿dónde queda la fuerza per se de los argumentos? Y de otro lado: ¿Dónde está la supuesta igualdad en los participantes, de la que habla Alexy, como uno de los principios básicos de la argumentación jurídica?

En teoría, la tesis de Alexy es perfecta y lo ideal sería que frente a una controversia jurídica, prevalezca la posición mejor argumentada, pero la realidad es otra: muchas veces en el mundo jurídico no prevalecen los mejores

argumentos sino la posición de quien detenta el poder político para decir que es el derecho.

De otra parte, Alexy desconoce una realidad y es que no siempre las decisiones correctas están precedidas de los mejores argumentos. En una situación ideal podría ser que frente a un caso dado prevalezca la decisión adecuada y que además fue la mejor argumentada, pero para ello también habría que partir de un estado ideal de igualdad intelectual de todos los participantes; sin embargo la realidad demuestra que tal situación es un imposible y por tanto, si dejáramos de lado la desigualdad política de todos los participantes y asumiéramos que todos están en pie de igualdad para decir el derecho, nos podríamos encontrar con que la solución más correcta del caso eventualmente puede ser desechada porque no fue debidamente argumentada por la insolvencia mental de quien la defendía. En estos casos no se podría hablar de ninguna manera que la argumentación siempre nos lleva a la solución correcta si se siguen las reglas preestablecidas porque, como se ha demostrado, eso no es así.

Alexy también asume que debido a las limitaciones propias del discurso jurídico, es posible que frente a un caso difícil se presenten varias decisiones alternativas discursivamente correctas y ello está bien dada la propia naturaleza del derecho; pero el problema surge cuando el insigne iusfilósofo no propone ninguna fórmula objetiva ni racional para que se escoja de entre una de ellas. En estos casos la teoría del autor resulta por demás insuficiente y confirma desafortunadamente que el derecho no es solo conocimiento sino que también es voluntad, porque en esos eventos el operador jurídico tiene que acudir a motivaciones extra o metajurídicas para tomar la decisión y con ello esta pierde gran parte de su objetividad al no poderse establecer parámetros mínimos con los que medir esos últimos juicios de valor para determinar si la decisión fue correcta o justa. En estas circunstancias, o sea frente a casos difíciles, la sentencia o la decisión se convierte en un acto altamente decisonal, volitivo, en últimas, político o incluso “arbitrario”.

Otra crítica bien importante que se le ha hecho a Alexy es que algunas de las reglas del discurso son más hipotéticas o surgidas de la buena fe del autor que de la realidad, así, por ejemplo, otro de los principios rectores de la argumentación jurídica es la sinceridad, cualidad que en un alto porcentaje no está presente en los participantes

especialmente en los litigios judiciales, en donde hay intereses particulares creados que impiden u obligan a que el participante no argumente con las razones de lo correcto sino con las que lo benefician particularmente y esto no es que sea reprobable sino que hace parte de la dinámica y esencia del derecho y por tanto tenemos que aceptarlo.

Por último, el consenso no es presupuesto de lo verdadero, lo correcto o lo justo, la historia argumenta por sí sola en ese sentido. No ha sido una vez, ni unas pocas, en las cuales los poseedores de la razón, lo correcto o lo verdadero no han logrado convencer a sus interlocutores y en consecuencia han sido tomados por locos, herejes o en todo caso seres reprobados socialmente; ¿pero por ello, por no lograr el consenso o el convencimiento, sus ideas, sus enunciados han perdido su valor epistemológico? Claro que no. Por eso el consenso no puede bajo ningún punto ser el estándar de medición de lo correcto, lo verdadero o lo justo.

Si esto es así, si en la realidad los enunciados que prosperan necesariamente no son los mejor argumentados sino los expuestos por quien tiene el poder político, si las decisiones correctas pueden ser desechadas a raíz de una defectuosa argumentación por parte de quien la sustenta, si no hay criterios objetivos para elegir una alternativa de entre las discursivamente posibles, resulta claro que el derecho no es un saber absolutamente racional como lo expone Alexy y el elenco de juristas que siguen la teoría de la argumentación jurídica; empero, esto no significa tampoco que sea una disciplina irracional como lo plantean entre otros los realistas norteamericanos, porque si algo debe quedar claro es que el derecho ontológicamente es contrario a la arbitrariedad, que podría surgir cuando el operador judicial motiva su decisión solo en cuestiones meta o extrajurídicas.

El gran aporte de la teoría de la argumentación jurídica es establecer que el derecho es argumentación, que la práctica jurídica se hace a punto de argumentos y argumentos con pretensión de corrección. Si esto es así, si el saber jurídico se basa en la construcción de argumentos razonables porque lo contrario conlleva al abuso y la arbitrariedad, podemos decir que el derecho es predominantemente racional, aunque no totalmente racional y decimos esto por una sencilla razón: porque a pesar de todo, a pesar de que esta disciplina se fundamente en la argumentación ello no desvanece el hecho de que en determinadas circunstancias especiales (casos difíciles),

lo jurídico termina con la presentación de las varias alternativas discursivamente aceptables y de ahí en adelante solo va la decisión del operador, sustentada en cuestiones extrajurídicas como sus sentimientos, pasiones, prejuicios, perfil político, religioso, o filosófico, etc. La decisión final no será irracional porque la misma fue escogida de entre las argumentativamente correctas; pero como la elección en sí de ella, si se dio por fuera de los espacios propios del derecho, se puede decir que este tiene en alguna medida un aspecto decisional que hasta el momento no ha podido ser desechado con éxito por ninguna teoría o autor que se haya enfrentado al reto.

Si a lo anterior le aunamos la reflexión hecha sobre la falta de igualdad política de los participantes, que muchas veces da al trasto con los mejores argumentos y que las decisiones correctas a veces son desechadas por falta de una sustentación adecuada, es claro que el derecho a pesar de los muchos esfuerzos en contrario sigue conservando un contenido, aunque menor, de irracionalidad, que todo parece indicar es consustancial a aquel.

En conclusión, hay un gran avance en la racionalización del discurso jurídico; pero de ahí a afirmar que este es categóricamente racional y que en todos los eventos hay criterios objetivos para determinar su corrección, hay un gran trecho. Con la teoría de Alexy el discurso jurídico ha alcanzado altos niveles de racionalidad pero no totales, pues el elemento decisional o volitivo sigue jugando un papel aun esencial.

Resultaría importante no hablar de racionalidad e irracionalidad en términos absolutos o radicales, sino que es necesario mirar este asunto con criterios de gradualidad y es ahí donde cobra importancia la teoría de Alexy, porque entre mejores razones se den para sustentar una decisión, más racional será la misma. En un caso fácil podrá llegarse a decisiones absolutamente racionales surgidas de la contundencia de los argumentos; en cambio en los casos difíciles siempre habrá un halo decisional que impregne de alguna manera de irracionalidad el discurso, pero será de trascendental importancia en estas situaciones la exposición de buenos argumentos para eliminar en la mayor parte posible la irracionalidad que va de la mano de la arbitrariedad.

En fin, la teoría de la argumentación jurídica no elimina la irracionalidad en la interpretación jurídica, pero la restringe a límites socialmente aceptables, pues solo la permite a través del decisionismo inevitable cuando se llega a los confines del Derecho



Leonardo Efraín Cerón Eraso
Abogado

Formación académica

1. Institución: Universidad Libre de Colombia.
Título Especialista en Ciencias Forenses y Técnica Probatoria, 2013.

2. Institución: Universidad de Lleida, Universidad Rovira i Virgili, Universidad Jaume I de Castellón de la Plana, Universidad de Valencia y Universidad d'Alacant. Título: Máster en Sistema de Justicia Penal, 2011.

3. Institución: Universidad Nacional de Colombia en convenio con la Universidad del Cauca. Título: Magister en Derecho, 2008.

4. Institución: Universidad Nacional de Colombia en convenio con la Universidad de Nariño. Título: Especialista Instituciones Jurídico Penales 1998.

5. Institución: Universidad de Nariño. Título: Abogado 1994

6. Institución: Colegio José Artemio Mendoza Carvajal. Título: Bachiller 1987.

HOMBRES & MUJERES IGUALDAD LEGAL, UN FRACASO REAL



Por: Zulma Viviana Peña Salazar

El siguiente escrito pretende llamar a la reflexión sobre la utilidad real que representa para la igualdad entre hombres y mujeres la amplia regulación normativa o la inclusión en el lenguaje cotidiano de sustantivos y artículos en femeninos, pues los resultados de los mecanismos descritos más parecieran un maquillaje de igualdades de género que permanece con ahínco a pesar de acuerdos, leyes o tratados internacionales firmados, sin que logren impactar efectivamente en el cambio cultural, mental y educativo que gobierna nuestra sociedad y que para su prosperidad requiere, más que la expedición de leyes, el nacimiento de una nueva perspectiva social sobre la problemática señalada.

En primer lugar, el uso del lenguaje que busca equiparar los géneros como colombianos y colombianas, niños y niñas, jueces y juezas, se ha vuelto cada vez más cotidiano y de uso frecuente en el diario vivir, en los medios de comunicación y hasta en la televisión, incluso hemos oído, en el afán superfluo de satisfacer a la sociedad o de “mostrar” igualdad entre hombres y mujeres, discursos públicos que nunca se olvidarán en los que se cometieron desmanes idiomáticos como cuando el Presidente Venezolano Nicolás Maduro, pronunció “Millones y Millonas”.

En segundo lugar, como fruto histórico de la división del trabajo en la familia, el papel de la mujer estuvo vinculado y restringido a la crianza de los hijos y al establecimiento del hogar, sin embargo ello ha evolucionado a partir del ingreso de las mujeres a la academia, situación que ha ampliado sus horizontes personales hacia el logro de triunfos laborales y profesionales, cuyos compromisos se han sumado a los que aún conservan dentro del escenario del hogar, duplicando así los esfuerzos necesarios física y mentalmente para cumplir a cabalidad con todos los roles en búsqueda de la excelencia profesional y la perfección en la crianza de los hijos y el sostenimiento de la familia.

Indudablemente las mujeres y la sociedad han estado interesadas en que el pensamiento y el concepto limitado que sobre ellas se ha mantenido culturalmente, evolucione al ritmo en que la sociedad se desarrolla, pero los estigmas tan arraigados que le han impuesto a la mujer, no sólo la mentalidad machista que nos rige, sino también los razonamientos de la iglesia sobre la condición “natural” de la mujer para ciertas cosas del hogar, hacen casi imposible que la teoría por el simple hecho de estar plasmada en la ley, cambie una práctica cultural fortalecida con los años.

Fisiológicamente hombres y mujeres tienen algunas condiciones distintas, que sin duda les permiten cumplir roles diferentes en la sociedad y en la familia, como la capacidad femenina de albergar vida, o la composición cerebral masculina que le permite a los hombres reaccionar o pensar diferente a la mujer en algunos eventos (relaciones interpersonales); sin embargo, son más las habilidades físicas e intelectuales en las que son similares, de manera que cualquiera de los dos géneros, podrían fácilmente desarrollar las labores de cocinar, barrer, conducir, taladrar, hacer cualquier tipo de deporte, criar un hijo o gerenciar un país; sin embargo nuestro cerebro ha sido adaptado a los parámetros tradicionales que ubican desequilibrios inaceptables en las relaciones y que han sido transferidos a nosotros generacionalmente, fortaleciendo una cultura difícil de contrarrestar.

En la búsqueda del cambio o como resultado de la inconformidad sobre el concepto “minimizado” de la mujer, a través de la historia colombiana se han presentado algunos eventos legislativos de “equiparación” femenina, en que se ha reconocido la importancia de ellas en varias expresiones jurídicas; sin ánimo de exhaustividad, por ejemplo el Acto Legislativo 1 de 1936 permitió a las mujeres el ejercicio de empleos de autoridad o jurisdicción; el A.L 3 de 1954 aceptó no solo el ejercicio al voto sino también la facultad de ser elegidas, hechos que han evolucionado con los años y ahora no sólo se ve la participación femenina en política, sino que hemos llegado al punto de que por ley es obligatoria la inclusión de una mujer en las ternas que conforman los entes públicos para elección de cargos de alta dignidad¹ y de elección compleja; sin que esto haya sido suficiente, actualmente se ha estado promoviendo también la inclusión, dentro de nuestro vocabulario diario, del famoso “lenguaje inclusivo”, que según dice el PROYECTO DE ACUERDO No. 101 DE 2009, del Concejo de Bogotá, “tiene como objetivo promover medidas para el uso del lenguaje con perspectiva de género, con el fin de agenciar transformaciones en la cultura lingüística de las ciudadanas y los ciudadanos de Bogotá y luchar frente a la discriminación histórica de las mujeres en los distintos ámbitos de la vida social, a través de la visibilización de las mujeres y de los hombres en los términos de igualdad formal y material que establece la Constitución Nacional”

En nuestro país los instrumentos jurídicos y políticos, nacionales e internacionales que han tenido como objetivo la defensa de los derechos del género femenino en términos de igualdad y respeto, no han sido pocos, pues van desde las Leyes 8 y 28 de 1932, por las cuales se permitió la comparecencia de la mujer, en calidad de testigo en procesos civiles y se le otorgó capacidad limitada a la mujer casada, pasando por los Actos Legislativos de 1936 y 1954 ya mencionados, y por la Ley 51 de 1981 y 248 de 1995 que aprobaron Convenciones sobre la eliminación de todas las formas de discriminación y de violencia en contra de la mujer; hasta la Ley 1257 de 2008, tal vez la más completa y determinante, que no solo plasmó el deber de adoptar políticas públicas y educativas² para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, si no que modificó los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, en lo atinente al endurecimiento de las sanciones impuestas a los victimarios.

El somero recuento normativo muestra que las intenciones del legislador en pro del equilibrio de género han sido incesantes, pues se ha intentado desde la educación en las escuelas, hasta el endurecimiento de las penas a quienes ejerzan cualquier forma de violencia en contra de la mujer; sin embargo las cifras son contundentes al mostrar que cada vez más se incrementan los casos de violencia en contra de ellas, pues según estadísticas dadas por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses y la Unidad para Atención y la Reparación Integral a las Víctimas, “Mientras que en el 2011 se presentaron 130 asesinatos de mujeres a manos de sus parejas o exparejas, en el 2012 se registraron 138 casos, esto representó un aumento del 6,2 %. - En el 2011, cinco mujeres fueron asesinadas en circunstancias asociadas al delito sexual, y en el 2012 esta cifra ascendió a 12 casos. En el 2011, 68 mujeres fueron asesinadas en circunstancias asociadas a la violencia de pareja, mientras que en el 2012 esta cifra llegó a 138 casos. - En el año 2011 seis mujeres al mes fueron víctimas de violencia sexual en contextos asociados a la violencia sociopolítica, en el 2012 dicha cifra aumentó a 11 mujeres al mes. - En el primer semestre del 2013 se reportó un aumento del 2,33 % de agresiones contra

¹ Ley de cuotas 581 de 2000 Art. 6

mujeres defensoras comparado con el mismo periodo del año 2012 y del 25,7 % con respecto al primer semestre del 2011.”³

Entonces, a pesar del intento regulador y legislativo de pretender equiparar los géneros o poner a la mujer en el nivel que culturalmente le ha sido asignado al hombre, mediante la expedición de acuerdos, leyes o la obligatoriedad del lenguaje incluyente, el resultado en la sociedad ha sido exiguo, pues los diferentes ambientes de la práctica y la realidad social muestran nítidamente que ese equilibrio cada vez es menor, ya que la mujer, no solo está siendo más agredida, sino que la sociedad pareciera querer seguirla teniendo rezagada a espacios que procuran mantener un arquetipo de dominio masculino y que prioriza una perspectiva mercantil de explotación de ellas, en pos de la satisfacción de ellos, como se indica adelante.

El objeto en que se ha convertido la mujer, según la imagen comercial que se divulga de ella, habilita al cerebro a pensar que los arquetipos que esta nos muestra, son los correctos, por ejemplo, las publicidades en las que nada tienen que ver el cuerpo o la figura de la mujer, por que promocionan productos completamente distintos a ello, sin embargo, el comercial hace énfasis en las voluptuosidades físicas de una mujer físicamente “perfecta” que les ha sido impuesta, y las lleva a cargar con el deber físico y moral de ser tan “perfectas” como esas que les venden.

También frente a esto, es objeto de crítica la forma en que una empresa de venta de combustible⁴ viste sugestivamente a las mujeres que atienden el suministro de estos en las estaciones de servicio; la empresa al dar por sentado que el mayor número de conductores son hombres y que la mujer tiene más “herramientas” para vender, escoge detalladamente sus empleadas y las viste de la forma en la que cree que se puedan asegurar mayores utilidades, lo que muestra, no la igualdad en la capacidad de desarrollar las cargas de los trabajos, o la facultad de cumplir las mismas labores

o trabajar en los mismos empleos, sino el uso de la mujer como fuente de mayores ingresos económicos, si “mejor” cuerpo tiene y menos vestida se encuentra.

Pero lo desolador de todo esto es que estos ejemplos son pocos en comparación con los que existen y son exitosamente publicados, pareciera ser que en la búsqueda y en el afán de sobresalir, se está permitiendo hacer de la imagen de la mujer una mercancía, a pesar de los intentos históricos y normativos que han buscado el equilibrio real de la mujer frente al hombre. Todo ello sin tocar el tema tan extenso sobre la violencia en contra de ellas, que incluye la intrafamiliar, verbal y física y la práctica de los ataques con ácido tan crudos y devastadores para cualquier ser humano y que cada vez se presentan con alarmante frecuencia.

La conclusión más devastadora es que a pesar de que en el mundo jurídico colombiano existe un considerable número de leyes vigentes que procuran la igualdad entre hombres y mujeres y se han intentado políticamente avances sociales al respecto, sin jugosos resultados,

hoy la mujer está más vilipendiada que hace medio siglo, cuando su única responsabilidad era el hogar, y con ello por supuesto, no pretendo hacer una apología a esa limitada capacidad social, laboral y cultural que le fue otorgada a la mujer, si no que busco hacer reflexionar sobre la efectividad de la metodología que se usa para lograr respeto e igualdad real, pues aunque ahora hay más casos denunciados de violencia física, verbal y sexual, debido a la conciencia social sobre la necesidad de la denuncia, las cifras indican⁴ que todas las clases de violencia en contra de la mujer no sólo siguen latentes, sino que se han incrementado con el tiempo, todo ello señala nítidamente que el mecanismo legislativo adoptado para combatir la desigualdad de género ha sido infructuoso; acaso la solución al problema estará en el lugar y el valor que debe darse ella misma?

² Ley 1257 de 2008 - Artículo 11. Medidas Educativas. El Ministerio de Educación, tendrá las siguientes funciones:

1. Velar para que las instituciones educativas incorporen la formación en el respeto de los derechos, libertades, autonomía e igualdad entre hombres y mujeres como parte de la cátedra en Derechos Humanos.

2. Desarrollar políticas y programas que contribuyan a sensibilizar, capacitar y entrenar a la comunidad educativa, especialmente docentes, estudiantes y padres de familia, en el tema de la violencia contra las mujeres.

3. Diseñar e implementar medidas de prevención y protección frente a la desescolarización de las mujeres víctimas de cualquier forma de violencia.

4. Promover la participación de las mujeres en los programas de habilitación ocupacional y formación profesional no tradicionales para ellas, especialmente en las ciencias básicas y las ciencias aplicadas.

⁴ También las entidades financieras y las que ofrecen portafolios pensionales o de salud, por relacionar algunos.

³ <http://www.semana.com/nacion/articulo/cifras-de-la-violencia-contra-la-mujer-en-colombia/366030-3> -

Zulma Viviana Peña Salazar

Abogada de la Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Administrativo y en Derecho Procesal. Actualmente es Relatora del Tribunal Administrativo del Quindío; ha sido Juez Administrativa, Secretaria General de Tribunal, Auxiliar y Abogada Sustanciadora del Consejo de Estado.





PERFILES DE VIDA

LOS DOCENTES USUARIOS DE LA JUSTICIA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, CON
SUS ESCRITOS CONSTRUYEN PATRIA

EL TRASEGAR DE UNA EXISTENCIA.

Por: Álvaro Salcedo Ortiz

Nació en Ibagué Tolima en el año de 1948, en plena violencia bipartidista y acentuada con la muerte del líder liberal Jorge Eliécer Gaitán; de padres Tolimenses oriundos de Cundinamarca y purificación Tolima, los primeros de Alpujarra Tolima, de agua caliente sobre la orilla del río Cabrera, límites con Puerto Colombia Huila.

Realizó sus primeros estudios en la Escuela Boyacá, donde pasó al Colegio San Simón de Ibagué que por aquel tiempo era el alma mater del Tolima; de allí entró a desarrollar sus estudios universitarios en la Universidad pública, terminándolos en Historia y Geografía, como Licenciado en Ciencias Sociales; a la vez ejercía como docente en la Institución Enrique Caicedo de Alvarado donde además combinó éstos como líder sindical de los comités Municipales que abarcaba Alvarado, Piedras, Venadillo, Anzoátegui y Santa Isabel, con los compañeros: Rafael Falla (Químico), Humberto Aldana (Matemático), Manuel Santos (Matemático), Regino Cortázar (Inglés- Español), Florlibe Díaz y Augusto Moreno.

Entró al magisterio tolimente en el desarrollo de una huelga a nivel de Colombia por un estatuto profesional docente, en el gobierno de Carlos Lleras Restrepo y su recién nombrado ministro de educación e inmolado más tarde por el narcotráfico.....Galán; Huelga que duró cerca de ocho meses en los cuales se logró la firma de éste estatuto docente que profesionalizaba la carrera docente, eliminando un poco la politiquería que jugaba un papel importante en el nombramiento de docentes.

Álvaro Salcedo Ortiz
Docente - Escritor –
Licenciado en Ciencias Sociales – Administrador
de empresas e Historiador

Posteriormente Álvaro Salcedo Ortiz, logró terminar su carrera como Administrador de Empresas gracias en ese tiempo a los bajos costos para ingresar a la educación pública y a menos trabas burocráticas que permitían a los docentes de secundaria estudiar con más facilidad.

Actualmente Álvaro Salcedo Ortiz es pensionado por el Fondo de Prestaciones del Magisterio Nacional y Jubilado a partir de Agosto de 2013.

En la actualidad se dedica a escribir obras históricas como “ El Niño la Negra y el General”- Historias de Ibagué- crónica novelada que muestra cómo era Ibagué y Colombia en los años 90 (noventa), desde la perspectiva de un niño narra cómo se desarrolló la violencia en Ibagué con su historia de los bandoleros, el ferrocarril de Ibagué, su estación, la bohemia en la Ibagué pueblerina de los años 50 y 60 – el bogotazo en Ibagué, sus estudios en el colegio San Simón y sus profesores; cómo nació el folklor y su deportes Tolima.

Actualmente prepara su segundo libro sobre esa misma década y los años 60 pues ésta es muy rica en documentos históricos que no se pueden olvidar, y de los cuales hay que dejarles conocimiento a las generaciones futuras.

LA POESIA ES LA MÚSICA
QUE ENALTECE EL ALMA Y
DA LIBERTAD A LOS
ANHELOS DEL ESPÍRITU.



LA LIBERTAD

Por: Jalil Gibrán

Y un orador dijo. Háblanos de la libertad.
Y él respondió:

Ante las puertas de la ciudad, y al lado de
vuestros hogares, os he visto arrodillados adorar
vuestra libertad.

Así, como esclavos que se humillan ante un
tirano y le rinden honores aunque los esté aniquilando.

Sí, en el recinto del templo, y a la sombra de
la ciudadela, he visto a la mayoría de vosotros
llevar la libertad como un yugo y una manila,
Y he sentido sangrarme el corazón;

Porque sólo podéis ser libres cuando el mismo
deseo de alcanzar la libertad se convierta en un
aparejo para vosotros, y cuando dejéis de considerar
la libertad como una meta y una culminación.

Seréis libres en verdad, cuando vuestros días
no pasen sin una preocupación, ni vuestras noches
sin un deseo y una congoja.

Sino, más bien, cuando esas cosas acompañen
vuestra vida y podáis no obstante, erguiros sobre
ellas, desnudos y sin ataduras.

¿Y cómo podréis situaros por encima de vuestros
días y de vuestras noches, a menos que rompáis
las cadenas que en la alborada de vuestro
entendimiento habéis colocado en torno de vuestro
mediodía?

La verdad es que lo que llamáis libertad es la
más dura de esas cadenas, aunque los eslabones
brillen al sol y os deslumbren.

¿Y qué es lo que debe desecharse, para que seáis libres, sino
fragmentos de vosotros mismo?

Si es una ley injusta lo que deseáis abolir, esa ley fue escrita
con vuestras propias manos sobre vuestras propias frentes.

Y no podréis borrarla quemando vuestros códigos, ni lavando
las frentes de vuestros jueces, así sea vertiendo sobre ellas todas
las aguas del mar.

y si es un tirano lo que queréis destronar, mirad primero si el trono que le habéis erigido en vosotros está destruido. Porque, ¿cómo puede el tirano gobernar al hombre libre y altivo, si en esa libertad no hay algo de tiranía, y si no hay algo de humillación en esa altivez?

Y si es una preocupación la queréis desechar, esa preocupación ha sido más bien buscada por vosotros que impuesta a vosotros.

Y si es un temor el que queréis disipar, la sede de este temor está en vuestros corazones y no en la mano del templo.

La verdad es que todas esas cosas se mueven incesantemente medio abrazadas en vosotros: lo deseado y lo temido, lo repulsivo y lo apreciado, lo perseguido y lo repudiado.

Son cosas que se mueven con vosotros como luces y sombras, en parejas unidas.

Y cuando la sombra desaparece, la luz que queda, se convierte, a su turno, en la sombra de otra luz.

Y así cuando vuestra libertad se deshace de sus grillos, se convierte a su vez en grillos de una libertad más grande.

FUENTE: LA PICARESCA JURIDICA UNIVERSAL

LA HISTORIA DE LA REGIÓN SE
GUARDA EN EL COFRE DE LAS
EXPERIENCIAS, SINSABORES,
ALEGRÍAS Y NOSTALGIAS
DE UN PUEBLO LLAMADO
QUINDÍO



A cerca de La **Academia de Historia** del **Quindío**

Por: Jaime Lopera Gutiérrez

Los anales de la Academia de Historia del Quindío se extienden desde 1985 hasta la fecha. No obstante, su secretario perpetuo, Alfonso Valencia Zapata mantuvo el despacho y la representación de la entidad hasta que el terremoto del 99 destruyó la oficina, los libros y demás papeles que allí habían.

-A la muerte de Valencia Zapata (a quién todavía no se le ha hecho el reconocimiento que merece), los restos del archivo de la AHQ terminaron en el Museo del Oro Quimbaya en un estado de humedad y deterioro que hizo necesario destruirlos totalmente.

-Al revivirse la Institución en el 2001, entre ese año y el 2010 ingresaron varios académicos quienes, sumados a los fundadores, completan 17 personas. Solamente dos integrantes han dejado de existir en estos años: La Notable Historiadora Olga Cadena Corrales y el Agrónomo Jorge Enrique Arias, dos lamentables ausencias de la Academia quindiana.

-Varias actuaciones se han dado en los últimos diez años, tales como la batalla en favor de la repatriación del Tesoro de los Quimbayas que ha tenido dos vías: uno, el camino político y diplomático que no ha servido para nada por la timidez de los gobiernos en reclamar a España la devolución de las piezas de oro

que se encuentran en Madrid. Y el camino legal que consiste en una acción popular (ganada en primera instancia en un juzgado de Bogotá) y las tutelas que hoy tienen ese asunto en la antesala de la Corte Constitucional donde en breve se resolverá un recurso decisivo.

-Esta campaña no solo busca la devolución de unas piezas de orfebrería Quimbaya sino también mostrarle al Quindío lo valioso que será rescatar un patrimonio cultural propio con el objeto de provocar las condiciones de identidad y de pertenencia de la ciudadanía en torno a éstos símbolos de nuestro pasado histórico.

-Hemos tocado las puertas de la Presidencia, de la Cancillería, la Mincultura, de la Embajada de Colombia en España y de la Unesco con resultados negativos, pero la opinión pública de nuestra región sabe que es una causa justa y nos acompaña moralmente en ésta batalla por la identificación histórica.

-También ganamos en la polémica sobre el famoso camello la glorieta de Bomberos al que logramos desmontar después de revelar que había sido el símbolo de una administración transgresora y deshonesta que hubo en Armenia. En estos días estamos procurando que la administración de la ciudad comprenda

el valor del histórico Parque de los Fundadores donde se encuentran las cenizas de Tigrero y su esposa y las placas conmemorativas de la creación del Departamento, entre otras.

-De igual modo le hemos devuelto la importancia a la gesta del Camino del Quindío para señalar que este sendero fue transitado por muchos personajes y ejércitos libertadores, y por lo tanto hay que tenerlo como una remembranza de su papel en las gestas emancipadoras.

-Cabe destacar los tres volúmenes de historia, hechos con el patrocinio de la Biblioteca de Autores Quindianos de la Gobernación, son tres libros espléndidos donde, en varios ensayos de los académicos, se describen algunos pormenores de nuestras historias locales. Estos textos son prácticamente el inicio de una colección sobre la totalidad de la Historia del Quindío y una fuente de conocimientos para los interesados en la identidad quindiana.

JAIME LOPERA GUTIÉRREZ, escritor y periodista quindiano. Consultor de empresas en desarrollo organizacional, motivación, trabajo en equipo y habilidades de gerencia. Fue Jefe del Servicio Civil en la administración López M. y Gobernador con Belisario Betancur. Conferencista. Autor de varios libros, entre ellos, “La Colonización del Quindío” (1986), y la serie de autoayuda “La Culpa es de la Vaca” (Intermedios Editores). Columnista de Portafolio, Razón Pública, Eje 21 y La Crónica. Vive en Armenia y actualmente el presidente de la Academia de Historia del Quindío.

REFLEXIONES

EL FUTURO DE LAS PERSONAS SÓLO
DEPENDE DE SU GRAN RESOLUCIÓN.



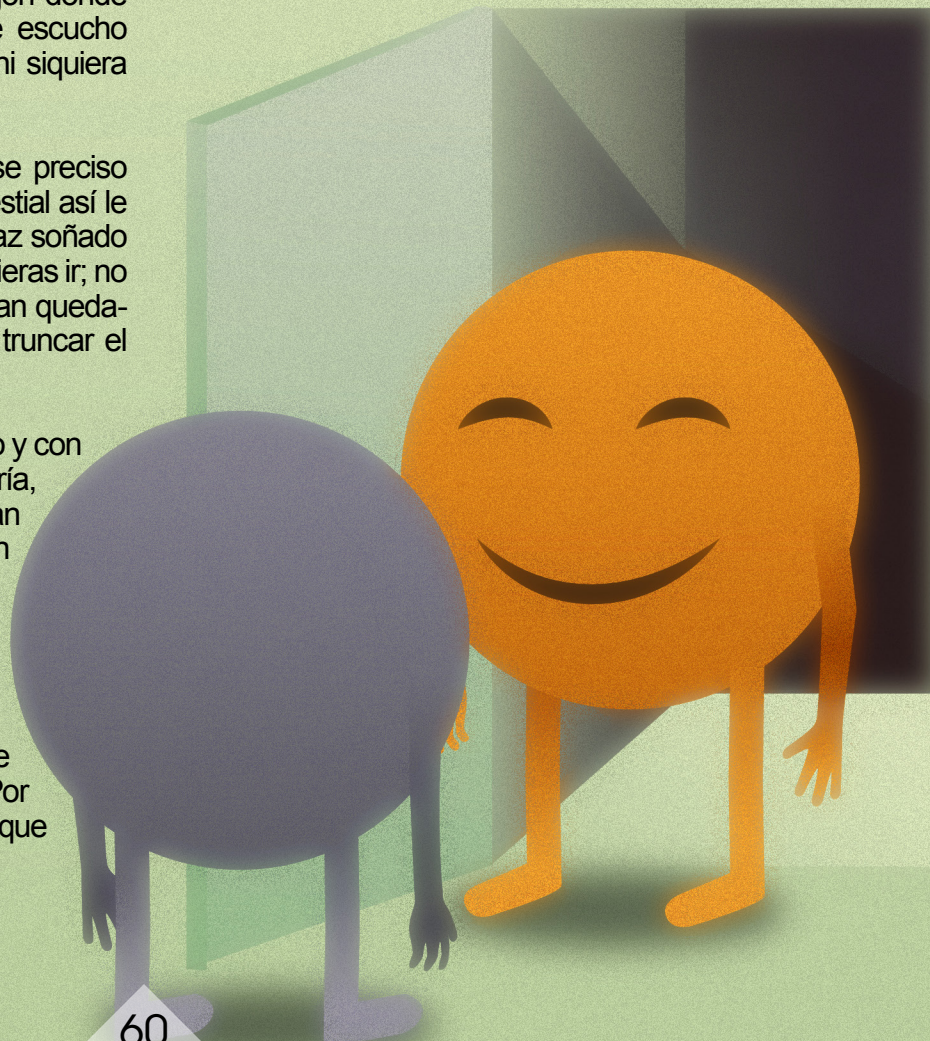
SENTIMIENTOS ACOMPLEJADOS

Por: Carlos Antonio Ocampo Gomez

La tristeza, a solas pensaba en alegría y soñaba su vida junto a ella; pero compartía una fuerte amistad con una mal vecina llamada doña Envidia, quien le aconsejaba y le decía: que siendo la tristeza, solo podría Soñar con ser amiga de alegría; sin embargo, la tristeza tenía como conocida de la cuadra a una señora llamada esperanza, vecina de dolores, también de la cuadra con la cual casi nunca hablaban; sin haber tenido en cuenta que alegría conocía a esperanza, la tristeza influenciada por su amiga la envidia; no encontraba la manera de relacionarse con alegría y caminando por el barrio se encontró con una señora llamada indecisión, señora chismosa, quien aprovechando que la señora seguridad había salido de paseo, siguió a tristeza hasta un oscuro callejón donde ésta confundida pensaba en voz alta, y le escucho decir: “si fuera yo amiga de alegría tal vez ni siquiera pudiese yo existir”.

Inmersa en tal confuso pensamiento; en ese preciso momento escuchó una voz que en tono celestial así le hablo: “Tristeza, para lograr las metas que haz soñado debes dirigirte de manera segura a donde quieras ir; no escuches disuasores que en el camino se han quedado, como trampas de tropiezo; tratando de truncar el futuro de quienes quieren progresar”.

Al día siguiente la tristeza despertó temprano y con gran resolución se dirigió a la casa de alegría, mientras los otros sentimientos le miraban asombrados; llamó a la puerta y alegría con inmensa cortesía le invitó a seguir. Tristeza sin dudar le dijo: ¡Hola alegría! yo quiero ser tu amiga y ésta le respondió hace mucho tiempo quería conocerte, somos dos sentimientos diferentes que vivimos en los seres que ocupamos, nos demandan cada vez que las situaciones de sus vidas les afectan, ¿Por qué no ser amigas, andar juntas y esperar a que nos busquen?.....



HUMOR JURÍDICO

La mirada jocosa de
la vida, nos hace
agradable el vivir en
sociedad.



ANUNCIO OFICIAL

Un mandatario publica en todos los periódicos del país el siguiente aviso:

"El desfile con motivo del día de la independencia se llevará a cabo el próximo domingo, cualquiera que sea el estado del tiempo. Si llueve por la mañana, se aplazará el desfile para la tarde; si llueve por la tarde, entonces se realizará por la mañana."

(Tomado de Los mejores chistes de políticos, Jocundo Lozano, Ediciones B) Ámbito Jurídico Año XVII / N° 407



OTROS JUECES

A nadie le sorprende que los atletas hagan jugadas estúpidas. Pero en cambio, queremos pensar que los árbitros sí actúan de manera inteligente.

Los jueces de los eventos de atletismo de las Olimpiadas de 1932 de Los Ángeles establecieron una marca mundial. Usaron tan poco su cerebro que, cuando Jules Noel, de Francia, batió la marca olímpica de lanzamiento de disco, su lanzamiento fue descalificado. Y no porque cometiera alguna infracción, sino porque todos los jueces que debían observar la competición del lanzamiento de disco se habían girado para mirar el salto con pértiga.

(Tomado de la estúpida historia de la especie humana, Bob Fenster, Ediciones B) Ámbito Jurídico Año XVII / N° 407

AFORISMOS

El aforismo latino "**Pacta Sunt Servanda**" expresa una idea sencilla "**lo pactado obliga**". La necesidad de certidumbre y de seguridad sobre la que debe sustentarse el intercambio de bienes y servicios y, en general, el mundo de los negocios justifica la aplicación de esta regla contenida en el artículo 1.091 del Código Civil. Fundamentos y razones que justifican la obligatoriedad de los contratos.

Lenguaje Jurídico Por Ricardo Oliva

<http://www.lenguajejuridico.com/por-que-debo-cumplir-un-contrato-pacta-sunt-servanda/>

JURISDICCION
CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO
DEL QUINDIO



**TRIBUNAL
ADMINISTRATIVO
DEL QUINDIO**