

# DERECHO ADMINISTRATIVO

Reflexiones sobre los retos  
del Derecho Administrativo,  
y los problemas en el  
funcionamiento del Estado.

## **Autores Coordinadores**

Juan Carlos De los Rios Castiblanco

Oona Hernandez Palma



SELLO EDITORIAL  
CORUNIAMERICANA



**DehJüS**  
Sociedad, Justicia y Desarrollo Humano

 **SELLO EDITORIAL**  
CORUNIAMERICANA

**DERECHO ADMINISTRATIVO; REFLEXIONES SOBRE LOS RETOS  
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LOS PROBLEMAS EN EL  
FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO**

**Autores Coordinadores:**

Juan Carlos De los ríos Castiblanco  
Oona Hernández Palma

**Autores**

Josías Daniel Mojica Domínguez  
Juan Carlos De los Ríos Castiblanco  
Orielo Alarcón  
Milton Gómez  
Pedro Triana Martínez  
Maira Sierra  
Jairo González Arjona  
Stewing Arteaga  
Luis Rafael Vergara

Libro resultado de investigación, realizado a partir del trabajo colaborativo entre grupos de investigación y el desarrollo de propuestas que contribuyen al fortalecimiento de los indicadores de generación de nuevo conocimiento en el área del Derecho.

Derecho administrativo; reflexiones sobre los retos del Derecho Administrativo, y los problemas en el funcionamiento del Estado. / Josías Daniel Mojica Domínguez ... [et. al.]. -- Barranquilla: Corporación Universitaria Americana, 2018.

155p. ; 17X24 cm.  
ISBN: 978-958-5512-35-1

1. Acto administrativo -- Nulidad 2. Revocatoria del acto administrativo -- Derecho comparado -- Corporación Universitaria Americana. I. Mojica Domínguez, Josías Daniel II. De Los Ríos Castiblanco, Juan Carlos III. Alarcón, Orielo IV. Gómez, Milton V. Triana Martínez, Pedro VI. Sierra, María VII. González Arjona, Jairo VIII. Arteaga, Stewing IX. Vergara Camargo, Luis Rafael.

342.06 D431 2018 cd 21 ed.  
Corporación Universitaria Americana-Sistema de Bibliotecas

### **Corporación Universitaria Americana©**

Sello Editorial Coruniamericana©

ISBN: 978-958-5512-35-1

## **DERECHO ADMINISTRATIVO; REFLEXIONES SOBRE LOS RETOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LOS PROBLEMAS EN EL FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO**

Autor Coordinador:

© **Juan Carlos De los ríos Castiblanco**, © **Oona Hernández Palma**

Autores:

© **Josías Mojica Domínguez**, © **Juan Carlos De los Ríos Castiblanco**, © **Orielo Alarcón**,

© **Milton Gómez**, © **Pedro Triana Martínez**, © **Maira Sierra**, © **Jairo Gonzalez Arjona**,

© **Stewing Arteaga**, © **Luis Rafael Vergara**

### **Presidente**

JAIME ENRIQUE MUÑOZ

### **Rectora Nacional**

ALBA LUCÍA CORREDOR GÓMEZ

### **Vicerrector Académico Nacional**

MARIBEL YOLANDA MOLINA CORREA

### **Vicerrector de Investigación Nacional**

ASTELIO DE JESÚS SILVERA SARMIENTO

### **Director Sello Editorial**

JUAN CARLOS ROBLEDO FERNÁNDEZ

Sello Editorial Coruniamericana

selloeditorialcoruniamericana@coruniamericana.edu.co

**Diagramación y portada:** Kelly J. Isaacs González

**Corrección de estilo:** Eva Luna Contreras Mariño

**1ª edición:** 11 de Diciembre de 2018

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada en sistema recuperable o transmitida en ninguna forma o por medio electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, u otro, sin previa autorización por escrito del Sello Editorial Coruniamericana y de los autores. Los conceptos expresados en este documento son responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente corresponden con los de la Corporación Universitaria Americana y da cumplimiento al Depósito Legal según lo establecido en la Ley 44 de 1993, los decretos 460 del 16 de marzo de 1995, el 2150 de 1995, el 358 de 2000 y la Ley 1379 de 2010.

## **Pares Evaluadores**

David Anibal Guerra  
Universidad del Atlántico

Luis Fernández Romero Medrano.  
Universidad Autónoma del Caribe

## **Comité Científico**

Emma Doris López Rodríguez  
Ph.D en Ciencias Políticas  
Universidad Simón Bolívar

Carlos Mauricio Archila Guío  
Maestría en Criminología y Victimología  
Universidad Cooperativa de Colombia

Carlos Lascarro Castellar  
Magister en Derecho  
Universidad del Atlántico

Diemer Lascarro Castellar  
Magister en Derecho  
Universidad del Atlántico

# Contenido

Presentación.....	7
Prólogo .....	8
La constitucionalización de la teoría del acto administrativo. .... <i>Josías Daniel Mojica Domínguez. - Juan Carlos De los Ríos Castiblanco</i>	9
Nulidad del acto administrativo: la dinámica del razonamiento judicial..... <i>Orielo Alarcón, Milton Gómez</i>	34
La caducidad en el medio de control de reparación directa, en casos de violaciones a derechos humanos a las víctimas del conflicto armado en Colombia <i>Pedro Triana Martínez, Maira Sierra</i>	48
Implementación del sistema de lesividad en el procedimiento administrativo y contencioso administrativo en Colombia desde una mirada con el derecho comparado de España..... <i>Pedro Triana, Juan Carlos De los Ríos Castiblanco</i>	71
Impacto fiscal en los fallos jurisdiccionales o sede administrativa..... <i>Jairo Gonzalez Arjona, Stewing Arteaga</i>	101
La constitución en la administración pública en Colombia y en España..... <i>Luis Rafael Vergara</i>	136

# Presentación

**E**l texto “DERECHO ADMINISTRATIVO; REFLEXIONES SOBRE LOS RETOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LOS PROBLEMAS EN EL FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO” es resultado de investigación en el marco de la estrategia metodológica de Evaluación de las acciones, estrategias y contenidos pedagógicos de las asignaturas correspondientes al derecho Administrativo en la formación de los abogados y abogadas.

Con el objetivo de evaluar e identificar las temáticas que presentan dificultades de aprehensión del conocimiento en el área, se dispuso conocer las acciones y estrategias pedagógicas comunes en la enseñanza de derecho público, caracterizando los modelos exitosos y debilidades del aprendizaje. Posteriormente se identificó ejes temáticos que evidencian dificultades en el aprendizaje. Y en tercera etapa, con este libro de investigación se Elaboraron contenidos de ejes temáticos de difícil aprendizaje con métodos alternativos de refuerzo a los procesos de enseñanza.

El presente texto de investigación fue desarrollado mediante ejercicios cooperativos y colaborativos de docentes del área de derecho Administrativo de las instituciones de la educación superior; Corporación Universitaria Americana y la Universidad del Atlántico. Se tomó el esquema de trabajo presencial e independiente según los temas identificados, posteriores al diagnóstico producto del proyecto de investigación, evidenciados en talleres, seminarios lúdicos, dialogo de saberes, construcción colectiva de conocimientos, foros de discusión y toma de una muestra representativa dirigida a estudiantes y profesores, convirtiéndose esté Libro de investigación en una herramienta de fortalecimiento en la formación en Derecho Administrativo y debate en el abordaje de los problemas en el funcionamiento del Estado.

***Juan Carlos De los ríos Castiblanco.***

# Prólogo

Con placer académico, analicé los seis (6) capítulos de libro resultado de investigación presentados por los autores a la comunidad académica en el libro denominado: DERECHO ADMINISTRATIVO; REFLEXIONES SOBRE LOS RETOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LOS PROBLEMAS EN EL FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO, llama la atención la obra que por deferencia del Colega y amigo JUAN CARLOS DE LOS RIOS CASTIBLANCO, me ha correspondido presentar, porque viene a enriquecer el área del Derecho Administrativo Colombiano, al presentarse temas como: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA TEORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO, NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO: LA DINÁMICA DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL, LA CADUCIDAD EN EL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA, EN CASOS DE VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS A LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA, IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE LESIVIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA DESDE UNA MIRADA CON EL DERECHO COMPARADO DE ESPAÑA, IMPACTO FISCAL EN LOS FALLOS JURISDICCION O SEDE ADMINISTRATIVA y LA CONSTITUCION EN LA ADMINISTRACION PÚBLICA EN COLOMBIA Y EN ESPAÑA. Observándose estudiosos en esta materia, tratándose cada una de las temáticas con intensidad y seriedad.

Todos los capítulos de libro contenidos en esta obra, se presentan con una dicción clara y concreta, recogiendo por cada uno de los autores sus enseñanzas e investigaciones como promotores de la investigación jurídica de gran impacto que requiere la comunidad académica colombiana. Se resalta el trabajo colaborativo y las coautorías, toda vez que marcan el trabajo cooperativo de investigaciones cohesionadas por varias universidades, grupos de investigación, líneas de investigación e investigadores.

Reconozco que la presentación que hago del texto, es incompleta, pero desde ya le anticipo al lector, que encontrará frutos invaluable, los esfuerzos y la fluidez con la que los autores desarrollan los temas planteados.

*JUAN ESTEBAN AGUIRRE ESPINOSA*

*Director Instituto Interamericano de Investigación y Publicaciones Jurídicas CIP LEX (Colombia) Director del Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación Universidad Católica Luis Amigo.*

# **LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA TEORÍA DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

---

**Josías Daniel Mojica Domínguez \***

**Juan Carlos De Los Ríos Castiblanco \*\***

---

\* Abogado de la Universidad del Atlántico. Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, docente investigador de la Universidad del Atlántico. Correo: josiasmojicadominguez@gmail.com

\*\* Abogado de la Universidad del Atlántico, Magister en Derecho Universidad del Norte, Investigador Asociado Colciencias, Profesor de La Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, De la Corporación Universitaria Americana, y miembro de los Grupo de investigación "Derecho Justicia y estado Social de Derecho". jderios@coruniamericana.edu.co – juancarlosdelosrios@gmail.com - Código ORCID: 0000-0002-3061-0593

La Constitucionalización del derecho se puede identificar como una tendencia de ajustar y entender las instituciones jurídicas de las distintas ramas del derecho bajo los postulados y principios constitucionales. El derecho administrativo no ha sido ajeno a esta tendencia, ejemplo de ello, es la noción y ejercicio de la función administrativa y de la teoría del acto administrativo bajo los postulados constitucionales. La Constitucionalización de la función administrativa, se ha dado por reformas legales, como la expedición de la ley 489 de 1998 y ley 1437 de 2011, entre otras reformas. Sin embargo, frente a la teoría del acto administrativo, no es claro como se ha dado la Constitucionalización, ya que no existe un cuerpo normativo que regule la institución del acto administrativo integralmente, y su concepción ha sido una construcción teórica desarrollada por vía jurisprudencial y por los desarrollos de la doctrina. Bajo este escenario problemático, se pretenden indagar ¿de qué manera se ha dado la Constitucionalización de la teoría del acto administrativo?

La expedición de la Carta Constitucional de 1991 cambió el rumbo que el derecho colombiano traía, la nueva concepción del Estado, la carta de Derechos Fundamentales de las personas, el reconocimiento de los Derechos Sociales de segunda y tercera generación, la creación del Bloque de Constitucionalidad, el reconocimiento de los Derechos Colectivos de la Sociedad, la creación de mecanismos judiciales de defensa efectiva de los Derechos Fundamentales, como la Acción de Tutela, fueron someramente los cambios más importantes de la expedición de la Constitución de 1991.

Las transformaciones institucionales de la nueva carta, determinó el auge de la tendencia conocida como la *Constitucionalización del derecho o neoconstitucionalismo*, que sin el mayor ánimo de exhaustividad en su definición podríamos identificarla como una tendencia de ajustar y entender las instituciones jurídicas y teorías dogmáticas de las distintas ramas del derecho (derecho civil, derecho penal, derecho administrativo, etc.) bajo los postulados y principios constitucionales, como lo son: el respeto por los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos, la efectiva democratización y la prevalencia de las normas constitucionales en caso de conflicto con normas de inferior jerarquía, esta última, tiene fundamento en el artículo 4 de la Constitución Política de Colombia, el cual creo la conocida excepción de inconstitucionalidad (Bernal, 2009).

El derecho administrativo colombiano podría considerarse como una de las áreas del derecho más influida por la Constitucionalización, ya que varias de sus instituciones jurídicas, han mostrado una transformación en su fundamento y entendimiento a partir del cambio de paradigma constitucional, ejemplo de ello es;

el nuevo fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado (Constit., 1991, art. 90) y la noción y ejercicio de la función administrativa y de la teoría del acto administrativo, bajo los postulados constitucionales.

En el caso del ejercicio de la función administrativa, se puede observar que la Constitucionalización de esta institución jurídica se ha dado por vía de reformas legales, esto lo demuestra, la expedición de la ley 489 de 1998 y la expedición del nuevo código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (ley 1437, 2011), entre otras reformas que se erigen como desarrollo de diversos textos constitucionales. Sin embargo, frente a la teoría del acto administrativo, no es claro como se ha dado el proceso de constitucionalización de esta institución dogmática, ya que no existe un cuerpo normativo que regule la institución del acto administrativo en cuanto a sus elementos, y atributos, y su concepción ha sido una construcción teórica desarrollada por vía jurisprudencial y por los desarrollo de la doctrina<sup>1</sup>. Bajo este escenario problemático, se pretenden indagar ¿de qué manera se ha dado la constitucionalización de la teoría del acto administrativo?

Para los fines de este trabajo se asume como hipótesis que la constitucionalización de la teoría del acto administrativo ha sido un proceso imperceptible al interior de la jurisprudencia del Consejo de Estado en cuanto a la revisión de constitucionalidad de los actos administrativos, para el caso del Consejo de Estado, y los exámenes de constitucionales de leyes relacionadas con la función administrativa para el caso de la Corte Constitucional; sin que dicha jurisprudencia haya trastocado los elementos dogmáticos de dicha teoría. Como se desprende del problema de investigación planteado, el objetivo general de este trabajo es dar cuenta como se ha transformado conceptualmente la llamada teoría del acto administrativo en Colombia, a través de las reinterpretaciones jurisprudenciales a los elementos y atributos que la configuran.

La metodología investigativa utilizada para lograr el propósito de este proyecto se puede ubicar teóricamente dentro de la metodología cualitativa, de tipo de indagación documental, consistente en el estudio e interpretación de fuentes documentales primarias como sentencias judiciales, textos bibliográficos como libros y artículos científicos, utilizando técnicas de análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado a fin de mostrar las variaciones conceptuales; así como análisis de bibliográficos de fuentes secundarias relacionados con la temática, para reconstrucción y contextualización de la teoría del acto administrativo.

---

<sup>1</sup> Sobre la construcción doctrinaria de la teoría del acto administrativo y su tensión con el nuevo paradigma constitucional se muestra en detalle con Mojica (2012).

Al plantear el problema de investigación y su delimitación temporal, se hizo una revisión bibliográfica de estudios y análisis que han abordado la temática, a fin de reconstruir el problema de investigación y dar cuenta de los aspectos que aún no han sido explorados sobre el tema, siendo esta una labor hermenéutica de primer nivel a fin de construir el estado del arte.

Para corroborar la hipótesis planteada se utilizó una técnica de análisis jurisprudencial denominada *identificación de líneas jurisprudenciales*, haciendo adaptaciones a la técnica planteada por el profesor López Medina (2004) en especial lo relacionado con la técnica de la re-ingeniería inversa, sin que ello sea obstáculo para el logro de la identificación de las tesis jurisprudenciales reiteradas en las sentencias estudiadas.

## **I. EL GIRO DEL DERECHO COLOMBIANO A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.**

En esta primera parte se pretende contextualizar el cambio fundamental que trajo la nueva Carta de 1991, en cuanto a sus grandes rasgos definitorios, como la implantación del Estado Social de Derecho; la consagración del pluralismo jurídico que la Constitución de 1991 consignó; además, del nuevo papel que jugaría el Poder Judicial a través de la importancia que adquirió la Jurisprudencia dentro del sistema de fuentes del derecho; y también el reconocimiento constitucional de los Derechos Fundamentales y la implementación del llamado Bloque de Constitucionalidad; y por último el rol que se le otorgó desempeñar a la recién creada Corte Constitucional.

Contextualizando históricamente la creación de la constitución de 1991, en palabras de Lleras de la Fuente y Tangarife Torres (1996):

Ésta nace fruto de la inestabilidad política y social que se vivía en Colombia para esa época, la lucha contra el narcotráfico había sido ineficaz, los asesinatos de dirigentes sociales y políticos, y la incursión de las mafias en la política, hacían de ese momento uno de los más caóticos de la historia reciente de Colombia, sumado a esta situación, La naciente fuerza paramilitar que posteriormente se convirtió para Colombia en uno de los más grandes problemas; propiciaron un escenario social de descontento para que se levantara un movimiento estudiantil con la finalidad de que la nación se pronunciara sobre la necesidad de que todas los actores sociales y políticos de Colombia hicieran un acuerdo, dicho movimiento estudiantil se denominó la Séptima Papeleta.

La Consagración en la nueva constitución, que Colombia es un Estado Social de Derecho, cambió la manera de abordar los problemas jurídicos en el país, ya que el accionar del Estado tiene que estar acorde con ese postulado. El Estado Social de Derecho fue concebido por el Constituyente de 1991 como igualación y redistribución de los recursos a los más necesitados<sup>2</sup>. Pero esta cláusula tan abstracta, que el accionar del Estado debe tener una connotación de disminuir las desigualdades sociales, ha sido interpretada por la Corte Constitucional, en muchas ocasiones definiéndola, como uno de los principios definitorios y faros del accionar del Estado Colombiano, pero al no ser el único principio, ya que dentro del texto constitucional existen principios que aparentemente son contradictorios con el anterior, como por ejemplo: la sostenibilidad fiscal, tal como se planteó en la SU-111 de 1997, podrían resultar en teoría contradictorios y excluyentes, y he allí donde la labor de la interpretación constitucional – entendida esta en dos sentidos: a) como actividad y b) como resultado (Lifante, 1999) adquiere relevancia para tratar de entender y aplicar de manera armónica para que se pueda cumplir la finalidad trazada por la Constitución.

La Nueva Constitución implemento la cláusula general del Pluralismo, que se convirtió en el punto de toque de los distintos principios consagrados en la Carta Constitucional. La Corte Constitucional, ha podido poner en armonía muchos de esos principios y fines, bajo el supuesto de que esos principios no se contradigan entre sí. La Constitución consagró como fines constitucionales el Estado Social de Derecho, la Libre Empresa y Libre Competencia Económica- maximización de la Riqueza, orden y estabilidad Social, inclusión social y no subordinación, y multiculturalismo, estos fines deben guiar a los intérpretes constitucionales para la definición de los conflictos jurídicos.

Por otra parte, la novedad de tener una nueva jurisdicción creada en el Poder Judicial, la llamada Jurisdicción Constitucional, en cabeza de la Corte Constitucional, corporación encargada de velar en primer lugar por la protección de la Constitución, y en segundo lugar de revisar las Acciones de Tutela para la defensa de los Derechos Fundamentales, han hecho que éste organismo haya adquirido una importancia relevante en la sociedad Colombiana, al ver que los postulados constitucionales pueden hacerse efectivo través de la actividad de esa Corporación. Las decisiones de la Corte Constitucional en materia de protección de los Derechos Fundamentales, han colocado la Jurisdicción Constitucional en un constante activismo en la vida social del país.

---

<sup>2</sup> Sobre el concepto del Estado Social de Derecho, la Corte Constitucional ha reiterado su configuración en diversos pronunciamientos, pero sin duda, los dos fallos paradigmáticos de la Corte Constitucional sobre este tema, lo constituyen las sentencias T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón, y la sentencia SU-111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

El activismo judicial, en cabeza de la Corte, le dio al poder judicial un protagonismo que anteriormente no tenía; Pero al día de hoy, ese protagonismo que había colocado a la Corte Constitucional como una de las instituciones públicas más queridas por los colombianos, se ha enlodado por los continuos escándalos de corrupción al interior de la rama judicial, y por ende la sospecha y desconfianza de la sociedad civil sobre sus decisiones repercute en la legitimidad social de su actuar.

La Jurisprudencia dentro del sistema de fuentes del derecho en Colombia, ha dado un vuelco a partir de la interpretación del artículo 230 de la Constitución Nacional, dicho artículo estipuló que los Jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la Ley, y que la jurisprudencia, la equidad y los principios generales del derechos son criterios auxiliares del derechos. Pero la interpretación que se ha hecho de ese artículo por parte la Corte Constitucional, le dieron a la Jurisprudencia la importancia que hoy día tiene, ya que la teoría del precedente judicial gana terreno cada día más en el ordenamiento jurídico Colombiano. (López, 2004).

La consagración en la Constitución de una Carta amplia de Derechos Fundamentales, fue un avance significativo, ya que anteriormente no había una consagración de derechos fundamentales, sino que había una lista de derechos civiles y garantías sociales, que entre otras cosas era escasa. Además, su consagración se había convertido en casi que inocua, ya que las continuas violaciones a esas garantías por parte del Estado, no contaban con un mecanismo de defensa frente a esa arbitrariedad, el cual el ciudadano común pudiera utilizar para la defensa de sus derechos fundamentales. Igualmente, el Bloque de Constitucionalidad le dio un refuerzo a esa tendencia de protección de los derechos humanos, tanto es así que, se protegerán aquellos Derechos Fundamentales que no estén en el listado de la Constitución Nacional pero que estén en Tratados de Derecho Humanos ratificados por Colombia (Uprimny, 2005).

Toda esta tendencia que ingresó al ordenamiento jurídico Colombiano por la Constitución de 1991, vino a repercutir en el rol que le ha tocado desempeñar a la Corte Constitucional. La Corte en su labor de defensa de los Derechos Fundamentales se convirtió en una corporación que llegó al sentimiento de los ciudadanos colombianos. Así mismo, implicó un rompimiento epistemológico en la manera como estaba concebido la estructura de enseñanza y aplicación de las distintas ramas del derecho. Por ello, a partir de este importante cambio, se puso en boga el término de la constitucionalización del derecho colombiano, y de esta dinámica no han sido esquivos los contenidos dogmáticos del derecho administrativo, tal como lo es la teoría del acto administrativo.

La primera muestra relevante de esa tendencia constitucionalizadora de las distintas ramas del derecho, fue el nuevo sistema penal oral acusatorio (ley 906 de 2004). Sin embargo, las otras ramas del derecho sin hacer cambios totales en sus códigos y legislación, fueron ajustando sus postulados teóricos a la nueva dinámica constitucional (Arévalo, 2007).

Y el cambio en el derecho administrativo no se hizo esperar, modificaciones al sistema general ambiental (ley 99, 1993); al régimen de contratación estatal (ley 80, 1993); al régimen de prestación de los servicios públicos domiciliarios (ley 142 y 143, 1994) al régimen de ordenamiento territorial (ley 388, 1997); la modificación estructural a la administración pública (ley 489, 1998) y recientemente, con la expedición de la ley 1437 de 2011, Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se quiso poner a tono la disciplina del derecho administrativo, con el ideario constitucional; en el sentido de todas esas normas contemplaron procedimientos para la participación ciudadana el proceso de la formación de la voluntad o decisión administrativa. Es importante resaltar que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, trajo cambios fundamentales e importantes frente a la dogmática administrativa que se tenía; de esos cambios importantes del código, podemos mencionar los siguientes: el cambio en la estructura del proceso, paso a ser un proceso mixto entre la oralidad y algunas formas escritas; el cambio frente al concepto de acción, para pasar a un concepto de acción contenciosa administrativa con distintas pretensiones; la creación del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia; el procedimiento de la extensión de la jurisprudencia de unificación de las sentencias del Consejo de Estado; el respaldo al acatamiento del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas (Ley 1437, 2011); y el novedoso medio de control denominado nulidad por inconstitucionalidad, establecido como una pretensión y proceso especial, de competencia exclusiva del Consejo de Estado, frente a los decretos expedido por el Gobierno Nacional cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

Todo este cambio, en cierta medida resulta como un proceso de adaptación del derecho administrativo a un nuevo paradigma constitucional y del derecho. Pero la hipótesis de la investigación que origina este artículo, es que la constitucionalización del derecho administrativo se ha dado más allá de simples reformas legales; y más bien dichas constitucionalización se ha dado a las estructuras dogmáticas de esta área del derecho. Por ende, el nuevo paradigma constitucional y la forma de concebir el derecho, plantea una forma de toma de decisiones y solucionar los conflictos en el derecho administrativo. Además, plantea la necesidad de mirar que tanto debería ajustarse la teoría del acto

administrativo que ha sido construcción teórica que respondió a un marco teórico social distinto al actual, el cual necesariamente implica hacer una construcción teórica en clave hermenéutica.

## II. LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL Y EL ACTO ADMINISTRATIVO.

Se pretende mostrar el origen, finalidad y formas de la interpretación constitucional y relacionarla un poco con el acto administrativo (concebido como decisión). Por ello, la finalidad de esta parte es mostrar la manera de como se ha dado una constitucionalización de la teoría del acto administrativo a partir de las líneas jurisprudenciales trazadas al interior del Consejo de Estado.

La hermenéutica Constitucional es una disciplina moderna; sin embargo, no se desconoce que, desde que se conocieron en la historia, las constituciones democráticas, se comenzó a hablar de la interpretación de los textos constitucionales. De ejemplo tenemos el caso *Marbury vs. Madison* en donde el juez Marshall de los Estados Unidos aplicó directamente la constitución, este tipo de control de la normatividad de rango legal a la luz de la constitución, se conoce como *el control difuso de constitucionalidad* (Barrero, 2014).

Por otra parte en Europa, debido al auge de la teoría pura de Kelsen, se crean los tribunales constitucionales, tal es el caso de Austria, quien fue el primer país Europeo en tener un Tribunal Constitucional. Los tribunales constitucionales se les encomendaron la labor de estudiar la constitucionalidad abstracta de las leyes y el juicio se hace sobre la ley que se considera que no está conforme con el texto constitucional. Este tipo de control se ha denominado por la teoría constitucional como *control concentrado*.

La interpretación Constitucional en el escenario jurídico aparece bajo la figura del control Constitucional y este espacio tomó fuerza desde que el constitucionalismo de occidente concibió que los textos de las constituciones realmente tenían un valor normativo y no simples aspiraciones programáticas y políticas, de manera que el interpretar los textos constitucionales como labor creadora de derecho tomó preponderancia en la construcción del constitucionalismo moderno (García, 1998).

Bajo ese postulado, se puede identificar por lo menos dos paradigmas en cuanto al control Constitucional como anteriormente se mencionó; por un lado, el paradigma norteamericano, se plantea lo que se conoce constitucionalmente

como el control difuso (fundamentalmente este ha sido el modelo utilizado por el Consejo de Estado, cuando en juicios ordinarios de intereses particulares se ha hecho uso de la cláusula de *excepción de constitucionalidad* y se ha dejado de aplicar una norma al caso en concreto por considerarla que es inconstitucional frente a dicha situación.

Por el otro lado, el paradigma Kelseniano, plantea la necesidad de que, en el ordenamiento jurídico exista un tribunal especial, para que tenga a su cargo la labor de guardián de la Constitución, y ejercer el control Constitucional de las leyes.

Haciendo una aproximación sobre un concepto de lo que es la interpretación Constitucional, se puede afirmar que es aquella labor realizada por los Jueces y Magistrados encargados de desentrañar los alcances y límites contenidos en las distintas tipologías de normas contenidas en el Texto Constitucional.

A manera de concepto de la interpretación constitucional, el profesor Vigo (2004) ha dicho:

Tiene, en principio, un doble objeto posible: o bien se procura con ella fijar el sentido de una norma constitucional; o bien interesa para fijar el sentido de una norma o de un comportamiento en relación a la constitución (p.85).

Gadamer (2002) ha dicho:

La interpretación constitucional no es un acto complementario a la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar y, en consecuencia, la interpretación es la forma explícita de la comprensión (p.383).

La interpretación Constitucional reviste ciertas características propias que la hacen diferente de la interpretación jurídica. Mientras que en la interpretación jurídica se plantea la discusión acerca de los métodos para la interpretación de la ley, e indagar sobre los fines y consecuencias de esta, y asumiendo que la ley trae un supuesto jurídico abstracto, y lo que busca el intérprete es saber, si ese supuesto jurídico se da al caso concreto que está juzgando.

La interpretación constitucional va mucho más allá, el intérprete constitucional identifica si cierta norma constitucional es un principio, un valor, un derecho fundamental, o una norma orgánica. Muchas de las normas constitucionales son como lo diría Herbert Hart “normas de textura abierta” (1963).

Otra característica propia de esta, es que la interpretación de la constitución es hasta cierto punto un acto político, toda vez que la constitución es la manifestación política del constituyente primario de un Estado, y por ende al efectuar el intérprete su labor está fijando el alcance de lo que el constituyente dijo. Esta última característica encierran un viejo debate pero que no pierde actualidad y es sobre la legitimidad de quien interpreta el texto constitucional, sus dos máximos exponentes son por un lado Hans Kelsen, quien defiende la idea que quien debe interpretar el texto constitucional debe ser un Tribunal Constitucional; y, por otro lado, su contradictor Carl Schmitt, quien afirma que el legitimado para decir que es la constitución es el fúher (haciendo referencia al jefe del poder ejecutivo del Estado) (Herrera, 1992).

Ciertamente, en la interpretación Constitucional se utiliza los métodos tradicionales de la interpretación jurídica, sin embargo, tiene ciertas técnicas de interpretación que se aplican cuando se está interpretando los textos constitucionales. Se puede mencionar como ejemplo de estas técnicas los llamados test de proporcionalidad, de razonabilidad, de igualdad y test de armonización concreta.

En el desarrollo de la labor de la interpretación constitucional, por parte de los Tribunales Constitucionales, el tema del precedente constitucional como sub norma Constitucional, se ha convertido si pudiera decir así, en otra característica de la interpretación constitucional. Esta tendencia del precedente, que ha sido traída de sistemas de derecho común, como el anglosajón, se ha fundamentado en el sistema jurídico euro continentales, bajo los supuestos de igualdad, y seguridad jurídica. Bajo esta tendencia, los Tribunales Constitucionales crean normas Constitucionales, partiendo de la interpretación de los textos Constitucionales. Para la muestra, se puede mencionar la creación jurisprudencial del derecho fundamental al mínimo vital<sup>3</sup>. Para todos, es claro que este derecho, no existe como derecho fundamental en la Constitución Política, pero que por la interpretación de algunos derechos fundamentales se infiere que este es un derecho inherente a la condición humana.

La interpretación constitucional, que a principio del siglo pasado se realizó fundamentalmente bajo los criterios de que las normas constitucionales eran estructurales y orgánicas, es decir, el complejo de la normatividad constitucional se refería ya sea al tipo de Estado, estructura del mismo y otras normas que se referían al funcionamiento del estado, esta interpretación constitucional se dio en gran medida bajo la figura del control constitucional de las leyes. Pero después de la segunda

<sup>3</sup> Sobre el concepto del derecho fundamental al Mínimo Vital se pueden ver entre otras sentencias las siguientes: Corte Constitucional, sentencias, T-426/92 T-1001/99, T-1006/99, T-306/00, T-528/01, T-162/04, T-620/07

guerra mundial, con la expedición de la ley fundamental de Bonn se pone en el escenario jurídico de que las constituciones modernas comienza a reconocer en sus normas los derechos fundamentales, y además que estos derechos fundamentales tenían que ser respetados y exigidos aun por el propio Estado (Atienza, 2010).

Este nuevo discurso de los derechos fundamentales, en el plano de la interpretación constitucional causó un gran cambio. A partir de ese cambio, la labor de los Tribunales Constitucionales y de las altas Cortes en el mundo, comenzaron a tener una actividad más dinámica en la solución de los conflictos de los ciudadanos. Y así, el papel que juegan de ahí en adelante en la construcción del derecho es más protagónico.

Habiendo aclarado la dinámica de la interpretación constitucional, resulta mirar, como la justiciabilidad del acto administrativo implica, en el nuevo contexto normativo, un ejercicio de interpretación constitucional para los operadores judiciales del derecho administrativo.

En cuanto a los jueces administrativos se resalta el hecho de que el Consejo de Estado, como cabeza de la jurisdicción contenciosa administrativa, en reiterada jurisprudencia, entendió que su labor de intérprete constitucional, obedecía simplemente a un control difuso, es decir, que acorde a lo que establece la constitución política de Colombia sobre el particular en el artículo 237, el Consejo de Estado examinaría la constitucionalidad de los actos administrativos expedidos por el gobierno nacional, y de contera asimilando este examen al juicio de legalidad de los actos administrativos de carácter general. Obviamente esta labor le corresponde no solo al Consejo de Estado, sino a todos los jueces de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando ponen bajo su conocimiento la pretensión de nulidad de un acto administrativo de carácter general, que no está acorde a los postulados constitucionales.

Sin embargo, el Consejo de Estado tiene una facultad excepcional para adelantar juicios de constitucionalidad, haciendo las veces de tribunal constitucional, y esta situación se presenta solo y exclusivamente con el examen de constitucionalidad a través del llamado medio de control de nulidad por inconstitucionalidad. En este caso el Consejo de Estado solo ha actuado como tribunal constitucional cuando ha estudiado la constitucionalidad de las normas del decreto 1421 de 1993.

A raíz de las anteriores funciones que son totalmente diferentes, en la jurisprudencia se ha creado una confusión con respecto a la acción adecuada al utilizar para presentar una nulidad por inconstitucionalidad en uno u otro sentido.

Esta situación sigue un poco confusa con el nuevo código contencioso administrativo. En todo caso, el Consejo de Estado en ejercicio de sus funciones, ha utilizado los dos modelos de control de constitucionalidad frente a actos administrativos. En algunas oportunidades en demandas ordinarias de nulidad simple o nulidad y restablecimiento del derecho a hecho uso de la excepción de inconstitucionalidad, y otras veces ha actuado como tribunal constitucional bajo la figura de la nulidad por inconstitucionalidad.

### **III. LÍNEAS JURISPRUDENCIALES DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO.**

En este apartado se evidencia como la jurisprudencia del Consejo de Estado, pese a no tocar y hacer referencia a una reconfiguración de los elementos de la llamada teoría del acto administrativo, si muestran una variación o más bien una conceptualización de los elementos de validez del acto administrativo, como la llamada voluntad, el objeto y el fin, al darle contenido y definirle alcances y límites relacionados con la interpretación y aplicación del texto constitucional en la toma de decisiones administrativas. En virtud de lo anterior, dicha constitucionalización, puede predicarse desde dos aspectos: El primero: relacionado con el proceso de la formación de la voluntad administrativa, en la cual en un Estado Social y democrático de derecho, la voluntad administrativa debe reconocer la participación de los ciudadanos en los asuntos que la administración pública pretende regular, a fin de lograr principios constitucionales como el bienestar general, la participación y el pluralismo. El segundo aspecto: Este está relacionado con la toma de la decisión como un acto de conocimiento, en el cual es imperativo del funcionario administrativo hacer una labor interpretativa de principios constitucionales que muchas veces entran en colisión al tomar una decisión administrativa.

#### **III-i La teoría del acto administrativo asumida en Colombia.**

El acto administrativo ha sido entendido por la doctrina colombiana, como la manifestación unilateral de la voluntad de la administración, en ejercicio de la función administrativa, encaminada a producir efectos jurídicos (Mojica, 2012).

Esta institución dogmática ha sido desarrollada eminentemente bajo la idea de ser una especie de acto jurídico, esta surge de los estudios de teóricos alemanes quienes por primera vez ubicaron el estudio del acto administrativo a partir de la idea del acto jurídico (Gallego, 2001).

La idea de entender el acto administrativo como acto jurídico, sirvió para

clasificar los elementos que componen dicha institución. Así se pudo establecer unos elementos relacionados con su existencia, con su validez y otros relacionados con su eficacia o ejecutoriedad. Según Berrocal (2009):

Los elementos relacionados con la existencia se encuentran el sujeto, la voluntad administrativa y el objeto o contenido; los elementos relacionados con la validez de son: Competencia, las formalidades o procedimiento, y el fin legítimo; y los requisitos atinentes a la eficacia son la publicación o comunicación del acto (p.77).

En los juicios contenciosos administrativos que se adelantan contra decisiones de la administración pública, siempre se pretende indagar si se está en presencia de un acto administrativo, esto es, que contenga los elementos que lo definen como tal, y a su vez, si dicho acto es válido conforme a las reglas de derecho en que debe sustentarse. En este sentido, se estudia los elementos de validez del acto administrativo. Pero los elementos de validez de los actos administrativos por si solos no dictan la conformidad con la constitución de la decisión administrativa, le corresponde al interprete, ya sea el funcionario administrativo que participa en la formación del acto administrativo o lo expidió; o también al juez contencioso administrativo cuando estudia su legalidad, darle o buscarle un contenido conforme a la Constitución Política, a esos elementos tan indeterminado muchas veces como lo son *la voluntad administrativa, el objeto y el fin del acto administrativo*.

La situación anterior, nos muestra la puerta por donde se ha dado lo que aquí llamamos *la constitucionalización de la teoría del acto administrativo*, y como hoy en la actividad administrativa se convierte en un principio orientador.

Como se mencionó al principio de este análisis uno de los aspectos que evidencia la constitucionalización de la teoría del acto administrativo es el relacionado con el proceso de la formación de la voluntad administrativa. Varias normas de la Constitución Política de Colombia hacen referencia a la participación ciudadana previa a la expedición de actos administrativos en temas como ordenamiento territorial, medio ambiente y asuntos laborales; inclusive normas internacionales como el convenio 169 de la O.I.T. ratificado por Colombia, hace imperativo las consultas previas a las comunidades indígenas o afrocolombianas frente a decisiones administrativas. Estos ajustes normativos de participación son desarrollo de los principios constitucionales de participación ciudadana, pluralismos y democracia participativa que pretenden irradiar no solo el proceso de formación de la ley y los tradicionales mecanismos de participación ciudadana contemplados en la ley 136 de 1994 y sus modificaciones, sino que

también el principio de democracia participativa se concrete en toda actuación administrativa.

La corte constitucional dio bases para ir desarrollando la idea de que la voluntad administrativa en determinadas circunstancias requiere la participación y concertación de las comunidades, tan es así que ha considerado como derecho fundamental de las comunidades étnicas las consultas previas, así lo ha ratificado en sentencias SU-039 de 1997, T-376 de 2012 y T-576 de 2014.

De lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha entendido el hecho de la participación ciudadana en el proceso de formación de la voluntad administrativa como un requisito del debido proceso, mas no lo ha entendido como una negación al hecho de que la voluntad de la administración siempre tiene que ser unilateral, ya que esto es característica esencial del concepto de acto administrativo, tal como se muestra en la siguiente tabla.

*Tabla 1.*

Línea jurisprudencial sobre el proceso administrativo y actos administrativos consensuales.

<b>Línea jurisprudencial No. 1.</b>	<b>Tema:</b>	<b>Tesis:</b>
SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 2014 CONSEJO DE ESTADO, Sala contencioso administrativo, Sección Primera, C.P. Guillermo Vargas Ayala. Rad. 2012-00078	Proceso Administrativo, actos administrativos consensuales.	La decisión vinculante proferida por la autoridad competente, viene a ser fruto del acuerdo previamente celebrado con quienes tienen la vocación de convertirse en sus futuros destinatarios. A dicho concierto de voluntades se llega como resultado de la aplicación de un procedimiento administrativo ordinariamente reglado, en el cual la participación ciudadana es un requisito forzoso e insoslayable.
Sentencias que reiteran la línea: • Sentencias abril 07 de 2014, sección primera, C.P. Guillermo Vargas Ayala, Rad. 2013-00055	SINTESIS: “...Según esa concepción tradicional, la unilateralidad de la voluntad de la administración, se muestra como un elemento esencial de todo acto administrativo, bajo la premisa de que la concurrencia de voluntades para el establecimiento de una relación jurídica de derecho público, sólo es exigible y tiene cabida cuando se trata de la celebración de contratos o convenios estatales.	

No obstante lo anterior, en el curso de los últimos tiempos ha irrumpido en el campo del derecho administrativo la figura de los “actos consensuados o consensuales”, como una nueva modalidad de decisiones administrativas, en cuyo proceso de formación y perfeccionamiento debe cumplirse una fase previa de discusión y de consenso entre la autoridad administrativa y el administrado, sin que por ese hecho los acuerdos alcanzados puedan tildarse de contratos o convenios.

Bajo las modernas concepciones inherentes al Estado social y democrático de derecho, se ha venido aceptando que esas relaciones jurídicas de derecho público también pueden dimanar de la aplicación de procedimientos consensuales a través de los cuales se concreta el derecho de los ciudadanos a participar en el proceso de adopción de las decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses particulares o colectivos. Desde esa perspectiva, el procedimiento consensuado se constituye en un mecanismo articulador de la participación ciudadana y en un instrumento orientado a la ponderación de derechos e intereses, a partir de la celebración de consensos sobre la configuración normativa que deben tener las decisiones de la administración.

Como su propio nombre lo indica, en esta modalidad de actos administrativos, la decisión vinculante proferida por la autoridad competente, viene a ser fruto del acuerdo previamente celebrado con quienes tienen la vocación de convertirse en sus futuros destinatarios. A dicho concierto de voluntades se llega como resultado de la aplicación de un procedimiento administrativo ordinariamente reglado, en el cual la participación ciudadana es un requisito forzoso e insoslayable. Dicha participación se concreta ya sea mediante la simple emisión de conceptos u opiniones por parte de los administrados o la celebración de verdaderos acuerdos en torno al contenido dispositivo de las decisiones que se deben adoptar. En todo caso, es importante destacar que el acuerdo celebrado no produce en sí mismo y de manera directa e inmediata un efecto vinculante para las partes, pues su carácter ejecutorio se encuentra supeditado, en primer término, a la expedición de un acto administrativo que concrete y formalice la decisión acordada y, en segundo lugar, al consecuente cumplimiento de los respectivos trámites de publicación y/o notificación.

En otras palabras, tales acuerdos no son en sí mismos la decisión administrativa ni la sustituyen, pues en estricto sentido se trata de unos actos meramente preparatorios que están llamados a predeterminar en todo o en parte el sentido de las decisiones que se deben dictar. Por esa razón el acuerdo de voluntades celebrado no pasa de ser más que un antecedente de la decisión administrativa.

---

Es importante añadir que si bien los actos administrativos consensuales nacen de la aplicación de esos procedimientos participativos, nada obsta para que en determinadas circunstancias las autoridades competentes permitan la intervención de los particulares en aquellos procedimientos en los cuales ella no es obligatoria. Con todo, no puede soslayarse que en el primero de los casos, la participación de los administrados se encuentra estrecha y directamente asociada al concepto de “debido proceso administrativo”, cuya pretermisión o inobservancia puede llegar a comprometer la legalidad de la decisión resultante y afectar los derechos fundamentales de los interesados o afectados. Tratándose de procedimientos en los cuales la participación ciudadana es meramente optativa o facultativa, el hecho de no abrir esos espacios de participación no tiene ninguna incidencia en la legalidad de la decisión administrativa resultante (Sentencia del 10 de abril de 2014, Consejo de Estado, Sala Contencioso administrativa, sección primera, C.P. Guillermo Vargas Ayala. Rad. 2012- 00078)

---

Fuente: Elaboración del autor.

El otro aspecto que evidencia la influencia de los canones constitucionales a la llamada teoría del acto administrativo es el relacionado con la toma de la decisión como un acto de conocimiento. Sobre este particular, se pretende significar como en el ejercicio de control de legalidad de los actos administrativos por parte del Consejo de Estado se hace un examen de la decisión administrativa frente a la conformidad o no con los textos constitucionales. En otras palabras, la jurisprudencia analizada muestra la importancia de que la decisión administrativa esté fundamentada en principios constitucionales, lo que obliga al funcionario administrativo a asumir una postura interpretativa constitucional.

La jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de anulación de actos administrativos por inconstitucionalidad, desde el año 1994. Para esta labor, se tomará la clasificación que sobre este tema hizo la relatoría del Consejo de Estado, la cual suministró a la presente investigación. La finalidad es, de dejar claro como el Consejo de Estado en distintos momentos ha entendido su labor frente al control de constitucionalidad de los actos administrativos. Por ende esto dará indicios de que esta corporación en esa labor de judicialización de los actos administrativos ha utilizado técnicas argumentativas e interpretativas, diferente a la simple subsunción o lógica silogística, dado que los problemas jurídicos que se han planteado la mayoría de las veces, ha sido conflicto entre normas “principios”, dinámica que fortalece la hipótesis explicativa de que la constitucionalización del derecho administrativo se ha dado más allá de las reformas legislativas al Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo CPACA, y se han manifestado en la dogmática del acto administrativo, lo que evidencia el comportamiento de los

operadores jurídicos frente a los conflictos que plantean la judicialización de los actos administrativos y la asimilación de su concepción teórica.

Para mayor claridad sobre este aspecto, Identifiquemos algunas líneas jurisprudenciales que para efectos de este estudio solo se miraran desde el año 1994, ya que desde esta fecha, fueron los registros que suministró la relatoría del Consejo de Estado, asuntos constitucionales .

Tabla 2.

El control de constitucionalidad sobre los actos administrativos.

<b>Línea jurisprudencial No. 1.</b>	<b>Tema:</b>	<b>Tesis:</b>
Sentencia del 04 de marzo de 2003, Consejo de Estado, Sala plena, C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola. Rad. IJ-030.	El control de constitucionalidad sobre los actos administrativos	El control de constitucionalidad que se hace a los actos administrativos por parte del Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y jueces administrativos, es difuso.
<p>Sentencias que reiteran la línea:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Sentencias marzo 19 de 1996, Sección Quinta, C.P. Alejandro Bula Ordosgoitia, Rad. 1122-1123;</li> <li>• Sentencia del 25 de noviembre de 1997, sala plena, C.P. Mario Alirio Méndez, Rad. S-746-IJ;</li> <li>• Sentencia del 09 de octubre de 2008, sección segunda, C.P. Jesús María Lemos, Rad. 1017-04.</li> </ul>	<p>SINTESIS: “...El ordenamiento jurídico colombiano ha instituido un control difuso de constitucionalidad, en donde la Corte Constitucional ejerce, entre otros, el control sobre las leyes “_ tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación_”, en “los estrictos y precisos términos” que establece la Constitución, mientras que el Consejo de Estado tiene la cláusula general de competencia para el control de constitucionalidad de los decretos que expida el gobierno, exceptuados los casos en los que la Constitución asigna dicho control a la Corte Constitucional, como sucede, a manera de ejemplo, con “los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución”, o con los decretos con fuerza de ley. El Consejo de Estado, a la luz de las antiguas normas constitucionales y muchas décadas antes de que naciera la Corte Constitucional, ejercía las funciones de juez constitucional, de una parte, en forma indirecta, al poder referir el control de legalidad de los actos administrativos producidos por las autoridades de los distintos niveles de la administración pública en último grado a las normas de la Constitución Política, ya que el acto controlado debía respetar las normas de superior jerarquía; de otra parte, en forma directa, cuando se trataba de reglamentos constitucionales que, para efectos de su control, tenían como punto de referencia la Constitución Política, o en aquellos casos en los que el juez administrativo aplicaba la excepción de inconstitucionalidad como mecanismo de control que permitía hacer prevalecer la Constitución.</p>	

La Constitución Política de 1991 fortaleció el papel del Consejo de Estado como órgano de control de la actividad estatal no solamente en el campo del tradicional y clásico control de legalidad sino también en materia de control de constitucionalidad, ya que además de las competencias de que gozaba de acuerdo con las normas de la Constitución anterior, las cuales se conservan, hoy cuenta con nuevas competencias de naturaleza constitucional. Se observa, de acuerdo con las normas que vienen de citarse (artículo 237.2 C.P.; artículo 37.9 Ley 270 de 1996; artículo 33.7 Ley 446 de 1998), que en materia de control de constitucionalidad el Consejo de Estado tiene una cláusula general de competencia en relación con los decretos que el gobierno expida en el cumplimiento de los cometidos estatales, mientras que la Corte Constitucional tiene en la misma materia una competencia de excepción. Además de la acción de nulidad por inconstitucionalidad contra los decretos del Gobierno Nacional así como de la acción de simple nulidad, en donde se plantean, por regla general, problemas directos de legalidad, sin que ello excluya confrontaciones directas con la norma constitucional, existen otros casos en los que el juez administrativo interpreta y aplica las normas constitucionales, como sucede en las acciones de pérdida de investidura, de tutela y populares y de grupo. Puede concluirse, entonces, que el derecho colombiano consagra un sistema de control difuso de constitucionalidad, en donde el Consejo de Estado como tribunal supremo de lo contencioso administrativo tiene un papel en el control de constitucionalidad así como unas competencias plenamente autónomas, cuyo ejercicio no es susceptible de control ulterior por órgano estatal alguno (Sentencia del 04 de marzo de 2003, Consejo de Estado, Sala plena, C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola. Rad. IJ-030)

Fuente: Elaboración del autor.

*Tabla 3.*

El control de constitucionalidad sobre los actos administrativos.

<b>Línea jurisprudencial No. 2.</b>	<b>Tema:</b>	<b>Tesis:</b>
Sentencia del 2 de julio de 1996, Sala Plena, C.P. Guillermo Vargas Ayala, Rad. S-612	El control de constitucionalidad sobre los actos administrativos.	La acción de nulidad es adecuada para realizar un examen de constitucionalidad de los actos administrativos que se demanden por transgredir de manera directa la constitución.

<p>Sentencias que reiteran la línea:</p>	<p>SINTESIS: “El control jurisdiccional sobre estos decretos de índole eminentemente administrativa, se ejerce mediante la “acción de nulidad”, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., por motivos tanto de inconstitucionalidad como de ilegalidad. En ese orden de ideas, y por exclusión, las “acciones de nulidad” atribuidas a la Sala Plena del Consejo de Estado por el numeral segundo del artículo 237 de la Constitución, son aquéllas cuya conformidad con el ordenamiento jurídico se establece mediante su confrontación directa con la Constitución Política. En cualquier otro caso, en la medida en que el parangón deba realizarse en forma inmediata frente o a través de normas de rango meramente legal, así pueda predicarse una posible inconstitucionalidad, que será mediata, la vía para el control no puede ser otra que la acción de nulidad que por antonomasia es propia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (Sentencia del 2 de julio de 1996, Sala Plena, C.P. Guillermo Vargas Ayala, Rad. S-612.)</p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sentencia del 14 de julio de 1995, Sección Primera, C.P. Libardo Rodríguez, Rad. 2680-3051.;</li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sentencia del 09 de octubre de 2008, Sección Segunda, C.P. Jesús María Lemos Bustamante, Rad. 1017-04.</li> </ul>	

Fuente: Elaboración del autor.

Tabla 4.

La excepción de Inconstitucionalidad

<b>Línea jurisprudencial No. 3.</b>	<b>Tema:</b>	<b>Tesis:</b>
<p>Sentencia del 14 de diciembre de 2006, Consejo de Estado, sección quinta, C.P. Darío Quiñonez, Rad. 3975-4032.</p>	<p>El control de constitucionalidad sobre los actos administrativos – sub-tema: La excepción de Inconstitucionalidad.</p>	<p>La excepción de inconstitucionalidad la pueden aplicar las autoridades administrativas.</p>
<p>Sentencias que reiteran la línea:</p>	<p>SINTESIS: “En efecto, el fundamento de la llamada excepción de inconstitucionalidad, se encuentra en el artículo 4° de la Carta Política, y se le califica como control de constitucionalidad concreto porque carece de la nota de generalidad que es propia del control en abstracto, puesto que la definición acerca de si existe o no incompatibilidad entre la norma inferior y las constitucionales debe producirse en el caso específico, singular, concreto, y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese marco jurídico preciso. Se habla, por tanto, en este caso de un efecto inter partes, o circunscrito a quienes tienen interés en el caso. De manera que cualquier autoridad a quien le corresponda aplicar una norma no sólo está legitimada, sino obligada, a abstenerse de hacerlo cuando la encuentra incompatible con la Constitución Política, de modo que de no aplicar en ese evento la excepción de inconstitucionalidad su actuación constituiría una vía de hecho y perdería su validez. En síntesis, la excepción de inconstitucionalidad constituye una excepcional figura de control de constitucionalidad que, en términos del artículo 4° de la Constitución Política, impone a los funcionarios encargados de aplicar una determinada norma jurídica el deber de inaplicarla en una situación concreta, con efectos sólo respecto de dicha situación, cuando quiera que razonablemente y en términos objetivos advierta que entre dicha norma y la Constitución Política existe incompatibilidad”. (Sentencia del 14 de diciembre de 2006, Consejo de Estado, sección quinta, C.P. Darío Quiñonez, Rad. 3975-4032.)</p>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• sentencia del 01 de noviembre de 2007, sección primera, C.P. Rafael Ostau de la Font Pianeta, Rad. 00004.</li> </ul>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>• sentencia del 10 de octubre de 2006, Sala Plena, C.P. Darío Quiñonez, Rad. I J – 01176.</li> </ul>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sentencia del 26 de enero de 2012, Sección Cuarta, C.P. William Giraldo Giraldo, Rad. 17651</li> </ul>		

Fuente: Elaboración del autor.

Tabla 5.

Control de Constitucionalidad del decreto 1421 de 1993

<b>Línea jurisprudencial No. 4.</b>	<b>Tema:</b>	<b>Tesis:</b>
Sentencia del 27 de mayo de 1994, Consejo de Estado, sección primera, C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez, Rad. 2680.	Control de Constitucionalidad del decreto 1421 de 1993 (Estatuto Orgánico de Bogotá D.C.)	Corresponde al Consejo de Estado el examen de Constitucionalidad de este decreto, y por ende ejercer funciones de Tribunal Constitucional.
<p>Sentencias que reiteran la línea</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Sentencia de 27 de enero de 1995, sección cuarta, C.P. Consuelo Sarria Olcos, Rad. 5194;</li> <li>• Sentencia de 31 de marzo de 1998, Sala Plena, C.P. Miren de la Lombana de Magyaroff, Rad. A I -027;</li> <li>• Sentencia del 25 de mayo de 2004, Sala Plena, C.P. Olga Ines Navarrete Barreiro, Rad. A I - 0270</li> </ul>	<p>SINTESES: “El decreto acusado expedido con fundamento en el artículo transitorio 41 de la Constitución y “por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá”, tiene la categoría de ley por cuanto corresponde al ejercicio de una facultad excepcionalmente conferida por la Carta al Gobierno pero cuyo ejercicio corresponde normalmente al Congreso como legislador. Desde el punto de vista material y jerárquico, el decreto analizado constituye un acto de naturaleza legislativa. Sin embargo, esta primera conclusión no implica que el control de constitucionalidad del citado decreto corresponda a la Corte Constitucional y no al Consejo de Estado. No existe una cláusula general de competencia en materia de control de constitucionalidad en cabeza de un órgano judicial determinado. En ese sentido, la Constitución ha preferido realizar el reparto de competencias en esa materia sobre la base de los actos específicos sometidos al control, con el fin de ser consecuente con el sistema de control difuso, y para ello ha acudido de manera preferente, tanto en el régimen anterior como en el actual, al criterio orgánico o formal, que permite una aplicación más sencilla y práctica y, en consecuencia, contribuye a evitar conflictos de competencia o de jurisdicción. Como prueba de que la competencia respecto de las leyes está basada en el criterio orgánico o formal y no en el material o jerárquico, los numerales 5 y 7 del artículo 241 se refieren al control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional de algunos decretos específicos del Gobierno, con fuerza de ley o legislativos, como son concretamente los dictados con fundamento en los artículos 150 numeral 10, 314, 212, 213 y 215 de la Constitución. Además, algunas normas transitorias de la Carta, como los artículos transitorios 5, 6 y 10 consagran igualmente y de manera expresa la competencia de la Corte Constitucional para conocer de la constitucionalidad de los decretos a que ellos hacen referencia. Para efectos del control de constitucionalidad del Decreto 1421 de 1993, no se aplica el criterio material sino el formal u orgánico, por mandato expreso de la Constitución Política, ya que esta no atribuye su control a la Corte Constitucional, quedando sometido, en consecuencia, a la cláusula general de competencia o competencia residual del Consejo de Estado, prevista en el artículo 237-2 de la citada Constitución”. (Sentencia del 27 de mayo de 1994, Consejo de Estado, sección primera, C.P. Libardo Rodríguez, Rad. 2680.)</p>	

Fuente: Elaboración del autor.

La anterior muestra de la jurisprudencia del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, da luces a pesar de que dicha Corporación se ha pronunciado sobre la Constitucionalidad de actos administrativos, y además de la posibilidad de que las Autoridades Administrativas puedan apelar a la excepción de inconstitucionalidad, pero no da la técnica o herramienta, para justificar las motivaciones necesarias para hacer valer los textos constitucionales en la expedición de los actos administrativos.

Al interpretar la anterior muestra del comportamiento de la jurisprudencia del Consejo de Estado, puede afirmarse sin rayar en los límites de la especulación, que en materia de judiciabilidad de los actos administrativos, el máximo juez de lo contencioso administrativo ha implementado o adoptado una lógica argumentativa típica de las técnicas de la interpretación constitucional, y característica clara del nuevo paradigma neoconstitucional, sin que necesariamente se haya planteado o afirmado que la construcción teórica del acto administrativo en cuanto a sus elementos y atributos sea desfasada o no esté acorde con la nueva dinámica neoconstitucional.

Otra idea que se puede plantear de la observación de las anteriores líneas jurisprudenciales es, que el examen de constitucionalidad de los actos administrativos no implica per se, una reconfiguración de la teoría del acto administrativo, o por lo menos, al no estar clara esa preocupación siquiera de paso en las sentencias analizadas, se pueda presentar que pese al cambio de paradigma la teoría del acto administrativo de otrora, continúe enseñándose sin dar cuenta de estas perplejidades que plantea.

## CONCLUSIONES

La Constitucionalización del derecho ha sido un proceso que se ha asumido como un cambio de paradigma en las distintas ramas del derecho, dicho cambio de paradigma se ha observado que ha estado determinado por dos modelos: a) el que se hace a través de transformaciones legales y fallos judiciales paradigmáticos, este modelo podría identificarse como positivo; y el otro, b) el que se hace a través de la interpretación, el cual determina una reconfiguración en las estructuras dogmáticas del ordenamiento jurídico, este modelo se puede llamar hermenéutico.

El primer modelo es más fácil de identificar y en cierta medida es el más usado, ya que en su mayor proporción, la Constitucionalización del derecho en Colombia se ha dado por reformas legales en los distintos ordenamientos e instituciones jurídicas. Esta tendencia como se mostró anteriormente, es palpable con las modificaciones en el sistema general ambiental (ley 99 de 1993); al régimen de contratación estatal (ley 80, 1993); al régimen de prestación de los servicios públicos domiciliarios (ley 142 y 143, 1994) al régimen de ordenamiento territorial (ley 388, 1997); la modificación estructural a la administración pública (ley 489, 1998) y recientemente con la expedición de la ley 1437 de 2011, Nuevo Código Contencioso Administrativo, se quiso poner a tono la disciplina del derecho administrativo, con el ideario constitucional, en el sentido de generar participación ciudadana para la concertación previa de la voluntad administrativa.

Igualmente, algunos fallos paradigmáticos de las altas cortes, en especial la Corte Constitucional, ha determinado un cambio paradigmático en instituciones del derecho, ejemplo de ello, son las sentencias que la Corte Constitucional ha expedido relacionadas con instituciones jurídicas como el Matrimonio<sup>4</sup>. En dicha institución su regulación ha cambiado (pese a que algunas entidades estatales se resisten al cambio), ya que esos fallos obligan el cambio.

En cuanto al segundo modelo, este ha sido dado en menor proporción, tal como se mostró con la teoría del Acto Administrativo, ya que este en la muestra obtenida solo se pudo dar cuenta del cambio de paradigma interpretativo y la transformación de la noción solo a la hora de juzgar la legalidad de los actos administrativo, pero en dichos fallos no se indicó ni se estableció por parte del máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa, que la teoría del acto administrativo implicara en su contenido un ajuste al nuevo ideario constitucional. Esta situación observada podría darnos a entender de que la alta corporación aun persista en concebir una noción clásica del acto administrativo y su teoría bajo postulados que

<sup>4</sup> Sobre el matrimonio resulta paradigmática la sentencia de la Corte Constitucional, C-577 de 2011.

no necesariamente estén acorde con los dictados constitucionales, pero que a la hora de realizar su examen de legalidad implica un nuevo paradigma para determinar su ajuste al canon constitucional.

Debido a que la muestra obtenida solo fue de la jurisprudencia, para delimitar la investigación realizada, solo pudimos dar cuenta del cambio solo cuando los actos administrativo son demandados, pero queda aún un campo por explorar y determinar cómo la administración pública, y en especial, los funcionarios que deciden situaciones mediante actos administrativos han asimilado la constitucionalización de la teoría del acto administrativo, y si desde este otro punto de vista de mirar el problema nos indique si en efecto hay una constitucionalización de la teoría del acto administrativo, o por el contrario lo que hay es una técnica hermenéutica de resolver los problemas que implica la manifestación de la voluntad de la administración a través de estos actos.

## Referencias Bibliográficas

- Arévalo, G. (2007) *Derechos Fundamentales y Autonomía Contractual en Colombia*. Medellín: Ediciones Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Atienza, M. (2010) *Constitucionalismo, globalización y derecho*. En Carbonell, M. & García, L. (Editor). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta.
- Barrero, J. (2014). *Jurisprudencia constitucional: Precedentes judiciales de la humanidad casos y materiales*. Bogotá: Legis.
- Bernal, C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Berrocal, L. (2009) *Manual del acto administrativo*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Congreso de Colombia. (18 de enero de 2011) *Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo [Ley 1437 de 2011]*. DO: 47.956.
- Consejo de Estado, Sala plena (04 de marzo de 2003) Sentencia Rad. IJ-030. C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola.
- Consejo de Estado. Sala Plena (10 de octubre de 2006). Sentencia I J – 01176. C.P. Darío Quiñonez, Rad.
- Consejo de Estado. Sala Plena. (2 de julio de 1996). Sentencia Rad. S-612. C.P. Guillermo Vargas Ayala.
- Consejo de Estado. Sala Plena. (25 de mayo de 2004). Sentencia Rad. A I – 0270. C.P. Olga Ines Navarrete Barrero.
- Consejo de Estado. Sala plena. (25 de noviembre de 1997). Sentencia Rad. S-746- C.P. Mario Alirio Méndez.
- Consejo de Estado. Sala Plena. (31 de marzo de 1998). Sentencia Rad. A I -027. C.P. Miren de la Lombana de Magyaroff,
- Consejo de Estado. Sección Cuarta. (26 de enero de 2012). Sentencia Rad. 17651. C.P. William Giraldo Giraldo.
- Consejo de Estado. Sección cuarta. (27 de enero de 1995). Sentencia de Rad. 5194 C.P. Consuelo Sarria Olcos.

- Consejo de Estado. Sección primera. (1 de noviembre de 2007). Sentencia Rad. 00004. C.P. Rafael Ostau de la Font Pianeta.
- Consejo de estado. Sección Primera. (14 de julio de 1995) Sentencia Rad. 2680-3051. C.P. Libardo Rodríguez.
- Consejo de Estado. Sección quinta. (14 de diciembre de 2006). Sentencia Rad. 3975-4032. C.P. Darío Quiñonez.
- Consejo de Estado. Sección Quinta. (19 de marzo de 1996) Sentencias Rad. 1122-1123. C.P. Alejandro Bula Ordosgoitia.
- Consejo de Estado. Sección segunda. (9 de octubre de 2008). Sentencia del , C.P. Jesús María Lemos, Rad. 1017-04.
- Gadamer, H. (2002). *Verdad y Método*. Salamanca: Editorial Sígueme.
- Gallego, A. (2001). *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid: Marcial Pons.
- García, E. (1998). El valor normativo De la Constitución Española. *Revista de Derecho Político* 44, 31 – 44.
- Hart, H. (1963). *El concepto del Derecho*. Buenos Aires: Abelardo-Perrot.
- Herrera, C. M. (1992). *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución*. París: Tecnos.
- Lifante, I. (1999). *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Lleras De La Fuente, C. & Tangarife Torres, M. (1996). *Constitución Política de Colombia: Origen, evolución y vigencia*. Medellín: DIKE.
- López, D. (2004) *El derecho de los jueces*. Bogotá, Legis.
- Mojica, J. (2012) *El Acto Administrativo: Discurso constitucional en el Estado Social de Derecho*. (Tesis de Maestría). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- Uprimny, R. (2005). *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Bogotá: De Justicia.
- Vigo, R. (2004) *Interpretación Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

# **NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO: LA DINÁMICA DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL**

---

**Orielo Alarcón \***

**Milton Gómez Cardozo \*\***

---

\* Abogado de la Universidad Libre de Barranquilla, Magister en Derecho Público de la Universidad Santo Tomas de Colombia – en Convenio con la Universidad de Konstanz, Alemania oalarcon@coruniamericana.edu.co

\*\* Milton Armando Gómez Cardozo, Abogado Universidad Libre de Colombia. Maestría en Derechos Humanos y Democratización Universidad Externado de Colombia y Carlos III de Madrid. Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Universidad Libre Seccional Barranquilla. Defensor del Pueblo Regional Atlántico. Catedrático Corporación Universitaria Americana, Universidad de la Costa CUC. Correo electrónico: armandogo1@yahoo.es

Se pretende distinguir el marco jurídico sobre el que se cimienta la temática, es decir, lo que se relaciona con la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y las leyes, y con el control jurisdiccional sobre las actuaciones de la administración pública. En lo que respecta a las normas constitucionales, cúspide del ordenamiento jurídico, traemos al orden: la consagración del Estado Social de Derecho (Const., 1991, art. 1), los fines esenciales del Estado (Const., 1991, art. 2), la supremacía de la Constitución (Const., 1991, art. 3), la sujeción de las autoridades públicas a la constitución y las leyes (Const., 1991, art. 6, 121 y 123), el debido proceso y el principio de legalidad (Const., 1991, art. 29), los principios de la función administrativa (Const., 1991, art. 209) y otras disposiciones de no menos relevancia.

En Colombia, luego de la expedición de la carta política de 1991, continuó en vigencia el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01, 1984), por consiguiente esta normatividad no estaba articulada con las bases ideológicas de la nueva Constitución y más que todo en lo que concierne a la propuesta de un nuevo derecho de la administración pública donde adquiere preponderancia el ser humano; un sistema jurídico en el que el ciudadano deja de concebirse desde la perspectiva del administrado, del sujeto pasivo de la actuación de las autoridades (Rojas Betancourth, 2012), ahora se concibe como un ser concreto, con fines propios que realizar y que el ordenamiento jurídico y principalmente la norma suprema protege. En este sentido la administración pública se entiende orientada más hacia la vértebra constitucional de la protección, garantía y efectividad de los derechos de la persona que a la administración y sus procedimientos.

La nueva realidad jurídica que se impone a través de la Constitución y su sistema de principios, valores y derechos, y consiguientemente la configuración de un cuerpo de conceptos articulados en la jurisprudencia forzaron cada vez más el interés por una nueva ley de la materia procesal y contenciosa, es así como se expide la ley 1437 de 2011 (Nuevo Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) del cual precisamos como marco de nuestra temática las siguientes normas: la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico (Ley 1437, 2011, art. 1 y 2 Inc.2); El debido proceso ((Ley 1437, 2011, art. 3, Numeral 1) en el sentido de que las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley; Los artículos 103 y 104 relativos a los principios y objeto de la jurisdicción contencioso administrativa, segunda parte del código, que organiza dicha jurisdicción, particularmente el Artículo 104 que la instituye para conocer de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones sujetas al derecho administrativo (Ley 1437, 2011); el Artículo 137 que consagra las causales de nulidad de los actos administrativos, es decir, se refiere ya a una forma específica

de actuación de la administración.

El Acto administrativo es una de las formas o medios de la actividad del Estado consistente en el acto de voluntad de la administración (entiéndase todos los organismos que realizan funciones administrativas: públicos o particulares sin atender a un criterio orgánico) destinado a producir efectos jurídicos: crear, modificar, o extinguir situaciones de derecho. El acto administrativo deberá ser expedido conforme al ordenamiento jurídico: La Constitución, las leyes y otras normas que lo sustenten; debe corresponder a la realización de los fines del Estado, por lo que se soportará en las normas que procuran su accionar coherente, ordenado y sistemático.

Para dar cumplimiento a aquellos propósitos el orden normativo somete el acto administrativo al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y por ello cuando el acto contraviene el orden legal se recurre a ejercitar el control sobre los mismos, entrando el órgano jurisdiccional a ejercer su potestad de anularlos.

En virtud del principio de legalidad y tratándose de problemáticas de fondo y de forma del acto el Código Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece las causales de nulidad de los actos administrativos en su artículo 137, las que analizaremos seguidamente:

### **1.1. De las causales de nulidad del acto administrativo.**

Las causales de nulidad se entienden como hechos que invalidan la actuación de la administración cuando ésta profiere actos administrativos, o de igual manera pueden entenderse como motivos que permiten su impugnación. (Hincapié, 2010).

Estas causales se encuentran señaladas en el Código Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Parte Segunda, Título III, artículo 137, y se enuncian así:

- 1) Infracción a las normas en que debe fundarse.
- 2) Falta de competencia.
- 3) Expedición irregular.
- 4) Desconocimiento del derecho de defensa.
- 5) Falsa motivación.
- 6) Desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.

Analizaremos seguidamente cada una de estas causales con fundamento en las diversas fuentes del derecho administrativo.

### *1.1.1. Infracción a las normas en que debe fundarse*

Es necesario advertir que los actos administrativos poseen unos elementos de validez que deben estar presentes para su perfeccionamiento de acuerdo al orden jurídico. Se trata de requisitos sustanciales, la ausencia de alguno de ellos produce la invalidación de la actuación administrativa generando por consiguiente la consabida nulidad. Estos elementos son: el contenido u objeto, el sujeto, la motivación, la forma y los fines del acto (Arboleda, 2011).

La causal sobre la cual entramos a reflexionar (Infracción a las normas en que debe fundarse el acto administrativo) también es conocida en la doctrina como violación a la norma superior, y se relaciona directamente con el objeto del acto administrativo. El objeto es, en efecto, la materia o asunto de que trata la decisión administrativa, “lo que dice el acto”. Conforme al principio de legalidad el contenido del acto debe estar conforme al ordenamiento jurídico. Cuando el contenido del acto administrativo es contrario a la norma jurídica superior infringe el orden al que debe estar sujeto. Es aquí donde se produce la ilegalidad que vicia la actuación administrativa generando su invalidación.

La jurisprudencia ha precisado que la violación a la norma superior debe operarse de manera directa y se presenta de varias formas: por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea (Consejo de estado, Sala de lo Contencioso administrativo, 16660, 2012).

La primera forma hace referencia a un sentido de relación que el funcionario debe tener entre los hechos que se le presentan, con la normatividad; es decir al funcionario competente le es exigible el deber de conocimiento de las normas jurídicas y sus vínculos con los asuntos que son dados a su conocimiento. Suele ocurrir que el funcionario ignore la existencia de la norma jurídica que es aplicable al caso concreto; por no conocerla, no la aplica. La no aplicación de la norma deslegaliza el acto administrativo producido. Bajo esta misma forma puede darse el evento de que el funcionario conoce la norma pero su sentido del razonamiento jurídico no lo orienta a inferir que la norma conocida guarda relación con el hecho que origina la actuación, por lo que se produce el mismo efecto: se abstiene de aplicarla. La no aplicación de la norma que razonadamente estaba llamada a aplicarse genera en consecuencia la nulidad del acto administrativo.

La segunda forma se da por aplicación indebida. A diferencia de las anteriores en ésta el agente emplea la norma, hace uso de ella, pero dicha norma no es la pertinente al asunto que se decide (Consejo de estado, Sala de lo Contencioso

administrativo, 16660, 2012). El vicio en la actuación se produce porque el funcionario se equivoca en el análisis de los supuestos que la norma comprende, lo que resulta inadecuado.

La interpretación errónea se presenta cuando el funcionario competente usa la norma que es aplicable al caso que se decide, la norma es pertinente pero se le da un sentido diferente, atribuyéndole alcances que ésta no tiene, por tanto la violación a la ley se produce de manera directa (Consejo de estado, Sala de lo Contencioso administrativo, 16660, 2012).

En lo que respecta a la decisión judicial que declare la nulidad por infracción a las normas en que debe fundarse el acto administrativo, aquella se construirá con base en un proceso cognitivo que comprende varias fases. Si se trata de la falta de aplicación, el juez de control de legalidad deberá examinar la existencia de la norma jurídica, asunto que corresponde al terreno objetivo, determinar que la norma existe, que hace parte del ordenamiento jurídico, que se encuentra vigente, que no ha sido derogada ni invalidada por inconstitucional, que dicha norma efectivamente era la llamada a aplicarse al caso, y que de la motivación del acto se desprenda que el funcionario competente ignoró su existencia.

En el supuesto de que el funcionario conocía la norma, el juicio de legalidad deberá orientarse hacia su discurso, el que produjo el acto administrativo; de su contexto deberá desprenderse que, en efecto conocía la norma, pero que aun así y poseyendo ésta los supuestos de hecho compatibles con el caso concreto, se abstuvo de aplicarla. Debe quedar claro dentro del control de legalidad cual fue la escala, nivel o profundidad analítica del creador del acto, que en todo caso resultó equivocada.

Tratándose de la aplicación indebida el examen de legalidad deberá centrarse fundamentalmente en el supuesto de que para toda situación fáctica a resolver la administración pública deberá escoger aquella disposición o disposiciones del ordenamiento jurídico cuyos elementos estructurales encajen materialmente en el caso concreto; Es esta precisamente la utilidad del derecho; la solución de problemáticas a través de las normas, es por eso que debe analizarse la valoración de la norma realizada por quien produjo el acto, que debió acertar en la adecuación de los supuestos de hecho, de tal manera que un acto administrativo conforme al principio de legalidad es el que articula correctamente los supuestos de la norma al caso concreto. La motivación judicial que declare viciada la actuación deberá entonces estar sustentada en la inadecuación del precepto escogido en el acto administrativo, resultando entonces marcadamente impertinente.

En lo que respecta a la interpretación errónea, el derecho se valida más allá del sentido literal de las palabras que componen un texto normativo. En efecto, el derecho mismo es interpretación. Lo que construye la dinámica del derecho es la interpretación que suele darse al texto jurídico. El estudio de la interpretación de éstos corresponde a la ciencia de la hermenéutica jurídica.

La hermenéutica en sentido puro ha sido definida como: “teoría o arte de la interpretación y comprensión de textos, cuyo principal objetivo consiste en describir como se da el proceso interpretativo comprensivo” (Streek, 2013). En este sentido interpretar se asocia a comprender, “designa sobre todo, la capacidad del ser humano de comprender” (Silva, 2012).

También a la Hermenéutica se le atribuye una dimensión prescriptiva, de tal manera que: “de ese proceso descriptivo, se busca establecer un conjunto más o menos coherente de reglas y métodos para interpretar y comprender correctamente los diversos textos que pueblan la escena cultural humana” (Streek, 2013).

En el derecho administrativo contemporáneo se resalta el nuevo rol de la administración pública, que asumen directamente sus funcionarios. En aras a la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, al funcionario que produce el acto administrativo se le exige cierta formación y comprensión de la fenomenología jurídica, que ahora no es solo trabajo de la jurisdicción contenciosa. En este sentido, para proferir actos administrativos conformes al principio de legalidad debe hacerse a través de una interpretación adecuada de las normas que lo sustentan, para darles su verdadero alcance.

El trabajo interpretativo es por consiguiente necesario en la adopción de los actos administrativos. El funcionario competente para producirlos deberá acudir a los métodos de interpretación, ordenar conocimientos filosóficos, gramaticales, históricos para dar con una interpretación que se considere acertada, es así como el derecho cobra vida y se materializa.

La labor del juez contencioso administrativo en lo que respecta al examen de legalidad del acto administrativo para detectar la interpretación errónea, debe configurar el juicio de la siguiente forma: un examen previo de la norma en la que se sustenta el acto administrativo, determinar que en efecto, era la norma aplicable al caso concreto y que efectivamente el funcionario le dio aplicación. Pero deberá analizarse en los considerandos del acto acusado si la interpretación de la norma fue la adecuada para el caso concreto, si se le dio a la norma el alcance

razonable que desarrolla los propósitos del ordenamiento jurídico, y si se hizo el uso necesario de métodos de interpretación que eran viables. En el evento que la norma admitiera varias interpretaciones, si se escogió la interpretación aceptada en las fuentes doctrinales y jurisprudenciales. De no cumplir la interpretación los cánones mínimos aceptados en el sistema jurídico, debe proceder el juez a declarar la invalidación del acto administrativo.

### *1.1.2. Falta de Competencia*

Esta causal está vinculada con el sujeto del acto administrativo, el sujeto es la persona, o institución del Estado o el particular que cumple funciones públicas, que está dotada de unos poderes, facultades o potestades jurídicas otorgadas en la Constitución y la ley, de tal forma que el ordenamiento jurídico le establece dichas atribuciones en el orden material, territorial y temporal, determinando lo que a cada autoridad le compete. El interés jurídico que se protege con la asignación de competencias a determinadas autoridades es el ejercicio de la función pública dentro de las atribuciones definidas en la ley, es decir, la protección del marco de la legalidad, lo que es consustancial con la seguridad jurídica.

Cuando el sujeto que profiere el acto carece de esas facultades constitucionales y legales se produce el vicio de la actuación que se denomina: falta de competencia. Siendo la competencia la facultad o poder jurídico que tiene una autoridad para ejercer determinada función entonces la distorsión se presenta cuando la autoridad toma una decisión sin estar facultada legalmente para ello, es decir, se expide el acto administrativo por fuera de las atribuciones que el ordenamiento jurídico le ha otorgado.

Se trata fundamentalmente de que el funcionario que expide el acto no es competente para proferirlo. La incompetencia puede ser del orden material: se presenta cuando el funcionario hace uso de unas facultades de las cuales carece, es decir, no le fueron conferidas en la ley, ya se trate de competencias inexistentes, esto es, que no estén definidas en la ley y el funcionario las emplea en la producción del acto administrativo. También puede ocurrir que el funcionario tiene las potestades o atribuciones pero incurre en exceso, es decir, rebasa con su actuación el contenido material de dichas atribuciones (Rodríguez, 2013).

La incompetencia del orden temporal se produce en razón a que el orden jurídico otorga en algunos casos facultades o atribuciones dentro de unos límites de tiempo; esto es lo que suele denominarse facultades pro tempore; un margen

temporal dentro del cual al funcionario se le asignan unas competencias que solo podrá ejercer en ese tiempo. Cuando emplea dichas facultades por fuera del término que la ley le confirió se produce una incompetencia, pues ya no está investido de aquellas facultades por lo que queda viciado el acto administrativo generándose la nulidad del mismo (Rodríguez, 2013).

Tratándose de la incompetencia de orden territorial, ésta guarda relación con el fenómeno espacial. La ley confiere competencias dentro de unos marcos territoriales: contexto espacial en el que las autoridades pueden ejercer sus atribuciones o funciones. Ante esta delimitación, las autoridades están obligadas a ceñirse; actuar por fuera de la esfera territorial que señale la ley, constituye incompetencia del funcionario, pues fuera de ese territorio ya no está investido de facultades legales; por tanto el acto administrativo proferido en esas condiciones estaría viciado de nulidad (Rodríguez, 2013).

Respecto a la decisión judicial que declare la nulidad por incompetencia el razonamiento se estructurará de la siguiente manera: primera: Efectuando un análisis vertebral del conjunto de atribuciones de la autoridad administrativa que le hayan sido conferidas en la Constitución y la ley; segunda: Analizando el acto administrativo en sus contextos: material, territorial o temporal; tercera: se establece un juicio (razonamiento) para determinar si el acto en cuestión se produjo adecuadamente conforme a las facultades o atribuciones de ley; cuarta: de no existir tal correspondencia se declara la nulidad justificada en la descontextualización material, territorial o temporal.

### *1.1.3. Expedición Irregular*

Se asocia esta causal con el aspecto formal, es decir, con las formalidades legales que debe cumplir el acto administrativo en su formación. La fuente directa de este requisito sustancial es el artículo 29 de la Constitución, que en su dimensionamiento del debido proceso comprende el imperativo de la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Cuando el principio constitucional expresa que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas se amplía el significado del “juicio”. Este no está referido únicamente a las decisiones judiciales sino de igual manera a las decisiones del orden administrativo, que suponen la existencia previa de un juicio valorativo de la autoridad administrativa.

En desarrollo del principio fundamental del debido proceso, la ley 1437 de 2011 (CPACA) enfatiza y prioriza su alcance configurándolo como principio de

la actuación administrativa cuando establece: “las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción” (Ley 1437, 2011, art. 3. in 2, núm. 1).

Lo anterior viene a significar que para el ordenamiento jurídico reviste gran importancia las formalidades en la expedición de las actuaciones administrativas. En efecto, el cumplimiento de las formalidades legales en la producción de los actos administrativos traduce transparencia, eficacia, garantía de los derechos y seguridad jurídica.

Debe entenderse que la importancia de las formalidades no debe dimensionarse como el empeño de la función administrativa en recargar las actuaciones de formalismos, hacer más denso el procedimiento; la idea de reafirmar la importancia de los requisitos en la actuación administrativa se encuentra referida no a aquellos que resulten irrelevantes sino a los que son necesarios, esto es, sustanciales, aquellos que de no cumplirse afectan directamente su validez.

La jurisprudencia administrativa ha destacado en relación con la exigencia de las formalidades que ésta rodea de seguridad tanto al administrado como a la propia administración, en el sentido que al primero se le asegura que la administración seguirá un procedimiento objetivamente dispuesto para cada clase de actuación, lo que impide la arbitrariedad, además asegura la participación activa del ciudadano a través del derecho de defensa y de las garantías procesales; y para la administración, en el sentido que le diseña un camino claro a seguir y así actuar de manera eficaz, pronta y certera. (Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 27832, 2009).

Dispuesto de esta manera, el acto administrativo estará viciado de nulidad cuando haya sido expedido violando las formalidades establecidas en la ley. Las etapas para la construcción de la decisión judicial pueden fijarse de la siguiente manera: primera: el juzgador analizará si trata de esa especie de actos que requieren formalidades legales. Segunda: verificado que es de aquellos que las requieren se remite a las normas que establecen dichas formalidades y se analizará si el acto administrativo cuestionado las cumple; y tercera: Observado que no se han cumplido, que dichas formalidades son sustanciales y que eran determinantes para adoptar la decisión administrativa, entonces declarará la nulidad.

#### *1.1.4. Desconocimiento del Derecho de Defensa.*

Conjuntamente con el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, la razonabilidad de los plazos, la imparcialidad y autonomía de los jueces, el derecho de defensa se configura como una de las garantías mínimas previas que implica el derecho al debido proceso en materia administrativa. (Correa, 2014).

En efecto, la Corte Constitucional ha resaltado el significado vital del debido proceso cuando lo define como un derecho fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política y que comprende “el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia.”

“...hacen parte de las garantías del debido proceso:... c) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa... a la igualdad ante la ley procesal, el derecho a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso.” (Corte Const., Sentencia C-980, 2010).

En desarrollo de este derecho fundamental el nuevo Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo presenta un conjunto de garantías que comprenden el derecho de controvertir las actuaciones que afecten los intereses o la situación de la persona como ser concreto, que tiene unos fines propios que realizar, fundamento de la dignidad del ser humano. Destacamos algunas de sus disposiciones que sostienen el derecho de defensa:

- Artículo 40.- Se refiere al tópico probatorio, al derecho que tienen los particulares que intervienen en el proceso administrativo de aportar pruebas, solicitar las que considere pertinentes e intervenir en su práctica, durante la actuación y hasta cuando se expida la decisión.
- El Capítulo IV, Título III, Parte primera, que implementa la utilización de medios electrónicos en el proceso administrativo. Estos medios facilitan el ejercicio del derecho de defensa al permitir que se puedan hacer peticiones, formular reclamos, quejas, recursos y diversas actuaciones procesales sin el desplazamiento físico del interviniente.
- Artículo 66.- Establece el deber de notificación de los actos administrativos de carácter particular y concreto. Esta obligación para las autoridades permite que las personas estén enteradas de las decisiones que afectan el interés particular

con el fin de que puedan interponer los recursos que sean procedentes.

- Artículo 74.- Consagra los recursos que proceden en sede administrativa y las reglas que regulan su interposición y trámite.
- Artículos 83 a 86.- Están referidos a la posibilidad de defenderse frente a la negligencia de la administración cuando no responde las peticiones (silencio administrativo), carga que no debe soportar el particular. La configuración del acto ficto o presunto permite ampliamente el ejercicio del derecho de defensa.
- Artículo 93.- Se refiere a la posibilidad de solicitar la revocación directa de los actos administrativos cuando éstos lesionen el interés particular.

Con fundamento en el debido proceso y el derecho de defensa establecido en la Constitución política y desarrollado en toda la preceptiva legal, en el evento de que en cualquier actuación la administración incurra en transgresión de alguna de las normas citadas o de otras relacionadas con el derecho de controvertir se generará

La nulidad de tal acto, la que será declarada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo previo el trámite y la observancia del procedimiento establecido en la ley.

#### *1.1.5. Falsa Motivación*

Esta causal se encuentra referida a los motivos del acto administrativo: se relaciona con un hecho o conjunto de hechos objetivos preexistentes y exteriores al acto, cuya existencia lleva a su autor a proferirlo. De esta forma una motivación ajustada a derecho sería aquella en la que existe una correspondencia entre la realidad objetiva y la interpretación o el razonamiento fáctico y jurídico que de ella hace la administración, de tal manera que del acto administrativo surja el reconocimiento o la materialización real y efectiva de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico.

La falsa motivación puede presentarse bajo alguna de estas circunstancias: la primera: que la ley exija unos motivos precisos para la expedición del acto y tales motivos no se dieron en la práctica, es decir, no existieron objetivamente los hechos que constituyen el supuesto de la motivación; segunda: que los hechos se hayan presentado en la práctica pero se distorsiona el sentido de los mismos y el

direccionamiento que estos tienen para el ámbito del derecho generándose una motivación errónea. Para estas dos situaciones se configura una falsa motivación que deja sin sustento fáctico la actuación administrativa, de tal manera que se produce una infracción al ordenamiento jurídico al alterarse el sentido de la verdad y la justicia: valores protegidos desde la norma suprema.

Al hacer referencia a esta causal, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo ha señalado que ésta: “se presenta cuando los hechos de la decisión no existieron o no concuerda la realidad fáctica con la analizada por la administración. La falsa motivación, como lo ha reiterado la Sala, se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa” (Consejo de estado, Sala de lo Contencioso administrativo, 16660, 2012).

La decisión jurídica relativa a la declaratoria de nulidad por falsa motivación se construye a través de las siguientes etapas: (i) verificar si se trata de un acto de los cuales la ley exige unos motivos precisos para expedirlos; (ii) tratándose de esa especie de actos administrativos, se examinará su veracidad, si la motivación es errónea, sea porque no se dieron los hechos o no se asimilaron adecuadamente o no se interpreta la realidad objetiva acorde al derecho y (ii) establecido el tipo de error se procede a motivar la decisión de nulidad.

#### *1.1.6. Desviación de Poder*

La causal se relaciona directamente con los fines del acto administrativo, en efecto, en el desarrollo del sistema de principios y valores del ordenamiento constitucional la administración pública está instituida para la protección del interés general. De esta forma deberá actuar siempre con la voluntad e intención de realizar dichos fines propuestos en la normativa superior, llevarlos a cabo, encarnarlos efectivamente.

Cuando la autoridad profiere un acto, teniendo la competencia para hacerlo, pero persiguiendo un fin diferente del propuesto en el ordenamiento jurídico, entonces se predica que la administración actuó con desviación de poder. Ante este, el Consejo de Estado ha manifestado que la desviación de poder consiste en el hecho de que el acto administrativo se acomoda externamente a las normas que rigen su expedición, pero el motivo que tiene en cuenta el funcionario que lo expide difiere del motivo para el cual se le ha investido de competencia. (Consejo de Estado, Sección Segunda, 8381, 1997)

El problema que se plantea para el análisis de esta causal, es la correspondencia entre la voluntad institucional y la voluntad del agente que profiere el acto administrativo. En este sentido, cuando se rompe esta correspondencia se configura la causal de nulidad del acto administrativo por desviación de poder (Robles, 2012).

Finalmente, en lo que respecta a la decisión judicial que declare este tipo de nulidad: como no se trata de hacer un juicio de legalidad, corresponde analizar si el acto desarrolla los propósitos del orden normativo. Observándose que existe una finalidad diferente que no encaja con el interés público, deberá entonces encaminarse el Juez a motivar su decisión de nulidad.

## Referencias Bibliográficas

- Arboleda, U. (2011). Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales. Bogotá: Fondo de Publicaciones U. Sergio Arboleda.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (13 de mayo de 2009). Sentencia 27832. CP. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.
- Consejo de Estado. Sala plena contenciosa administrativa. (15 de marzo de 2012). Sentencia 25000-23-27-000-2004-92271-02(16660) MP. Hugo fernando bastidas bárcenas.
- Consejo de Estado. Sección Segunda. (5 de diciembre 1997). Sentencia 8381. CP: Delio Gómez Leyva.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (29 de enero de 2014). Sentencia C-034 . MP. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (2010). Sentencia C-980/2010. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá.
- Hincapié, J. P. (2010). Derecho Procesal Administrativo. Librería Jurídica Sanchez R. 7a Edición.
- Robles, A. H. (2012). Aspectos Generales del Derecho Administrativo Colombiano. Barranquilla: Universidad del Norte.
- Rodríguez, L. R. (2013). Derecho Administrativo General y Colombiano. Bogotá : Temis.
- Rojas Betancourth, D. (2012). Extensión de las sentencias de unificación de la jurisprudencia. En B.d. Consejo de Estado, Instituciones del derecho administrativo en el nuevo código (págs. 90- 122). Bogotá: Consejo de Estado - Banco de la República.
- Silva, K. (2012). Hermenéutica Jurídica y Concreción judicial. Bogotá: Ed Temis S.A.
- Streek, L. L. (2013.). Hermenéutica y Decisión Judicial. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

# **LA CADUCIDAD EN EL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA, EN CASOS DE VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS A LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA**

---

**Pedro Triana Martínez \***

**Maira Sierra García \*\***

---

\* Abogado Magister en Derecho Administrativo y Especialista en Derecho Administrativo, Docente Universitario en las cátedras de derecho Administrativo General, Administrativo Colombiano y Procesal Administrativo en la Corporación Universitaria Americana y Catedrático en la Escuela de Postgrados en la Especialización de Derecho Administrativo en la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla. Asesor y Litigante en la Materia. Correo electrónico. [ptriana@coruniamericana.edu.co](mailto:ptriana@coruniamericana.edu.co)

\*\* Abogada, Magister en Derecho Público y Especialista en Derecho Público, Docente Universitario en las cátedras de derecho Administrativo General, Derecho Internacional Privado, Derecho Internacional Público, Acciones Constitucionales, en la Corporación Universitaria. Asesor jurídico y Litigante. [mairasierrag@hotmail.com](mailto:mairasierrag@hotmail.com)

**A**ctualmente, cualquier persona natural que haya sufrido un daño antijurídico, en especial atención a la gravedad de los hechos que constituyen flagrantes violaciones a los derechos humanos, producto de la acción u omisión imputable a las autoridades públicas, podrá acudir directamente a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a través del medio de control de Reparación Directa, medio que por su naturaleza es el idóneo para que sea reconocida la responsabilidad del Estado, en Colombia.

Se define el daño antijurídico, como el perjuicio que es provocado a quien no tiene el deber jurídico de soportarlo por cualquier causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma, y de esta forma a través de la demanda contenciosa administrativa, se ordene la reparación integral por los perjuicios ocasionados por uno de tales daños. Afirmación que encuentra su soporte en los términos del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia (Gómez, 2016).

Ahora, el medio de control de Reparación Directa es una de las llamadas acciones resarcitorias a utilizar cuando las pretensiones invocadas en la alzada están relacionadas con la reparación integral por parte de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos.

En Colombia se ha determinado la existencia de términos de caducidad para su interposición, esta situación se ha sustentado de forma holista con el principio de seguridad jurídica (Montoya, 2013), por lo tanto podemos hablar de la caducidad como una sanción establecida en la Ley por la no interposición oportuna del derecho reclamado ante la Jurisdicción Contenciosa, lo que no permitiría en principio, conceder a las víctimas los derechos subjetivos reclamados al Estado en sede judicial, entrando en colisión de esta forma; el derecho al acceso de justicia con la protección al interés general que persigue la caducidad.

La ley 1437 de 2011, a pesar de haber sido promulgada bajo la luz de la Constitución de 1991, y del desarrollo jurisprudencial del Consejo De Estado y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, no previó dentro de su articulado excepciones al término de caducidad en situaciones de violaciones graves a los derechos humanos, como en el caso de las ejecuciones extrajudiciales, las cuales en el argot popular de la prensa y en el común de la sociedad de nuestro país, han sido mal catalogadas como los falsos positivos.

Lo que en principio permitiría determinar que todavía se pueden presentar dificultades y obstáculos al acceso de justicia, por parte de las víctimas del conflicto

armado en Colombia, al no armonizar el término de caducidad en la Ley 1437 de 2011, con el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en cuanto a la garantía del acceso a la justicia en los casos de graves violaciones a los derechos humanos, en especial las ejecuciones extrajudiciales por parte de agentes del Estado, aun cuando haya fenecido el término de caducidad del medio de control.

La génesis del medio de Reparación Directa aunque tiene su origen en la acción de plena jurisdicción francesa, en Colombia, no fue sino hasta la promulgación de la Ley 38 de 1918 la que le otorgó competencia a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, para conocer respecto de asuntos por responsabilidad del Estado (Guecha, 2006) por su parte, el segundo Código Contencioso Administrativo, la Ley 167 de 1941, desarrolló la organización de la jurisdicción Contenciosa Administrativa, y empleo el vocablo de caducidad, término que defino como; la figura procesal que extingue el derecho de acceso a la justicia por la expiración del plazo concebido en la Ley y que coincide con la concepción jurídica del profesor Colombiano Roberto Chavarro Colpas, al establecer que “El fin de la caducidad es preestablecer objetivamente el tiempo en el cual el derecho puede ejercitarse con utilidad” (Chavarro, 2010).

En este mismo sentido toma posición frente al fenómeno de la caducidad, el doctor Carlos Betancur Jaramillo considera que esta es una institución que se ha creado por la necesidad que tiene el Estado de estabilizar las situaciones jurídicas, que juega además un papel decisivo cerrando toda posibilidad al debate jurisdiccional. Describiendo, además, que para evitar esa incertidumbre se ha “señalado por el legislador un plazo perentorio, más allá del cual el derecho no podrá ejercerse, dándole aplicación al principio de que el interés general de la colectividad debe prevalecer sobre el individual de la persona afectada.” (Betancur, 2005, p.161)

Podemos expresar que la verdadera evolución histórica del fenómeno de caducidad en la acción de Reparación Directa se dio con la reforma del Código Contencioso Administrativo y la adopción del Decreto 01 De 1984, expedido en enero del mismo año (Diario Oficial 36439, 1984), el cual en su artículo 136, la denominó; Caducidad De Las Acciones, y en su numeral 8, señaló:

La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa. (Decreto 01, 1984)

Un año después, el 21 de junio de 1985, Colombia presentó un instrumento de aceptación por el cual reconoce la competencia del Sistema Interamericano de

Derechos Humanos, por tiempo indefinido bajo condición de estricta reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención.

Esta aceptación traía como consecuencias para Colombia, adoptar las medidas necesarias tanto legislativas como judiciales, para adaptar no solo las disposiciones del Pacto de San José, si no, las decisiones emanadas de Sistema Interamericano de Derechos Humanos, lo que tenía que significar un viraje de 360 grados en materia de derecho humanos en Colombia, y el acceso a la justicia por hechos violatorios a ellos.

El domingo 4 de julio de 1991, fue proclamada la Constitución Política de Colombia, promulgada a través de las Gacetas Constitucionales: 114, 116 y 125 del mismo año, la cual fue reconocida como la Constitución de los Derechos Humanos, no solo por determinar reglas y principios que propenden por la protección de estos, si no por extender su alcance más allá de su propio texto, haciendo una remisión expresa a través de su artículo 93, a otras reglas y principios que no están contenidos en ella, pero que tienen igual relevancia que la constitución, en la medida que le da mayor trascendencia a través de los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos, a lo que se ha llamado el bloque de constitucionalidad.

La existencia del bloque de constitucionalidad adquiere una gran importancia para todos los operadores jurídicos en aquellos ordenamientos que, como el colombiano, tienen una justicia constitucional. En efecto, esta noción amplía los términos del debate constitucional, tanto en los procesos de control abstracto como en las acciones de tutela y amparo, pues implica que las normas a tener en cuenta para resolver una controversia judicial no son exclusivamente los artículos de la constitución, ya que otras disposiciones y principios pueden tener también relevancia para decidir esos asuntos (Uprimy, 2005, p.4). El bloque de constitucionalidad es “uno de los elementos básicos para realizar un juicio de constitucionalidad” ya que “irradia un criterio interpretativo y aplicativo que ningún operador jurídico debe dejar de considerar” (Nogueira, 2000, p.189)

En 1998, 13 años después de aceptación de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el artículo 136 del C.C.A., fue modificado por el artículo 44 de la Ley 446 del mismo año, pero en nada cambio el término de caducidad de la acción de reparación directa, a pesar de que Colombia para esa época ya había incorporado a su ordenamiento interno a través de la Ley 171 del 1994 normas de carácter internacional como las desarrolladas en el artículo 2 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12

de agosto de 1949, que se refiere a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, concretamente a la desaparición forzada de personas, que es considerada tanto internamente como internacionalmente, como delito de lesa humanidad por cuanto implica, no solo violaciones a derechos fundamentales de la persona humana, si no la tranquilidad, la conveniencia social y la paz en general de la sociedad.

A su vez la Corte Constitucional a través de la sentencia C-225 de 1995 del 18 de mayo del mismo año, hizo un pronunciamiento sobre el alcance del Derecho Internacional Humanitario y la naturaleza imperativa de estas en el ordenamiento jurídico Colombiano, soportando su decisión en el respeto por las reglas del derecho internacional humanitario señalado en el artículo 214 numeral 2º de la Constitución, norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Lo anterior nos indica que para el año 1995, en Colombia las reglas que imponían el término de caducidad en las reparaciones para conductas violatorias de derechos humanos, como las desapariciones forzadas, no habían sido modificadas a la luz de los tratados internacionales ratificados en Colombia, teniendo en cuenta la prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario que con la constitución de 1991 hacen parte del bloque de constitucionalidad, por lo que era necesario adaptar las normas aplicadas a la caducidad en las acciones de reparación directa, a los contenidos del derecho internacional humanitario y fue cuando el gobierno expidió la Ley 288 de 1996, por medio de la cual se establecieron instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos, el Congreso de la republica cita:

Habrà lugar al trámite de que trata la presente Ley incluso si hubieren caducado las acciones previstas en el derecho interno para efectos de obtener la indemnización de perjuicios por hechos violatorios de los derechos humanos, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en este artículo (Ley 288, 1996, art. 2, Par. 4).

En principio lo que sería un triunfo para las víctimas y una aplicación al control de convencionalidad a aplicar por el Estado Colombiano, se volvió una burla para las víctimas, tal y como lo establece el párrafo de la norma citada “siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 2º” y lo requisitos de este articulado son;

1. Que exista una decisión previa, escrita y expresa del Comité de Derechos

Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se concluya respecto de un caso concreto que el Estado colombiano ha incurrido en una violación de derechos humanos y se establezca que deben indemnizarse los correspondientes perjuicios.

2. Que exista concepto previo favorable al cumplimiento de la decisión del órgano internacional de derechos humanos proferido por un Comité constituido por: a) El Ministro del Interior; b) El Ministro de Relaciones Exteriores; c) El Ministro de Justicia y del Derecho; d) El Ministro de Defensa Nacional. (Ley 288, 1996)

Es decir que para que la víctima de violaciones a derecho humanos que había dejado vencer el termino de Caducidad y que requiera la indemnización de perjuicios por hechos imputables al Estado, solo le quedaba el camino de acudir al Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y que en la decisión de esos Órganos Internacionales se estableciera la obligación al Estado Colombiano, de indemnizar los correspondientes perjuicios y como perla adicional el Estado debía dar concepto previo favorable al cumplimiento de la decisión del órgano internacional de derechos humanos proferido por un Comité constituido funcionarios y señalados.

Posteriormente y como avance en materia de configurar el inicio del termino de caducidad ante determinadas conductas violatorias a los derechos humanos, en el año 2000, se promulgó la Ley 589, por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura en Colombia, y en su artículo 7, se estableció la incorporación de una adición al Código Contencioso Administrativo en relación con el momento en que se inicia el término para intentar la acción de reparación directa con el fin de reclamar la reparación por los daños ocasionados con el delito de desaparición forzada.

La Ley 589 determinó que el numeral 8° del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, tendría el siguiente tenor:

Sin embargo, el término de caducidad de la acción de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición. (Caducidad de las acciones.)

De esta manera el Estado Colombiano tomó medidas de carácter legislativo sobre términos de caducidad, solo en esta materia, pero no con respecto a otros delitos que también comportan violaciones manifiestas a los Derechos Humanos y de esta forma cumplir con los compromisos asumidos en los tratados internacionales y los determinados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por su parte, Martín, (2014) quien al realizar su investigación sobre los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos aclara que la calidad de violaciones manifiestas no se adquiere por ser masivas o sistemáticas, sino que es referido a la naturaleza misma de tales violaciones, por lo cual incluso un caso individual puede considerarse manifiesto. Para esta autora, retomando el contenido de estos instrumentos como; las Resoluciones 1235 (XLII) y 1503 (XLVIII) del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y la Corte Interamericana de Derechos Humanos serán violaciones manifiestas, entre otros:

Se entiende que entre las violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales figuran por lo menos las prácticas siguientes: el genocidio, la esclavitud y prácticas similares, las ejecuciones sumarias o arbitrarias, la tortura, las desapariciones, la detención arbitraria y prolongada y la discriminación sistemática” (Amnistía internacional, 2011)

En este orden de ideas, toda violación de derechos humanos que afecte “en términos cualitativos y cuantitativos al corazón de los derechos del ser humano, particularmente el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y moral de la persona humana” López (2014, p.137). Por su parte, las modalidades de violaciones manifiestas a los derechos humanos, que han sido el pan de cada día de la sociedad colombiana y que no quedaron, a excepción de la desaparición forzada, inmersas en la nueva codificación del código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, lo que alerta posibles limitaciones en que pueden verse avocadas las víctimas de violaciones a derechos humanos, debido a los pocos avances legales que en materia de satisfacción del acceso de justicia ha otorgado el ordenamiento jurídico interno, que justifica de forma objetiva dicho plazo al constituirlo como una garantía a la seguridad jurídica y al interés general, lo que implica en desmedro de las víctimas, la pérdida de oportunidad de exigir ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa, la reparación integral de los derechos que ellos consideren les han sido conculcados.

Termino, que en principio parecería un contra sentido entre el sistema de normas jurídicas determinadas para crear tal limite, omitiendo en ella un trato diferenciado

antes las violaciones de tales derechos y el modelo actual del Estado en Colombia, irónicamente fundado en el respeto a la dignidad humana.

ARTÍCULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Gómez, 2016)

De hecho en el año 2007, el gobierno nacional creó la comisión para la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa y estableció el Decreto 4820 de 2007, con el que dicha comisión debía presentar ante el Congreso de la República, un proyecto de reforma al actual Código Contencioso Administrativo, situación que le permitió al máximo órgano Contencioso Administrativo, en cabeza de su Presidente en la época, el Doctor Rafael Ostau de Lafont Pianeta, como redactor del proyecto, repensar la estructura y la organización de la totalidad de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, analizando el contexto de las transformaciones que en los 25 años anteriores a la reforma se habían realizado en el entorno del fenómeno de la globalización y su impacto sobre la normatividad que hoy acaece y las nuevas formas de concebir el Derecho Administrativo, como quedo establecido en la exposición de motivos de la reforma:

El Código Contencioso Administrativo vigente fue expedido en 1984 mediante el Decreto-ley 01 de ese año. Para entender las razones de una reforma a dicho texto, y el por qué se considera que las instituciones jurídicas allí contenidas han perdido la eficacia que otrora tuvieron, tanto para la administración pública como para la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es necesario revisar, aunque sea en forma sucinta, las transformaciones más relevantes ocurridas en los últimos 25 años en el entorno internacional y nacional, y su impacto sobre la normatividad que hoy por hoy se pretende reformar. (Gaceta 1173, 2009)

De hecho, sesionaron durante dos años y medios entre febrero de 2008 a junio de 2010 (se realizaron varios foros, talleres y seminarios en todo el país). Concluida la labor se presentó el proyecto de ley el 17 de noviembre de 2009, bajo el radicado 198-2009 Senado, 315-2010 Cámara, y fue aprobada el 9 de junio de 2010 por el Senado y el 30 de noviembre de ese año por la Cámara, conciliándose el día 14 de diciembre de ese año y sancionada como Ley el 18 de enero de 2011. (Namén, s.f).

Luego, uno de los propósitos de esa reforma era específicamente incorporar como legislación, las doctrinas jurisprudenciales ya decantadas y pacíficas en todos los

asuntos y materias (Consejo de Estado, auto del 9 de Diciembre de 2013) entre estos los de derechos humanos, que competen a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en aplicación al artículo 90 constitucional, el resultado final; literal (i) del artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda.

La demanda deberá ser presentada:

Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

Sin embargo, el término para formular la pretensión de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que la demanda con tal pretensión pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición (Ley 1437, 2011).

Copiamos y pegamos el mismo texto del Decreto 01 de 1984, que creíamos obsoleto por ser originado en el Estado de Derecho de la carta de 1986, que le daba más garantías a la administración que a los propios administrados, la nueva norma, la ley 1437 de 2011, nació bajo la luz del Estado Social de Derecho promulgado por la carta de 1991, no menos podía predicarse del tan anhelado cambio en la jurisdicción contenciosa administrativa, que no solo se creó en la vigencia de la actual constitución, si no se instituyó bajo innumerables fallos en contra de Colombia por parte de la Corte Interamericana De Derechos Humanos<sup>1</sup>, en materia de reparación a las víctimas de derechos humanos, ocasionadas dentro del marco del conflicto armado interno en Colombia.

El jurista colombiano Rodrigo Uprimny (2010), manifiesta que Colombia es un país legalista en donde muchas discusiones sociales y políticas tienen un inevitable

---

1 1. Caso Duque Vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016. 2. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. 3. Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Caicara (Operación Génesis) Vs. Colombia. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. 4. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. 5. Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. 6. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Sentencia de 26 de mayo de 2010. 7. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. 8. Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Sentencia de 4 de julio de 2007. 9. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Sentencia de 11 de mayo de 2007. 10. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. 11. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. 12. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. 13. Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. 14. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. 15. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. 16. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995.

componente jurídico, y que este es un rasgo indudable de nuestro carácter nacional que, por paradójico que parezca, no es para nada incompatible con nuestra facilidad para el uso desmesurado de la violencia<sup>2</sup>.

Violencia como ya se ha mencionado, generada en gran parte por el conflicto armado interno en Colombia, que ha ocasionado reiteradas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, y donde muchas personas humanas golpeadas por este flagelo, no han alcanzado el reconocimiento de víctimas y mucho menos han tenido acceso a la justicia, teniendo en cuenta la trascendencia de los derechos afectados.

Conflicto armado interno que solo fue contemplado en el año 2011, por iniciativa del ejecutivo a través del presidente Juan Manuel Santos,<sup>3</sup> respaldado por el Partido de la U, incluyendo un artículo<sup>4</sup> en la Ley 1448 de 2011, que reconoció por primera vez que en Colombia, sí existe el conflicto armado.

El artículo 1º, de la citada Ley, estableció que existirían medidas judiciales en beneficio de las víctimas por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, lo que auguraba no solo un reconocimiento, sino, medidas de atención dispuesta por la Ley para la asistencia y reparación a las víctimas. (Ley 1448, 2011)

Pero los intereses del Gobierno, previeron las consecuencias fiscales producidas por los posibles fallos que se generarían, debido a las demandas de reparación directa efectuadas por las víctimas reconocidas dentro del conflicto interno y que no estuvieran satisfechas con la reparación administrativa, derivando de esta forma en la posible afectación de las finanzas públicas, lo que permitió que el poder legislativo consagrara un mecanismo de protección incongruente con el objeto de la Ley, establecido en su artículo 1º, siendo un contra sentido, al señalar en el artículo 9º ibídem, medidas transicionales que permitieran el goce de los derechos a las víctimas; a la verdad, justicia y reparación, y al mismo tiempo establecer; que tal calidad no pueda ser tenida en cuenta por ninguna autoridad judicial como prueba de la responsabilidad del Estado o de sus agentes, y lo que es más grave “Tal reconocimiento no reviviría los términos de Caducidad en la acción de Reparación Directa” (Ley 1448, 2011).

---

2 La paradoja colombiana: legalismo y violencia, Por Rodrigo Uprimny, la silla vacía, 13 de octubre de 2010

3 [http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2011/Mayo/Paginas/20110510\\_02.aspx](http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2011/Mayo/Paginas/20110510_02.aspx). “lo dije en forma espontánea... pero es una realidad, el conflicto armado interno lo tenemos hace mucho tiempo en este país, aquí no hay nada nuevo”.

4 Artículo 3º. Víctimas. Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.

## **CARÁCTER DE LAS MEDIDAS TRANSICIONALES.**

El Estado reconoce que todo individuo que sea considerado víctima en los términos en la presente ley, tiene derecho a la verdad, justicia, reparación y a que las violaciones de que trata el artículo 3º de la presente ley, no se vuelvan a repetir, con independencia de quién sea el responsable de los delitos.  
(...)

Por lo tanto, las medidas de atención, asistencia y reparación contenidas en la presente ley, así como todas aquellas que han sido o que serán implementadas por el Estado con el objetivo de reconocer los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, no implican reconocimiento ni podrán presumirse o interpretarse como reconocimiento de la responsabilidad del Estado, derivada del daño antijurídico imputable a este en los términos del artículo 90 de la Constitución Nacional, como tampoco ningún otro tipo de responsabilidad para el Estado o sus agentes.

El hecho que el Estado reconozca la calidad de víctima en los términos de la presente ley, no podrá ser tenido en cuenta por ninguna autoridad judicial o disciplinaria como prueba de la responsabilidad del Estado o de sus agentes. Tal reconocimiento no revivirá los términos de caducidad de la acción de reparación directa <sup>5</sup> (Ley 1448, 2011, art. 9).

En este contexto y frente a la postura exegética que nos muestran las normas sobre la figura jurídica de la Caducidad en el caso del medio de control que en esta investigación nos ocupa, se opone la tendencia surgida a partir de la posición tomada por la Corte Constitucional en Sentencia C- 580 de 2002 al examinar la ley 707 de 2001

Por medio de la cual se aprueba la convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas” en la cual sostuvo la imprescriptibilidad de la acción penal por el delito de desaparición forzada, concepción que debe tener cabida en nuestro criterio, al término de Caducidad en el medio de control de Reparación Directa, extendiéndola al resto de violaciones manifiestas de los derechos humanos y no solo con respecto a la desaparición forzada.

(...) De tal forma, el solo reconocimiento de ciertos derechos, bien sea a través de la costumbre, de las normas convencionales, o de cualquiera de las fuentes de derecho internacional contempladas en el artículo 38 del Estatuto

---

<sup>5</sup> [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1448\\_2011.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1448_2011.html)

de la Corte Internacional de Justicia o reconocidas por la jurisprudencia internacional, obliga a los Estados a crear los mecanismos necesarios para garantizar su eficacia dentro de sus respectivas jurisdicciones. La selección de los mecanismos de protección adecuados, la determinación de la forma de desarrollarlos y la creación de mecanismos de cooperación internacional resultan determinantes a la hora de garantizar la eficacia pretendida. Con todo, estos son aspectos que, por su especificidad, difícilmente pueden ser resueltos a través del derecho internacional consuetudinario o del solo reconocimiento convencional de determinados derechos. El presente tratado tiene por objeto fijar pautas a las cuales deben sujetarse los ordenamientos internos de los Estados que hacen parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En tal medida, sus disposiciones no resultan directamente aplicables en los ordenamientos internos, sino que deben ser desarrolladas por los Estados a través de normas internas. (Corte Constitucional, sala Plena, Sentencia C-580, 2002).

Concepción que es reforzada por el profesor Aguilar Carvallo Gonzalo (2008), para quien “la seguridad jurídica no es un principio absoluto y está sometido al principio de justicia”, con lo cual se estaría revaluando el recurrente y estático argumento de la Caducidad como institución que arropa el principio de seguridad jurídica, por no estar acorde con los postulados internacionales de los derechos humanos y que posibilita la impunidad del Estado, ante la imposibilidad de que la Nación no sea sancionada en materia de reparación, por los hechos violatorios de los mismos, con lo cual se estaría revictimizando a las víctimas, al existir el incumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos.

Se avizora pues que en estos casos de violaciones manifiestas, la solución judicial al caso tendrá que ir más allá de la seguridad jurídica que pretende la figura de la Caducidad, pues debe preferirse la defensa de valores esenciales de la humanidad y los derechos que hacen parte del *ius cogens*, con lo cual además, en opinión del profesor Arrau, el juez debe resolver en función de la situación más beneficiosa para la víctima y no para el victimario, a pesar de que este último tenga la calidad de agente del Estado (Gonzalo, 2008).

En este mismo sentido argumentativo, Juan Esteban Montoya Hincapié ha establecido, que la reparación integral a las víctimas es un principio y se establece como un derecho inalienable e imprescriptible a favor de estas y correlativamente impone obligaciones resarcitorias a cargo del Estado, por lo tanto, la figura de la caducidad no es inmune ante estas violaciones, que son vistas ante la comunidad como crímenes internacionales.

Las acciones resarcitorias consagradas en la jurisdicción colombiana, señalan la existencia de términos de caducidad para su interposición. Esta situación se ha sustentado en el principio de seguridad jurídica, sin embargo; la dinámica del derecho y la creación contemporánea de presupuestos axiológicos determinadores de la preponderancia de la dignidad humana, han ocasionado el surgimiento de nuevas tesis que realzan el valor de la persona y fundamentan las relaciones de poder (Montoya, 2013).

De la misma manera, Acevedo y Rojas (s.f.) a través de su teoría la fundamentación de los derechos humanos en Colombia a la luz de la postura de Robert Alexy, plantean lo siguiente: que no es suficiente fundamentar, ya que se deben transformar en derechos fundamentales, garantizando así su aplicación, en otras palabras, Alexy, habla de la positivación.

En consonancia con lo anterior y como parte de la positivación de tales garantías, el artículo 93 Constitucional, nos remite a las normas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual estableció dentro de su marco jurídico, herramientas para la Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, que debía adoptar Colombia como Estado parte del Pacto.

1. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.
2. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2).

De igual manera, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), impone una obligación legislativa por parte de los países firmantes del

pacto, entre estos Colombia, establecida en el artículo 2º, de la Convención y que tiene como finalidad, la de facilitar la función del Poder judicial, en nuestro caso el Juez Administrativo, de tal forma que cuando este aplique la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular.

Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2).

En tal caso se hace necesario que el Juez Contencioso, determine el criterio metodológico de interpretación a desarrollar en el ejercicio de su función jurisdiccional, teniendo en cuenta que existe una norma interna procesal que al limitar el termino para interponer la demanda, busca la protección del interés general a través del principio de seguridad jurídica y normas externas que tienen como finalidad la protección y defensa de las víctimas, que ante situaciones graves como la violaciones a derechos humanos propenden por el principio del acceso a la justicia. Principios que colisionan permanentemente ante tales hechos.

En principio, parecería que estamos ante un caso fácil, no obstante, al enfrentar tal situación el Juez Administrativo, se encuentra con la perspectiva que regla “Caducidad” y principio “Seguridad Jurídica” se integran de tal forma que al momento de aplicar la norma procesal no es posible separarla de este principio, lo que es llamado también como principalización de las reglas, es decir la conversión de las reglas en principios, o constitucionalización de las reglas (Patiño, 2013).

Por tal motivo al interpretarse la norma procesal del termino de Caducidad, fijada en la ley 1437 de 2011 para el medio de control de Reparación Directa, el juez administrativo tiene el deber de aplicar el mandato del artículo 11 del Código General Del Proceso, referente a la interpretación de las normas procesales y el fin que en el cumplimiento de ellas se busca.

Artículo 11. Interpretación de las normas procesales. Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal

garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias (Ley 1564, 2012).

Lo anterior nos indica, que los jueces al momento de aplicar la ley procedimental deben tener en cuenta cual es la finalidad para la cual se incorporaron esas normas al ordenamiento jurídico. Robert Alexy nos señala, la necesidad de interpretar esas normas, y nos plantea la teoría del problema de la fundamentación de proposiciones normativas (Alexy, 1997) que aunque mostrándose como proposición normativa correcta o verdadera, pudiera llevarse a cabo una discusión sobre su justificación.

A partir de este concepto podríamos determinar el criterio de validez y eficacia de la noción de Caducidad ante casos de violaciones a derechos humanos, a través del orden jurídico internacional, cuando el interno no satisface esas necesidades, lo que acarrea una serie de consecuencias importantes que debilitan la idea de la aplicación estricta del termino de Caducidad, lo que obliga a los jueces nacionales a hacer un control no solo de la Constitución, sino que por mandato de ella misma, (Const., 1991, art. 93) un control de convencionalidad, en cumplimiento de las garantías a la protección de los derechos humanos, a lo que está obligado el Estado de Colombia, por disposición expresa del artículo 1.1., de la Convención Interamericana De Derechos Humanos.

Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (Convención Interamericana De Derechos Humanos, 1969, art.1).

Este entorno jurídico de derechos humanos, fortalece la teoría de que la función judicial no está supeditada al apego de la normas procesales internas, ni a los principios que la arropan, sino, a una dinámica personal y social existente (Bernal Pulido, 2005), debido a la realidad jurídica en constante cambio, que exige un derecho dinámico, flexible, adaptable a la realidad social de cada lugar y de cada momento (Teoría del derecho, s.f.), y es en ese instante, donde surge la obligación constitucional y convencional, por parte del juez de garantizar que las normas internas no contraríen las disposiciones establecidas en los tratados y convenios internacionales, ratificados por el congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación. (Gómez, 2016, art. 93).

De igual forma se pronunció, el Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, quien en un voto razonado, en la sentencia de la Corte Interamericana De Derechos Humanos, en el caso *Cabrera García Y Montiel Flores Vs. México*, manifestándose sobre el surgimiento y la reiteración de la doctrina del Control Difuso De Convencionalidad.

De tal manera que para poder determinar si las actuaciones de los jueces nacionales resultan compatibles con el Pacto de San José, en determinados casos se tendrá que analizar su actuación a la luz de la propia normatividad interna y siempre atendiendo a la Convención Americana, especialmente para valorar lo que podríamos denominar el “debido proceso convencional” (en sentido amplio).<sup>6</sup> Dicho análisis, por consiguiente, no puede constituir una “cuestión preliminar”, sino fundamentalmente representa una “decisión de fondo”, donde precisamente se analizaría si un determinado ejercicio del “control de convencionalidad” por parte de los tribunales nacionales resultó compatible con las obligaciones contraídas por el Estado demandado y a la luz de la propia jurisprudencia interamericana. (Voto Razonado, 2010)

Por lo tanto ese deber de garantía por parte del Juez Administrativo, se desprende de la necesidad de velar a través del control difuso de convencionalidad, por el cumplimiento de los preceptos constitucionales y jurisprudenciales del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, sobre el derecho Contencioso Administrativo, mermando el excesivo rigor de la norma procesal de Caducidad y permitiendo una aplicación más flexible acorde con la finalidad que se quiere lograr, “El acceso a la justicia de las víctimas de violaciones a derechos humanos” lo que permitiría la oportunidad para la reclamación de una reparación integral y por ende la efectividad en el cumplimiento de los derechos y no la mera respuesta normativa o ilusoria.

En concordancia con lo anterior, dentro de los aspectos esenciales del anteriormente citado voto razonado, del Dr. Mac-Gregor Poisot, exhorta a los jueces a dar aplicación en todo momento a las normas de la convención, cuando exista un derecho amparado por estas, por encima de las normas internas y a la interpretación que, del mismo, ha hecho la Corte Interamericana a través de sus fallos judiciales.

---

<sup>6</sup> Si bien no existe de manera expresa referencia al “debido proceso” en la Convención Americana, el conjunto de derechos del propio Pacto y el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH, ha creado, en su conjunto, lo que podría denominarse el “debido proceso convencional”, integrado por diversos derechos. En un interesante voto concurrente, Sergio García Ramírez advierte que “[...] Entre los temas examinados con mayor frecuencia por la Corte Interamericana se halla el llamado debido proceso legal, concepto desenvuelto por la regulación y la jurisprudencia angloamericana. El Pacto de San José no invoca, literalmente, el “debido proceso”. Con otras palabras, sin embargo, organiza el sistema de audiencia, defensa y decisión entrañado en aquel concepto. Cumple esta misión --esencial para la tutela de los derechos humanos-- con diversas expresiones y en distintos preceptos, entre ellos el artículo 8º, que figura bajo el rubro de “Garantías judiciales”. Lo que se pretende con ello es asegurar al individuo que los órganos del Estado llamados a determinar sus derechos y deberes --en múltiples vertientes-- lo harán a través de un procedimiento que provea a la persona con los medios necesarios para defender sus intereses legítimos y obtener pronunciamientos debidamente motivados y fundados, de manera que se halle bajo el amparo de la ley y al abrigo del arbitrio” (Párr. 3, del voto razonado que formuló, en relación con la Sentencia del Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151*).

En la Sentencia a que se refiere el presente voto razonado, se reitera la esencia de la doctrina del “control de convencionalidad” con algunas precisiones de relevancia, en los siguientes términos:

225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Voto Razonado, 2010)

En un precedente anterior y para muchos doctrinantes el más importante relacionado con el control difuso de convencionalidad de la Carta Interamericana, se reiteró la obligatoriedad por parte de los jueces nacionales de convertirse en “guardianes” de la convencionalidad, quedando de esta forma reflejado en la sentencia del Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, en los siguientes términos:

123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. (...).

124. (...) En otras palabras, el Poder judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Escobar, 2012)

Estos precedentes, confirman la atribución y la relevancia que tiene el Poder Judicial, para garantizar así la aplicabilidad y la eficacia de los preceptos de la Convención Americana cuando las normas internas no sean suficientes para cumplir con ese cometido y reafirman la exigencia al Juez Administrativo de velar por el cumplimiento de las disposiciones del Pacto y de la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana.

## **CONCLUSIONES**

Del análisis de los fallos puestos a consideración en la presente investigación, se desprende, que no ha habido un criterio uniforme en la jurisprudencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, para establecer una excepción al término de caducidad del medio de reparación directa, en los casos de violaciones a los derechos humanos que han sido imputados al Estado, porque en primer lugar; existe una deficiencia en la norma, un vacío tal, que permite solo la interpretación del operador jurídico para determinar en qué casos específicos existe la excepción al termino de caducidad, ante ciertas conductas de fragantes violaciones a los derechos humanos y que no quedaron contempladas en la Ley, lo cual se podría revertir si se integran los estándares del sistema interamericano de justicia en materia de reparación, en el procedimiento administrativo teniendo en cuenta que a pesar de la similitud que tienen muchos de estos delitos, cada uno es autónomo en sus características y se haría necesario una distinción de cada uno de ellos.

Es necesario ante la ola de procesos de reparación de victimas que a la fecha no han accedido a la justicia, introducir cambios a la norma bajo criterios diferentes a los dados en el Decreto 01 de 1984, e instituir en una posible modificación a la norma criterios objetivos en los términos de caducidad, que no queden a la interpretación subjetiva del operador de justicia, y de esta forma institucionalizar esta figura clásica de nuevos contenidos de acuerdo a nuestro modelo de Estado Social De Derecho, armonizado con la jurisprudencia Interamericana.

En segundo lugar ha hecho falta una unificación jurisprudencial por parte de Consejo De Estado, ya que al demostrarse que existe cierto grado de indeterminación en el término de caducidad señalado en la Ley 1437 de 2011 y multiplicidad de operadores judiciales que llegan a sentidos judiciales distintos sobre su alcance, incluso, queriendo aplicar la jurisprudencia interamericana, resulta necesario que en el escenario natural del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa, cumplan con la función de unificación jurisprudencial, para que brinde a todos los actores en los procesos judiciales de reparación del daño antijurídico, cierto nivel de certeza,

respecto a las conductas violatorias a derechos humanos que se han venido dando en Colombia, sobre todo en los últimos 25 años y de esta forma se garantice de una vez por todas el derecho constitucional al acceso de justicia a las víctimas y a que las decisiones judiciales en materia contenciosa administrativa se instituyan en una interpretación uniforme y estable del ordenamiento jurídico en Colombia y de esta forma se cierre toda posibilidad de debate jurisdiccional, dando por terminada la incertidumbre que representa para las víctimas de violaciones de derechos humanos el acceso a la justicia Contenciosa Administrativa.

## Referencias Bibliográficas

- Aguilar, G. (2008) Evolución de la jurisprudencia en materia de imprescriptibilidad de la acción civil en casos de violaciones a los derechos humanos. Editorial Gaceta Jurídica.
- Alexy, P. (1997). Teoría de la argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de estudios constitucionales. Prisma Industria Gráfica, S.A. Madrid, España.
- Bernal Pulido, C. (2005). El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Betancur, C. (2005) Derecho Procesal Administrativo, Sexta edición. Señal Editora.
- Chavarro, R. (2010). La caducidad de las acciones contenciosas administrativas. Ed. Loeyes, Bogota.
- Congreso de Colombia. (7 de julio de 1998). Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. [Ley 446 de 1998]. DO: 43.335
- Congreso de la Colombia. (10 de junio de 2011). Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Ley 1448 de 2011]. DO: 48.096.
- Congreso de la Colombia. (15 de Noviembre de 1918). sobre la manera de hacer efectivo el derecho de indemnización por expropiaciones ejecutadas por autoridades administrativas. [Ley 38 de 1918]. DO: 16542.
- Congreso de la Colombia. (18 de enero de 2011). Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011]. DO: 47.956.
- Congreso de la Colombia. (20 de diciembre de 1994). “Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las

víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)”, hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977. [Ley 171 del 1994]. DO: 41.640.

Congreso de la Colombia. (7 de enero de 1942). Organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa. [Ley 167 de 1941]. DO: 24.853.

Congreso de la Colombia. (7 de julio de 2000). Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura [Ley 589 de 2000]. DO: 44.073.

Congreso de la Colombia. (9 de Julio de 1996). Por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicio a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos. [Ley 288 de 1996]. DO: 42.826.

Consejo de Estado, Sección Tercera. (9 de Diciembre de 2013). Sentencia n° 50001-23-31-000-2012-00196-01(48152). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resoluciones 1235 (XLII) y 1503 (XLVIII) del

Constitución Política de Colombia (1991). 2da. Edición Legis.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (22 de noviembre de 1969).

Convenios de Ginebra. (12 de agosto de 1949).

Corte Constitucional, Sala Plena. (18 de mayo de 1995). Sentencia C-225/1995. MP: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sala Plena. (31 de julio de 2002). Sentencia C- 580/2002. MP: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

CorteIDH. (1 de julio de 2006). Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia.

CorteIDH. (11 de mayo de 2007). Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia.

CorteIDH. (12 de septiembre de 2005). Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia.

CorteIDH. (14 de noviembre de 2014). Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia.

CorteIDH. (15 de septiembre de 2005). Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia.

CorteIDH. (20 de noviembre de 2013). Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia.

CorteIDH. (26 de febrero de 2016). Caso Duque Vs. Colombia.

CorteIDH. (26 de mayo de 2010). Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia.

CorteIDH. (26 de noviembre de 2010). Caso Cabrera García Y Montiel Flores Vs. México, voto razonado.

CorteIDH. (27 de noviembre de 2008). Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia.

CorteIDH. (3 de septiembre de 2012). Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia.

CorteIDH. (30 de noviembre de 2012). Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia.

CorteIDH. (31 de enero de 2006). Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia.

CorteIDH. (4 de julio de 2007). Caso Escué Zapata Vs. Colombia.

CorteIDH. (5 de julio de 2004). Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas.

CorteIDH. (6 de diciembre de 2001). Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo.

CorteIDH. (8 de diciembre de 1995). Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Fondo.

Gómez, A. (2016) Análisis de la política pública de operaciones militares: Garantías de no repetición del daño antijurídico. Tesis de Maestría en Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

- Guecha, C. (2006) Responsabilidad del estado por actos terroristas – de la responsabilidad por falla a la responsabilidad por falla a la responsabilidad sin falla. *Principia IURIS*, 6(6). 29-42.
- Montoya, J. (2013) Improcedencia de la caducidad en las acciones resarcitorias por delitos de lesa humanidad. *Revista Conflicto & Sociedad*, 1(2), Sabaneta, Colombia.
- Nogueira, H. (2000) Las constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos. *Anuario de Derecho Latinoamericano*. CIEDLA, Konrad Adenauer. Buenos Aires.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1976).
- Patiño, D. (2013) La constitucionalización del proceso, la primacía del derecho sustancial y la caducidad contencioso administrativa *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Enero-Junio Vol. 43, No. 119. pp. 655-703 Medellín – Colombia.
- Presidencia de la Republica. (10 de enero de 1984). Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. [Decreto 01 de 1984]. DO: 36.439.
- Presidencia de la Republica. (14 de Diciembre de 2007). Comisión para la reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. [Decreto 4820 de 2007]. DO: 46842.
- Uprimny, R. (2010) La paradoja colombiana: legalismo y violencia. *La silla vacía*, 13 de octubre de 2010.

# **IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE LESIVIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA DESDE UNA MIRADA CON EL DERECHO COMPARADO DE ESPAÑA**

---

**Pedro Triana \***

**Juan Carlos De Los Rios \*\***

---

\* Abogado, Magister en Derecho Administrativo y Especialista en Derecho Administrativo, Docente Universitario en las cátedras de derecho Administrativo General, Administrativo Colombiano y Procesal Administrativo en la Corporación Universitaria Americana y Catedrático en la Escuela de Postgrados en la Especialización de Derecho Administrativo en la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla. Asesor y Litigante en la Materia. Correo electrónico. [ptriana@coruniamericana.edu.co](mailto:ptriana@coruniamericana.edu.co)

Abogado de la Universidad del Atlántico, Magister en Derecho Universidad del Norte, Investigador Asociado Colciencias, Profesor de La Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, De la Corporación Universitaria Americana, y miembro de los Grupo de investigación "Derecho Justicia y estado Social de Derecho". [jderios@coruniamericana.edu.co](mailto:jderios@coruniamericana.edu.co) – [juancarlosdelosrios@gmail.com](mailto:juancarlosdelosrios@gmail.com) Código ORCID: 0000-0002-3061-0593

**E**ste capítulo tuvo como propósito hacer un análisis basado en la Investigación Jurídica de la norma procesal, establecida para la revocatoria de los actos administrativos de carácter particular y la que prescribe el término para que las autoridades puedan demandar ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sus propios actos. Para lo cual determinamos como objetivo general, analizar la implementación del sistema de lesividad desde el procedimiento administrativo y contencioso administrativo en Colombia, al no existir actualmente en nuestro ordenamiento jurídico un medio de control autónomo que desarrolle esta figura jurídica, lo que ha presentado dificultades a las autoridades cuando estas han pretendido demandar sus propios actos. Se utilizará el método de investigación descriptivo y analítico, partiendo de los postulados señalados por la doctrina y la jurisprudencia, que permitan determinar si es procedente o no, la aplicación de un nuevo procedimiento que implemente el sistema de lesividad acorde con el principio de legalidad, en el Derecho Administrativo Colombiano.

La voluntad de la Administración y la manifestación de esta, a través de una decisión, está ligada al mecanismo jurídico del acto administrativo; con el objeto de crear, modificar, reconocer o extinguir una situación jurídica, por tal motivo en la finalidad que persigue la administración, el acto despliega efectos jurídicos, los cuales dentro de su preparación (elementos de validez) y posterior expedición (elementos de eficacia) deben estar acordes con el principio de legalidad y los fines constitucionales y legales que se inspiran el Estado Social De Derecho.

Como corolario, uno de los principios fundamentales que orienta nuestro sistema de normas como protección de los derechos de los ciudadanos, es aquel que desde la Constitución misma se deja sentado en su artículo primero; consistente en la prevalencia o primacía del interés general. La realización del mismo implica, que, para el desarrollo saludable de la comunidad, prevalezcan los intereses colectivos de la misma, sobre los intereses particulares de cada uno de sus integrantes.

En ese orden de ideas, las autoridades de la República y los mismos ciudadanos, están llamados a colaborar para la realización del bienestar común; sin embargo, para la Administración, materializar la prevalencia del interés general de las personas que integran nuestra Nación, implica entre muchas más obligaciones el máximo aseguramiento de los principios constitucionales, pues estos son los que en gran manera aseguran la realización de nuestro Estado Social De Derecho y permite cumplir con los fines esenciales del Estado, garantizando de esta forma la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, lo que impone una misión a las autoridades.

Este conjunto de propósitos expresados en principios y reglas como presupuesto que orientan la función administrativa, que también podemos ver en los artículos 209 de la Constitución Política y 3° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, determinan para la administración pública; que sus actuaciones se vean regidas por la transparencia, eficacia, economía e imparcialidad, pero ante todo, que en el ejercicio de la función administrativa, las autoridades manifiesten su voluntad revestidas del principio de legalidad, como materialización del ejercicio del poder del Estado social de Derecho.

No obstante, al igual que los particulares erran en sus actos, también las autoridades del Estado lo hacen en desarrollo de sus actuaciones, dejando comprometida la misión para la cual fueron instituidas y que constitucionalmente debe garantizar.

El ejercicio de la función administrativa se materializa principalmente a través de la expedición de actos administrativos como manifestación de su voluntad, y en esa ejecución las autoridades pueden expedir actos que no están conforme a la Constitución o a la Ley, y que adicional a ello generan daños al interés público.

Para contrarrestar la situación descrita, las autoridades cuentan con varios mecanismos procesales, que dentro del ordenamiento jurídico tienen como finalidad garantizar la indemnidad del mismo, pero cuando estos mecanismos no son suficientes, el principio de legalidad corre grave peligro, lo que haría inócua la obligación de cumplir con la Constitución, las leyes y entre otros deberes, el de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (Const., 1991, art, 95).

La Corte Constitucional desarrolló la teoría de la superioridad del derecho, como Fundamento esencial de todo Estado Democrático, señalando en su pronunciamiento la preeminencia y superioridad del derecho y la subordinación de los habitantes como de sus autoridades al mismo y en primer lugar a la Carta Magna por ser la norma de mayor rango:

5. (...) En tal sentido, el Art. 4° de ésta dispone que es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes y respetar y obedecer a las autoridades; el Art. 6° *ibidem* estatuye que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y que los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, y el Art. 95 *ibidem* dispone que toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Dicho sometimiento general al ordenamiento jurídico tiene como finalidad

asegurar un orden justo y la convivencia pacífica en la vida social, como lo consagran expresamente el preámbulo de la Constitución, como valores del Estado, y el Art. 2º *ibidem*, como fines esenciales del mismo. Para alcanzar ese efecto, aquel tiene como característica esencial la coacción, es decir, la potestad de imponer su cumplimiento sin la voluntad de las personas y aun contra dicha voluntad, por conducto de los órganos estatales competentes.

En esta forma, el ordenamiento jurídico, en forma general, otorga validez a los actos de las autoridades o de los particulares que se ciñen en su formación a las disposiciones del mismo, o sea, otorga validez a los actos lícitos, y la niega a los que se apartan de ellas, es decir, a los actos ilícitos (...) (Corte Const, Sala Plena, C-993, 2006).

Como lo señala Molina (2002) “No podría ser de otra manera puesto que la actividad de la Administración en el irrespeto de las normas conduce al ejercicio arbitrario del poder y a la inestabilidad del ordenamiento jurídico” (p.60). Por lo que al analizar la implementación del sistema de lesividad en el procedimiento administrativo en Colombia, se hace necesario: Describir los antecedentes del sistema de lesividad en nuestro país; Evaluar la implementación del sistema de lesividad en la Ley 1437 de 2011; y establecer si resulta pertinente la implementación de un nuevo procedimiento que desarrolle el sistema de lesividad en nuestro Derecho Administrativo.

## **ANTECEDENTES DEL SISTEMA DE LESIVIDAD EN COLOMBIA**

En Colombia, una de las primeras normas adjetivas a favor de las autoridades y que fue implementada con el objetivo de que estas pudieran demandar sus propios actos lesivos, por la imposibilidad de ser revocados por ellas mismas, no se origina con la expedición del actual Código, la Ley 1437 de 2011, sino que ya venía reconocida en otras normas expedidas con anterioridad.

La ley 130 de 1913, primer Código Contencioso Administrativo colombiano, utilizó el concepto “lesivos”, es así como en su artículo III, estableció un procedimiento para que las autoridades solicitarán ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, la nulidad de sus propios actos, cuando estos lesionaran los derechos civiles o lesionaran normas legales y/o constitucionales:

Artículo III. Son anulables como las ordenanzas de las Asambleas Departamentales, los decretos y demás actos de los Gobernadores contrarios a la Constitución, a las leyes, o a las ordenanzas, o lesivos de derechos civiles.

De los respectivos juicios conocen en primera instancia los Tribunales Administrativos Seccionales y en segunda el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, según la tramitación establecida en los artículos.” (Ley 130, 1913, art. 111).

Posteriormente se expidió el 24 de diciembre de 1941, el segundo Código Contencioso Administrativo colombiano, la Ley 167, por medio de la cual se organizó la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, también utilizó la expresión “lesión” para desarrollar, la acción por medio de la cual se acusarían ante los Tribunales Administrativos, los actos administrativos de carácter particular, en lo que también se conoció como la Acción de Plena Jurisdicción Indemnizatoria:

La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho.

La misma acción tendrá todo aquel que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho. (Ley 167, 1941, art. 67).

En este momento histórico, es importante resaltar, que la potestad que tenían las autoridades para controlar sus propios actos, no estaba muy desarrollada, tanto así, que el procedimiento que hoy conocemos como la revocatoria directa de los actos administrativos no aparecía en el panorama administrativo colombiano, a cambio el legislador estableció de forma autónoma el procedimiento para que esas mismas autoridades, pudieran solicitar a través del Ministerio Público la nulidad de sus propios actos, de acuerdo a los motivos señalados en la Ley.

También la Administración, por conducto del respectivo Agente del Ministerio Público, podrá solicitar la anulación de los actos a que se refieren los artículos 62 a 66 de esta Ley, por los motivos en ellos señalados. (Ley 167, 1941, art. 72).

Pero incluso hasta ese instante el desarrollo de la implementación de un sistema de lesividad en Colombia aún era tímido, el artículo 72 previamente descrito, excluyó a las autoridades de la posibilidad de pretender ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo actuar directamente a solicitar la nulidad de los actos administrativos, ni si quiera por conducto del Ministerio Publico podía solicitar el restablecimiento del derecho cuando esta fuera lesionada por su propio acto, limitándola a los efectos jurídicos de la simple nulidad.

La Ley 167 de 1941, fue posteriormente reformada y complementada por el Decreto 2733 de 1959, el cual, en su Capítulo III, en primer lugar sentó las causales de procedencia de la revocación directa de los actos administrativos:

Artículo 21.- Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido, o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Cuando sea manifiesta su oposición con la Constitución o la ley;
- b) Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él;
- c) Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona. (Dec. 2733, 1959, art. 21).

Fijó normas para saber cuándo y contra cuales actos era procedente la figura:

Artículo 22.- La revocación podrá cumplirse en cualquier tiempo y en relación con providencias o actos ejecutoriados o que se hallen sometidos al control de los tribunales contencioso administrativo, siempre que en este último caso no se haya dictado sentencia definitiva. (Dec. 2733, 1959, art. 22).

También desarrolló cuales eran los efectos que tendría en el ordenamiento jurídico la petición de revocatoria de un acto administrativo:

Artículo 23.- Ni la petición de revocación de un acto, ni la providencia que sobre ella recaiga, reviven los términos legales para el ejercicio de las respectivas acciones contencioso-administrativas. (Dec. 2733, 1959, art. 23).

Y por último fijó límites a la potestad revocatoria de los actos administrativos de las autoridades:

Artículo 24.- Cuando el acto administrativo haya creado una situación jurídica individual, o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. (Dec. 2733, 1959, art. 24).

La anterior disposición, limitaba a las autoridades nuevamente a los efectos jurídicos de la Simple Nulidad, pero con una característica no menos importante,

si el acto administrativo de alguna forma favorecía al administrado, creando para él, una situación jurídica o reconociendo un derecho de igual categoría, este no podía ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito de el mismo y como agravante para la administración, la norma procesal, no manifestaba ninguna excepción a esa regla, lo que podría permitir, que los actos originados por medios ilegales o fraudulentos se mantuvieran indemnes, si el titular del derecho se negaba a dar su consentimiento de revocarlo.

Posterior a esto se expidió la Ley 58 de 1982, la cual otorgo facultades al presidente de la época, Belisario Betancur, para expedir el Decreto 01 del 2 de enero de 1984, por el cual se modifica el Código Contencioso Administrativo en Colombia, el cual sería posteriormente reformado: por los Decretos 2288 y 2304 de 1989, y las Leyes 270 de 1996 y 446 de 1998.

Antes de 1984, existían deficiencias en la norma procesal que dificultaban la revocatoria o anulación de sus propios actos por parte de la administración, aun estos fueran lesivos a ella. Con la Ley 58 de 1982 y la posterior expedición del C.C.A. de 1984, se establecieron los principios rectores que orientarían la actuación administrativa a cargo de las autoridades y que posteriormente fueron elevados a rango constitucional en la Carta de 1991, entre ellos; el principio de legalidad, lo que permitió estatuir a partir de este código, una reforma al procedimiento para que en algunos casos específicos, la misma administración pudiera revocar directamente los actos administrativos, aun si estos fueran creado o modificado una situación jurídica de carácter particular, contexto que era expresamente prohibido por el Decreto 2733 de 1959, el cual como ya lo mencionamos no estableció excepciones a la regla procedimental.

Revocación de actos de carácter particular y concreto. Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales. (Decreto 01, 1984, art. 73)

En ese orden de ideas, en vigencia del Decreto 01 de 1984, los actos administrativos de carácter particular que configuraban situaciones concretas a favor de los administrados, no podían ser revocados por parte de la administración sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular, pero

excepcionalmente permitía la revocatoria sin el consentimiento, para aquellos actos que fueran producto del silencio administrativo positivo o fueran producto de la utilización de medios fraudulentos, siempre y cuando estos fueran manifiestamente opuestos a la Constitución Política o a la ley; no estuvieran conformes con el interés público o social o atentaran contra él; o cuando con ellos se causare agravo injustificado a una persona.

*La Sección Cuarta en sentencia de 09 de octubre de 2003, con ponencia de Dr. German*

Otro cambio sustancial en el procedimiento después de 1984, fue el acceso a la justicia contenciosa administrativa a las entidades públicas, quienes ya podían ejercitar directamente las acciones judiciales ante esta jurisdicción, ya que antes del C.C.A., solo podía comparecer en nombre de la administración el ministerio público, adicional a ello se habilitó a las entidades privadas que cumplieran funciones públicas para que obraran como demandantes, en los procesos contencioso administrativos, por lo que cuando un acto administrativo expedido por la propia administración fuera lesivo a ella misma, esta podía acudir directamente a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en procura de su nulidad a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Y fue precisamente en vigencia de esta norma, donde la denominada acción de lesividad, tuvo su mayor desarrollo normativo, pero especialmente en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual legitimaba la existencia de la denominada acción, sobre el particular, la Sentencia del 26 de marzo de 1999. El M.P. Dr. Delio Gómez Leyva sostuvo que:

De conformidad con el artículo 149 del C.C.A, vigente a la fecha de la presentación de la demanda, las entidades públicas pueden obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, y pueden incoar todas las acciones previstas en el C.C.A, cuando las circunstancias lo ameritan. Así mismo, el artículo 136 ibídem, vigente por la época en mención, preveía en su inciso segundo que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caduca al cabo de dos años si el demandante es una entidad pública.

Las normas en mención ponen de presente la legitimación que tiene una entidad pública para demandar sus propios actos, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., pues no es cierto que la única persona que se puede creer lesionada en su derecho es el particular destinatario del acto, dado que puede suceder

que la Administración encuentre que su propio acto resulta lesivo a sus intereses amparados jurídicamente, motivo por el cual, a voces del artículo en mención, puede pedir la nulidad de su propio acto administrativo y el restablecimiento del derecho conculcado con el mismo. (...)

En sentido similar la Sección Segunda (subsección A) en Auto de 4 de febrero de 2010. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez señaló que:

Aun cuando en nuestra Legislación no está consagrada la acción de lesividad como acción autónoma y diferente a aquellas denominadas como típicas y establecidas en los artículos 84, 85, 86 y 87 del C.C.A., si existe la posibilidad de que la Administración impugne sus actos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, porque los mismos son ilegales o vulneran el orden jurídico generándoles un daño; y cuando se pretende el retiro del acto del ordenamiento por contener una decisión no ajustada a él, sin que sea el único propósito defender la legalidad en abstracto, sino también, en concreto, sino también el restablecimiento del derecho menoscabado a la misma Administración con su expedición.

Por eso la Ley establece que las entidades públicas pueden demandar su propio acto, cuando les resulte perjudicial por contrariar el ordenamiento jurídico (artículo 136 numeral 7 del Código Contencioso Administrativo) y no tengan la posibilidad de revocarlo directamente por la falta de requisitos para hacerle cesar sus efectos mediante el mecanismo de la revocatoria directa, al no obtener el consentimiento del beneficiario de la decisión particular y concreta contenida en el mismo.

Corolario de lo anterior, además de reconocer legitimidad en la causa por activa a las autoridades para demandar sus propios actos, uno de los aspectos fundamentales de esta normatividad, fue que estipuló en desarrollo de su articulado, términos especiales para que ellas mismas procuraran la nulidad de los actos administrativos, como lo describe el C.C.A. En su artículo 136 numeral 7°, en el cual se determinó:

Caducidad de las acciones.

7. Cuando una persona de derecho público demande su propio acto la caducidad será de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de su expedición” (Decreto 01, 1984, art. 136, numeral 7°).

De esa forma las autoridades administrativas contaban con dos términos para demandar actos administrativos, en primer lugar, con cuatro (4) meses cuando pretendieran demandar cualquier acto administrativo de otra autoridad, y con dos (2) años cuando el acto administrativo que pretendían demandar era un acto propio, sobre este punto el Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Providencia de Diecisiete (17) de marzo del dos mil (2000), Consejero Ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola sostuvo que:

Según la modificación introducida por el artículo 44 de la ley 446 de 1998, el término de caducidad de dos (2) años que señalaba el artículo 136 del C.C.A., para las personas de derecho público, está referido sólo a sus propios actos y no a los de otras personas de derecho público, de suerte que para éstos se aplica el término común, esto es, el de cuatro (4) meses contados a partir de la notificación, comunicación, publicación o ejecución del acto, (...)

En ese orden de ideas, en vigencia del C.C.A. las autoridades administrativas tenían como herramientas para expulsar del ordenamiento jurídico (i) La revocatoria directa siempre que los mismos fueran producto del silencio administrativo positivo o fueran obtenidos mediante medios fraudulentos o cuando contaran con el consentimiento del titular. (ii) La acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, la cual podían ejercer por las causales previstas en el ordenamiento jurídico dentro del término de dos (2) años contados a partir de su expedición.

## **IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE LESIVIDAD EN LA LEY 1437 DE 2011**

La ley 1437 entro en vigor el 2 de julio de 2012, lo que permite concluir que; desde la promulgación de la carta del 91 hasta la entrada en vigencia del nuevo código, los procedimientos administrativos y contenciosos administrativos estaban regidos por un Decreto presidencial estatuido en vigencia de la constitución de 1886, la cual propugnaba por un Estado De Derecho.

Ante los debates suscitados y a pesar de las reformas producidas al desarrollo del derecho administrativo en la historia de Colombia, era necesario adecuar el antiguo código a los mandatos de la constitución de 1991, para lo cual el ex presidente Álvaro Uribe Vélez, a través del Decreto No. 4820 de 2007, creo la Comisión para la reforma a la jurisdicción contenciosa administrativa, con el apoyo entre otros de magistrados del Consejo de estado y cuyo fin era presentar

el Proyecto de Ley que modificaría el Código Contencioso Administrativo, lo que a la postre dio como resultado la expedición en enero 18 de 2011, del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que algunos titulamos por sus siglas CPACA, el cual fue dividido en dos partes: la parte primera relacionada con el procedimiento administrativo y la parte segunda relacionada en lo que compete con esta investigación al procedimiento contencioso administrativo.

En la nueva disposición la Ley 1437 de 2011, las autoridades también tienen legitimidad para demandar sus propios actos, incluso, se señaló precedentemente que la misma ley en su artículo 97, le ordena a las autoridades administrativas hacerlo cuando quiera que no les sea posible revocar el acto administrativo particular y tampoco obtengan el consentimiento previo, expreso y escrito del titular, sin que esta norma, a diferencia del C.C.A., contemplara excepciones para revocarlo como; la del silencio administrativo o los actos obtenidos mediante medios fraudulentos. En todos los eventos en que se trate de un acto particular y que cumpla con las condiciones descritas en el artículo ídem, la administración deberá demandarlo para expulsarlo del ordenamiento jurídico.

En ese sentido, la primera precisión que deviene sobre la ley 1437 de 2011, es que en sede administrativa fue inflexible con la administración en la aplicación de la revocatoria directa para actos particulares, ya que bajo ninguna óptica en vigencia de este régimen, la administración puede revocar un acto administrativo particular que haya consolidado situaciones concretas a favor de particulares, sin que previamente haya obtenido el consentimiento previo, expreso y escrito del titular.

Nader Orfale (2014), señala que la posición adoptada, se debió al cambio constitucional que interfirió entre el Decreto 01 de 1984 y la Ley 1437 de 2011, ya que bajo la cobertura de la Constitución de 1991, lo más importante son las garantías de los administrados, fundamento bajo el cual en el presente código, se adopta una posición severa con la administración en lo atinente a la aplicación de la revocatoria, ya que se da una prevalencia absoluta a los derechos consolidados a favor de los administrados, manifestando que ante el reconocimiento de la administración ese derecho no puede encontrar limitación alguna, aun estableciendo consideraciones que propendan por la protección del interés general.

En la vigencia del C.P.C.A., cuando las autoridades se encuentra frente a un acto administrativo de carácter particular irrevocable, esta debe acudir ante la

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho establecido en el artículo 138, esta legitimidad que le asiste para recurrir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a solicitar la nulidad del acto propio y el restablecimiento del derecho, ha sido reconocida judicialmente por el Consejo de Estado, ante esta nueva disposición señaló:

Actualmente, la acción de demandar el propio acto está prevista en el artículo 138 del C.P.A.C.A. al señalar una legitimación universal (“Toda persona”) en la que se incluye a la entidad pública frente a su propio acto y que se armoniza con el artículo 159 *ibídem* que consagra la posibilidad de que las entidades públicas obren también como demandantes “en los procesos contencioso administrativos”, es decir en cualquiera de los medios de control consagrados para los actos, hechos operaciones y contratos de la autoridad, incluyendo los propios de quien incoa la demanda respectiva (Consejo de Estado, Sección Quinta, 81001-23-33-000-2012-00039-02, 2014).

En lo atinente al término de caducidad que pregonaba inicialmente el C.C.A. de la nueva norma como se expresó, lo derogo, eliminando el numeral que establecía el termino distintivo para la persona de derecho público, el cual era de dos (2) años e igualo a las autoridades con los particulares, a la hora de establecer el termino de caducidad, no haciendo ninguna distinción para la pretensión de nulidad de los propios actos de la administración, estableciendo una regla general para todos los actos administrativos de carácter particular de cuatro (4) meses, de conformidad a lo señalado en el artículo 164 de C.P.A.C.A:

Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. (...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

a) (...) b) (...) c) (...)

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales.” (Ley 1437, 2011, art. 164).

Sobre el particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado citada *Ibídem* señala de igual forma que:

“La demanda del acto propio y la nulidad y restablecimiento del derecho, si bien la única alusión a la demanda del propio acto por parte de la administración estaba prevista en la norma sobre caducidad de la acción en el C.C.A (art. 136-7), esta es predicable exclusivamente para la acción –ahora medio de control- de nulidad y restablecimiento del derecho, pues establecía un período más amplio –dos años- frente a la acción del mismo género presentada por particulares –cuatro meses-, por vía jurisprudencial se consideró la posibilidad de que la administración impugnara sus propios actos ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por las causales de nulidad de los actos administrativos y para restablecer su propio derecho que se auto-vulneró o que le resulta perjudicial con la expedición de su propio acto por contrariar el ordenamiento jurídico y no pueda revocarlo directamente por no poder cumplir con los requisitos de dicha figura. Valga la aclaración, en tanto el antiguo término de los dos (2) años no puede predicarse respecto de la demanda del propio acto en nulidad simple, pues esta carece de caducidad por tratarse de una acción pública, ni tampoco es aplicable a la acción de demandar el propio acto en la modalidad de nulidad electoral, en tanto la caducidad era de veinte (20) días y hoy de treinta (30) días por razones de defensa de la democracia y de la función pública, en tanto es necesario definir quiénes dirigen los destinos del país en forma rápida, pronta y con celeridad. Nuevamente, el parámetro del derecho subjetivo cobra vigencia para determinar en qué momento la administración podrá demandar el propio acto en nulidad y restablecimiento del derecho y recuperar su derecho subjetivo, lo cual se refleja en el tema de la caducidad del medio de control que fue unificado en cuatro (4) meses.”

En este primer escenario nos encontramos con dos dificultades ante la aplicación del procedimiento administrativo y el procedimiento en lo contencioso administrativo y una disyuntiva jurídica: (i) la protección del derecho del particular, que se encuentra reconocido en un acto administrativo que esta cobijado por la presunción de legalidad; (ii) o la protección del interés general y el principio de legalidad representado por la administración pública, la cual estima, que un acto administrativo expedido por ella se encuentra en contraposición a las disposiciones superiores y es actualmente lesivo a los intereses públicos, por lo cual se hace necesario dejar sin efectos jurídicos el vicio de legalidad emanado en el acto administrativo.

En eventos como el anterior, la administración se encuentra en un primer escenario procesal complejo, que le impide aplicar la revocatoria directa; obtener

el consentimiento del particular titular del derecho, lo cual puede traer como consecuencia jurídica en la mayoría de estos casos; actos administrativos de carácter irrevocable, por no obtener el consentimiento del administrado, lo que nos trae inicialmente un interrogante:

¿Si la administración no obtiene el consentimiento del particular, que podrá hacer para cesar los efectos del acto administrativo lesivo para los intereses que ella representa?

El mismo artículo 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, nos lleva al segundo escenario procesal a describir como respuesta al interrogante, cuando se sostiene que: “Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.” (Ley 1437, 2011, art. 97).

En virtud de lo anteriormente señalado El C.P.A.C.A., en su parte segunda, contempla los medios de control a través de los cuales se enjuician todos los actos administrativos expedidos por las autoridades administrativas, los cuales se encuentran del artículo 135 al 139: (i) Nulidad por Inconstitucionalidad art. 135. (ii) Control Inmediato de Legalidad, art. 136 (iii) Nulidad, art. 137 (iv) Nulidad y Restablecimiento del Derecho, art. 138 (v) Nulidad Electoral, art. 139.

Para la presente investigación, por tratarse de actos administrativos de carácter particular y concreto, cobra importancia el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, a través del cual la administración podría acudir a la Jurisdicción Contenciosa, en virtud del mandato contenido en el artículo 97 del C.P.A.C.A., para procurar la nulidad de un acto administrativo, expreso o presunto, que como se ha descrito, sería irrevocable por ella misma si no contara con el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular, los cual sería lesivo para el interés público.

No obstante lo anterior, en esa búsqueda de la protección de los intereses públicos y del principio de legalidad, las autoridades públicas al acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa encuentran una segunda dificultad, al tratar de ejercer el medio de control pertinente en contra del acto propio, y que es lesivo; dicho impase consiste en que la Ley 1437 de 2011, condicionó el ejercicio de los medios de control a los términos de caducidad fijados para cada uno de ellos (Ley 1437, 2011, art. 164), incluso cuando quien los pretenda ejercitar sean las autoridades públicas.

La anterior situación, encuentra su génesis en el hecho que la Ley 1437 de 2011, no creo ninguna excepción al termino de caducidad en lo referente al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ni distinguió para accionar el aparato judicial entre el particular o la entidad pública, como si lo hacía, el antiguo C.C.A. al establecer dentro de su procedimiento la posibilidad de demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra actos propios de la administración (Decreto 01 de 1984 Artículo 136. Modificado por el art. 23, Decreto Nacional 2304 de 1989, Modificado por el art. 44, Ley 446 de 1998).

Lo que permite inferir, que cuando una autoridad pretenda demandar su propio acto con la finalidad de anular sus efectos jurídicos, si estos han reconocido un derecho al particular y **la administración no pudo conseguir el consentimiento de este para revocarlo, deberá hacerlo dentro de los plazos fijados actualmente; cuatro (4) meses en el caso de la nulidad y restablecimiento del derecho, so pena de que opere la figura jurídica de la caducidad y el acto, aun cuando sea contrario a ordenamiento jurídico permanezca indemne.**

En este estado jurídico se pueden denotar el principal obstáculo a las autoridades, el acceso a justicia, ya que en su intento por expulsar del mundo jurídico un acto administrativo expedido por ellas y lesivo a los intereses públicos, la Ley les indica que han perdido la oportunidad de acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, para instaurar el correspondiente medio de control y de esta forma desvirtuar su legalidad, ya que el operador judicial de oficio o a solicitud de parte deberá rechazar la demanda de ilegalidad de tal acto, por haber fenecido el termino de caducidad del medio de control, quedando incólumes en el ordenamiento jurídico actos que se encuentran abiertamente en contraposición a las disposiciones superiores y violando el principio de legalidad, generándose entonces un choque entre estos dos principios tan elementales en el Estado Social de Derecho, ya que la caducidad comporta intereses sociales relacionados con la recta administración de justicia, así como con los principios de moralidad, igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que rigen la función administrativa, soportados en el artículo 209 de la Constitución, además de la exigencia según la cual los términos procesales deben ser observados con diligencia, de conformidad con lo estipulado en el artículo 228 del mismo ordenamiento.

Lo descrito anteriormente, implica sin duda alguna un problema de gran magnitud, ya que mientras se mantenga la presunción de estos actos espurios, se verá afectada directamente la realización de los fines del Estado y por consiguiente los intereses de la comunidad.

La legislación actual carece de elementos que permita la protección de los intereses de la administración, cuando quiera que esta expida un Acto Administrativo que pueda resultar contrario al ordenamiento jurídico. La insuficiencia legislativa para la protección de los intereses públicos queda demostrada, en la facilidad con la que se pueden ver burladas las herramientas otorgadas para ello, para lo cual utilizaremos un caso hipotético:

A través de la expedición de un acto administrativo en un establecimiento público descentralizado, el gerente de la entidad efectúa el nombramiento de un funcionario público, no teniendo competencia jerárquica para ello, ya que por Ley dicho nombramiento solo lo podía efectuarlo la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Sin embargo, la falta de competencia solo es evidenciada cuando han transcurrido seis meses desde que se efectuó el nombramiento y se posesiono el funcionario.

Si se hace un análisis del caso a la luz del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se tendrá que una vez evidenciada la falta de competencia para la expedición del Acto Administrativo, la Autoridad Administrativa, debe hacer uso de las alternativas que la Ley 1437 de 2011 le otorga, para subsanar el error en el que ha incurrido; el primera instancia el instrumento jurídico a aplicar sería la Revocatoria Directa; el otros escenario sería judicial, a través del Medio De Control correspondiente, que por tratarse en este caso de un Acto de Nombramiento, se ejercería por la misma autoridad a través de la Nulidad Electoral, contenido en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, el cual señala:

Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas. (Art. 139, Ley 1437, 2011).

A la luz de la Ley 1437 de 2011, la Revocatoria Directa, como se ha reiterado, no podría ser aplicable a menos que se obtenga el consentimiento previo, expreso y escrito del titular, por tratarse de un Acto Administrativo, que configuró una situación concreta a favor del funcionario nombrado.

Partiendo del hecho de la negación del consentimiento por parte del funcionario para la aplicación de la revocatoria; la única alternativa que le quedaría a la administración para la expulsión del Acto Administrativo

viciado sería demandar ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, a través del Medio de Control de Nulidad Electoral.

Sin embargo, se tiene otro inconveniente. La falta de competencia fue identificada a los seis (6) meses de haber adquirido firmeza, por lo cual habría caducidad para el ejercicio del medio de control, según lo preceptuado en el artículo 164 del C.P.A.C.A.:

La demanda deberá ser presentada: En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1° del artículo 65 de este Código (Art. 164, Ley 1437, 2011).

En este caso según las herramientas colocadas a disposición de la administración en la ley 1437 de 2011, no podría aplicarse la Revocatoria Directa y tampoco podría acudir en demanda de su propio acto, por encontrarse caduco su derecho a accionar, ya que debió efectuarlo dentro de los 30 días siguientes a la notificación del acto y no seis meses después de haber sido expedido.

La situación anterior, es una prueba de la fragilidad con la que se puede ver vulnerado el ordenamiento jurídico, sin que el Estado pueda hacer algo para remediar el daño causado.

Ahora bien, en el caso señalado, la administración para poder expulsar el Acto Administrativo del mundo jurídico, no podría hacerlo a través de una sentencia judicial, sino que quedaría supeditada a la obtención del consentimiento del administrado, caso contrario, la Entidad Pública, deberá soportar los efectos del acto, hasta que los mismos cesen o en el peor de los casos, soportarlos de forma indeterminada.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se deduce que la Ley 1437 de 2011, al obligar a las autoridades administrativas a demandar sus propios actos, en igualdad de condiciones a los particulares, tornó inoperante la Acción de Lesividad, ya que, al no fijar criterios de especialidad para demandarlos, las autoridades quedaron sin herramientas para acudir a la administración de justicia cuando evidencien la lesividad de un acto o su contravención al ordenamiento jurídico.

Lo anterior traduce que en vigencia de la ley 1437 de 2011, si una Autoridad

Administrativa, evidencia que un Acto Administrativo, expedido por ella, es actualmente lesivo a los intereses de la administración o contrario al ordenamiento jurídico, pero lo hace vencidos los términos de caducidad, la única forma en que puede dejar sin efectos el acto es obteniendo el consentimiento del particular, en todos los demás casos, deberá soportar sus efectos.

En este punto se puede sostener que el Decreto 01 de 1984, por lo menos contemplaba excepciones en cuanto a los términos de caducidad, los cuales daban más flexibilidad para el ejercicio de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, también contemplaba más alternativas para la aplicación de la Revocatoria Directa.

En el caso analizado anteriormente, por lo menos en vigencia del C.C.A. el Acto Administrativo habría podido ser controlado, ya que en vigencia de aquella norma el término para demandar el acto propio era excepcionalmente de dos (2) años, no de treinta (30) días como en el régimen vigente.

Lo anterior no quiere decir que el C.C.A. brindara herramientas óptimas para el Control Judicial de los Actos Administrativos por parte de las mismas autoridades, pero se sostiene que existían elementos, que permitían efectuar un mejor control que los ofrecidos por la Ley 1437 de 2011.

El sustento de la fragilidad referenciada encuentra su génesis en el hecho que la Ley 1437 de 2011 no estableció un procedimiento especial, que permita a las autoridades, ante actos de carácter particular y concreto expedidos por medios ilegales o fraudulentos, poder revocarlos sin el consentimiento de quien es titular del derecho; de igual forma no creo ninguna excepción al término de caducidad en lo referente al medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, ni estableció distinción alguna, para accionar al aparato judicial, entre el particular o la entidad pública, como si lo hacía, el antiguo C.C.A. al establecer dentro de su procedimiento la posibilidad de demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra actos propios de la administración

## **PERTINENCIA DE UN NUEVO PROCEDIMIENTO EN COLOMBIA, QUE DESARROLLE EL SISTEMA DE LESIVIDAD, A TRAVÉS DEL DERECHO COMPARADO CON ESPAÑA**

Es precisamente esa imposibilidad de ejercer un control de legalidad al acto propio de la administración, cuando a fenecido el término de caducidad

del respectivo medio de control, en donde se sustenta la pertinencia de la presente investigación, a través del estudio de la institución de la lesividad y la implementación de un nuevo sistema que desarrolle esta figura jurídica.

Los antecedentes más remotos de un sistema de lesividad, tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia, han sido unánimes en sostener que es en el Derecho Administrativo Español donde se estatuyó como recurso, el cual a través de la vía contenciosa se podía utilizar con la finalidad de dejar sin efectos aquellos actos que fueran expedidos por las autoridades españolas.

La acción de lesividad no se encuentra establecida como una institución en el ordenamiento jurídico colombiano, la facultad otorgada a las autoridades administrativas en el artículo 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de demandar su propio acto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no lleva esa distinción. A cambio, esta ha sido reconocida; doctrinal y jurisprudencialmente en Colombia, sobre esta institución se han elaborado diferentes teorías, José Roberto Dromi Casas (1995), en su texto *Acción de Lesividad*, conceptúa que:

El proceso de lesividad es aquel proceso administrativo especial cuyo objeto es la pretensión deducida por una entidad pública en relación a un acto de la misma que no puede revocar «per se». La interposición de la acción de lesividad da lugar a un proceso jurisdiccional en el que se examina la pretensión deducida por un sujeto de derecho frente a otro. La aparición de la Administración demandante supone la derogación de algunas reglas procesales comunes del proceso administrativo ordinario, cuyas disposiciones se le aplicarán en tanto no fueren incompatibles con la naturaleza específica de la acción referida (p.210).

Por su parte, el catedrático José González Pérez (1958) en su estudio “Proceso de Lesividad”, sostiene que la acción de lesividad “es aquél proceso administrativo especial cuyo objeto es la pretensión deducida por una entidad pública en relación a un acto de la misma. (Pág. 127-128)”, visto de esta forma, la acción de lesividad se determina por el sujeto que tiene la legitimidad para demandar, posición que necesariamente debe adoptar una autoridad administrativa, con la particularidad que la pretensión de la demanda es la anulación de un acto de su propia autoría.

Eduardo García De Enterría (1956), en *Los Actos Propios y El Sistema De La Lesividad*, realiza una crítica a las posturas de muchos autores que sostienen que la acción de lesividad constituye un privilegio para la administración, por el cual

le es dable a la administración cuestionar judicialmente sus propios actos cuando quiera que los mismos se encuentren en firme.

El autor, arguye diciendo que tal privilegio no existe y que por el contrario la acción de lesividad es más un castigo que un premio, pues es la demostración más clara de que hubo un error en la administración y que en consecuencia necesita la vista de un órgano diferente para que pueda establecer en derecho lo que realmente debe de darse.

Amorocho y Bolívar (2010) en su texto titulado: La Revocación Directa de los actos administrativos en el nuevo orden jurídico, nos enseñan la revocatoria directa como un instrumento que debe ser observado desde todos los tópicos que se erigen como partes dentro del proceso administrativo, es decir, debe ser visto desde la óptica de la autoridad administrativa y desde la óptica del administrado.

Haciendo lo anterior, logran concluir que dicha institución se erige para el administrado en un medio excepcional de acusación de los actos administrativos dictados por las autoridades el cual puede ser ejercitados por este con la única limitación de no haber ejercido la anteriormente denominada vía gubernativa, por su parte observada desde la óptica de la administración concluyen que es una prerrogativa o un poder inherente a la naturaleza misma de esta por el cual se le permite revocar sus actos administrativos solo con las limitantes impuestas por la ley para ello.

Nader Orfale (2014), en su artículo “De los actos administrativos: análisis frente a los principios constitucionales”, aborda un estudio de la revocatoria directa a la luz de los principios que orientan el ordenamiento jurídico colombiano, puesto que con la constitucionalización del derecho todas las figuras deben ser analizadas conforme a los mismos.

Una vez analizada la revocatoria a la luz de principios como el del interés general, la buena fe y moralidad el autor establece una crítica y concluye que la restricción colocada a la administración en la ley 1437 de 2011, de no poder revocar directamente los actos administrativos obtenidos por medios fraudulentos es abiertamente inconstitucional por cuanto atenta contra los mismos, a su juicio la administración facultada por estos principios debería poder revocar directamente esos actos, el autor concluye su ensayo acusando de inconstitucional el artículo 97 de la Ley 1437.

Pacheco García y Santos Zúñiga (2014), en su trabajo denominado La Acción De Lesividad Como Mecanismo Para La Declaratoria De Nulidad De Los Actos

Administrativos<sup>1</sup> Llamen la atención los autores en el sentido de que la acción de lesividad no existe en el ordenamiento jurídico colombiano como un medio de control autónomo y que existe un vacío jurídico en relación con la reglamentación y ejercicio de la acción de lesividad puesto que si bien su ejercicio se infiere de las normas que regulan la figura, no existe reglamentación en cuanto a su ejercicio, lo cual ha venido a ser desarrollado por la jurisprudencia y el Consejo de Estado.

Los autores manifiestan su desacuerdo con el hecho de que la acción encuentre su principal desarrollo en los pronunciamientos judiciales, principalmente en la jurisdicción Contencioso Administrativa y de la Corte Constitucional, máxime si se tiene en cuenta que sus alcances son demasiado importantes como para ser desarrollados por vía implícita, sino que debería existir una regulación autónoma sobre el asunto.

El planteamiento de tales Teorías permite obtener nuevos elementos de juicio que sostendrían la necesidad de la implementación de un nuevo procedimiento que desarrolle el sistema de lesividad en el Derecho Administrativo Colombiano, y que permitan salvaguardar el principio de legalidad de mejor forma ante situaciones como las ya expuestas. Para lo cual resulta pertinente hacer un análisis de derecho comparado con otras legislaciones como la española, con el propósito de comprender y mejorar el nuestro sistema jurídico, por ser esta como se mencionó anteriormente, la precursora de esta figura y que, de ser implementada, tornaría más eficaz el cuidado de los intereses públicos y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, el cual es uno de los pilares esenciales de la Constitución Política.

Con el fin de adentrarse en la legislación vigente en España, la primera consideración que se debe hacer es indicar que es la expedición de la Ley 39 de 2015, del 1 de octubre, que abordó el Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el cual entró en vigencia el dos (2) de octubre de 2016, es decir, el país ibérico cuenta con un Procedimiento Administrativo moderno que respalda fuertemente la Acción de Lesividad.

Bajo las anteriores consideraciones, se anotó que en España, existen dos codificaciones, una que regula los asuntos del procedimiento administrativo, y por otro lado otra que se encarga de la organización de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a diferencia de Colombia que en un mismo texto legislativo recoge ambos aspectos.

La Ley 39 de 2015, es entonces, el ordenamiento vigente que regula la actividad

---

<sup>1</sup> Universidad Militar Nueva Granada Especialización En Derecho Administrativo Facultad De Derecho Bogotá D.C. 2014

administrativa, en su artículo 47 el legislador estableció que:

Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio. c) Los que tengan un contenido imposible. d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. f) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. g) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. h) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley. 2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

En su artículo 48 de la misma ley, esta norma trata de un concepto diferente al de la nulidad, en él hace mención a la anulabilidad de los actos administrativos y sobre ello señala que “Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”.

Lo anterior quiere decir que, en el Derecho Administrativo Español, existen dos circunstancias que configuradas pueden acarrear la eventual desaparición del ordenamiento jurídico de los actos administrativos, la nulidad y la anulabilidad, pero cuál es la diferencia entre una circunstancia y otra.

En España se habla de dos conceptos la nulidad y la anulación, la primera está reservada para los actos administrativos que infringen grave o groseramente el ordenamiento jurídico, mientras que el segundo concepto atañe aquellos actos que por la naturaleza de su vicio comportan infracciones menores para el ordenamiento jurídico.

La anterior diferenciación parafraseando a la profesora Beladiez Rojo (1994), encuentra relevancia en que al categorizar los vicios del acto administrativo, el ordenamiento jurídico español estipula sanciones para ambas categorías, para los actos nulos lo que se impone es su nulidad absoluta, la cual se puede declarar en

cualquier tiempo, mientras que para los segundos se impone en primer lugar su convalidación o en el peor de los casos su anulación en la sede judicial.

El hecho que existan actos nulos de pleno derecho impide que en el ordenamiento jurídico español se legitimen actos que son abiertamente contrarios al ordenamiento jurídico; por su parte la anulación permite que se legitimen aquellos que siendo controlables judicialmente, no se hagan dentro del término, pero que en todo caso se sostiene son vicios de menor gravedad.

En Colombia, sólo se maneja, el concepto de nulidad, que no corresponde propiamente con el de nulidad del derecho español, sino más bien con el de anulación, mediante el cual es necesario acudir a la jurisdicción en procura del control judicial de los actos administrativos.

Bajo ese concepto en Colombia, no existen los actos nulos de pleno derecho, lo cual tomado de la mano con el concepto de presunción de legalidad legitiman cualquier acto administrativo dentro del ordenamiento jurídico, aun cuando este se encuentre atropellando todo el derecho al cual se supone que debe estar sometida la actividad administrativa.

Es decir, lo que no se demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los términos precisos que establece el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, queda incólume dentro del ordenamiento jurídico.

Lo que nos permite plantear una hipótesis que abre el debate sobre la implementación de un nuevo procedimiento que permita, cesar los efectos jurídicos del acto lesivo y son las diferencias marcadas que existen entre el Derecho Administrativo colombiano y el español, el que nos puede marcar este escenario.

Por ejemplo, en España existe un proceso administrativo de lesividad el cual se surge en el seno de la propia autoridad administrativa, el cual es requisito previo para controlarlo judicialmente, el artículo 107 de la ley en comento señala que:

Declaración de lesividad de actos anulables. 1) Las Administraciones Públicas podrán impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 48, previa su declaración de lesividad para el interés público. 2) La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez

transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, en los términos establecidos por el artículo 82. Sin perjuicio de su examen como presupuesto procesal de admisibilidad de la acción en el proceso judicial correspondiente, la declaración de lesividad no será susceptible de recurso, si bien podrá notificarse a los interesados a los meros efectos informativos. 3) Transcurrido el plazo de seis meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad, se producirá la caducidad del mismo. 4) Si el acto proviniera de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas, la declaración de lesividad se adoptará por el órgano de cada Administración competente en la materia. 5) Si el acto proviniera de las entidades que integran la Administración Local, la declaración de lesividad se adoptará por el Pleno de la Corporación o, en defecto de éste, por el órgano colegiado superior de la entidad.

De igual forma existen normas especiales para la admisibilidad de la demanda ante la jurisdicción cuando es la administración autora del acto la que lo quiere demandar.

En el primer presupuesto señalado, se manifiesta en que cuando la administración autora del acto, denota que este es lesivo a los intereses que ella defiende, para efectos de controlarlo judicialmente deberá declararlo como tal, este acto administrativo es de suprema importancia para la administración que busca anular el acto por las facultades que con él se le dan a la administración, González Pérez (1958), en su obra: “Proceso de Lesividad” señala el pronunciamiento del Tribunal Supremo, el cual explica que un proceso especial solo se le otorga a las Corporaciones, para que puedan convertir en contenciosa una materia que por razón del tiempo estaba fuera de los límites normales de toda cuestión.

En este punto es pertinente y nos permitimos citar la disposición de la Ley 29 de 1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que establece en su artículo 46, numeral 5 que: “El plazo para interponer recurso de lesividad será de dos meses a contar desde el día siguiente a la fecha de la declaración de lesividad”.

Queda evidenciado que entonces el procedimiento de declaratoria de lesividad no es solo un mero requisito de procedibilidad, sino una herramienta que permite a la administración activar los términos de caducidad para el control judicial del acto administrativo que fue expedido por ella y de la cual esta denota su posterior ilegalidad.

Bajo ese contexto, en España la figura de la lesividad la única limitación que encuentra es la temporal de cuatro años impuesta por la propia legislación administrativa según la cual, solo se puede hacer uso de este recurso dentro de los cuatro años siguientes a la expedición del acto administrativo que pueda ser anulable ante la jurisdicción.

Colombia por su parte, la administración Pública, no cuenta ni con términos especiales en la jurisdicción, ni con el proceso de lesividad en la sede administrativa, esta se encuentra obligada a demandar sus propios actos en la mismas condiciones en la que lo hacen los particulares, y solo cuenta para el caso de los actos administrativos particulares con un recurso de revocatoria que se torna inocuo en el momento en que la propia norma sostiene que solo se podrá hacer uso de este con el consentimiento previo, expreso y escrito del titular del acto que se quiere revocar.

Bajo ese sentido la lógica indica que, la revocatoria de los actos administrativos particulares se torna inoperante, ya que difícilmente un administrado otorgara su consentimiento para la revocatoria de una situación consolidada a su favor, si no evidencia que pueda resultar perjudicado de alguna manera.

Quedan evidenciadas las falencias de la legislación administrativa colombiana, en lo que tiene que ver con la aplicación de la figura de la revocatoria directa y de la inclusión de procedimientos en la primera parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que permitan la salvaguarda de los intereses que debe proteger la propia administración.

Contrario sensu en España la administración en situaciones como las descritas puede desplegar todas las siguientes acciones: (i) si el acto es nulo de pleno derecho, puede anularlo en cualquier tiempo. (ii) Si el acto es anulable y ha transcurrido más de cuatro años, podría iniciar en sede administrativa el proceso de lesividad y lo declarara lesivo a los intereses públicos. (iii) Dentro de los dos meses siguientes a la declaración lo podrá demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que mediante sentencia se genere su anulación.

Lo que se obtiene del anterior marco comparativo, es que en España solo se legitima ante el ordenamiento jurídico los actos administrativos anulables que no sean recurridos dentro de los cuatro años siguientes a su expedición, mientras que en Colombia se legitima todo aquello que no sea recurrido dentro de los cuatro meses siguientes o treinta días dependiendo de la clase de acto administrativo, sin que pueda existir algún control posterior a esos plazos.

Eso quiere decir que en las legislaciones comparadas existen principios que operan en sentido opuesto, en la legislación administrativa colombiana parte de un respeto absoluto de los administrados, a los cuales en ningún momento se les puede revocar un acto administrativo que les sea favorable sin su consentimiento, aun si este se obtuvo por medios ilícitos; mientras que en España ese principio de respeto absoluto se torna en relativo cuando el acto administrativo choca groseramente con el ordenamiento jurídico.

También se diferencian en la forma en la que se les impone demandar sus propios actos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como hemos visto en España la administración cuenta con privilegios para el control judicial de sus propios actos, mientras que en Colombia la administración está obligada a demandarlos en igualdad de condiciones que los administrados, es decir que el régimen jurídico aplicable no privilegia a las autoridades.

La administración no puede regirse por los mismos principios que las personas, esa es la justificación de que exista una jurisdicción contenciosa autónoma a las otras, con principio y reglas distintas que regulen los problemas jurídicos suscitados entre esta y las personas, pero cuando la Ley 1437 de 2011, en su articulado equipara a la administración con los administrados en lo referente al control judicial de sus actos administrativos, desconoció que históricamente la actividad administrativa ha sido regida por reglas especiales que propenden por conciliar los derechos entre estos, principio esbozado en el célebre fallo blanco, cuna de derecho administrativo. Sin embargo, esos aspectos tan importantes no fueron observados en lo atinente al control de sus propios actos, por lo cual la administración hoy se encuentra en la situación de estudio.

Por lo tanto, la pertinencia de la implementación de un nuevo procedimiento de lesividad puede ser complementario al procedimiento de revocatoria directa, donde las autoridades podrían expresar de forma diáfana los motivos por los cuales estima que el acto administrativo es lesivo, encontrando su fundamento en las causales consagradas en el artículo 93 del C.P.A.C.A., y estableciendo como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, la previa declaratoria de lesividad, en procura de su nulidad, dentro de los mismos términos señalados actualmente.

Con el cambio de paradigma, las autoridades tendrían herramientas para poder controlar adecuadamente su actuación dentro de su propio seno, con el respeto debido de los derechos adquiridos de los administrados, ya que la declaratoria de lesividad no lleva ínsito la suspensión de los efectos jurídicos del acto que ha sido

declarado lesivo, hasta que el juez contencioso administrativo suspenda o declare nulo el acto en sede judicial.

## **CONCLUSIONES**

La acción de lesividad es una herramienta de suprema importancia dentro del ordenamiento jurídico colombiano, puesto que representa para la administración el instrumento judicial que le permite solicitar ante la jurisdicción contenciosa administrativa la nulidad de su propia actuación cuando quiera que evidencie que la misma es opuesta al ordenamiento jurídico o sus propios intereses.

A pesar de la importancia que debería representar, la ley 1437 de 2011, le resta eficacia cuando no estipulo normas especiales para que la administración la ejercitara, sino que la coloco en igualdad de condiciones con los particulares. Aunado a lo anterior, supedito la revocatoria de los actos administrativos particulares, en todos los casos, a la obtención del consentimiento del particular.

La investigación concluye que no es necesario que exista un medio de control autónomo por medio del cual se ejerza la acción de lesividad, esta se puede seguir ejercitando perfectamente por los medios de control de Nulidad Electoral o Nulidad y Restablecimiento del Derecho, ya que pensar en una acción de lesividad autónoma no sería compatible con la naturaleza de los actos administrativos que se controlarían, no en vano la ley 1437 de 2011, estipulo que estos medios de control fueran diferentes y estableció normas especiales para el enjuiciamiento de los mismos.

Pero si es pertinente establecer normas procedimentales que le den un trato preferencial al control de las autoridades sobre sus propios actos respecto de los administrados. Bajo esa óptica, si bien no deben modificarse los medios de control de nulidad electoral y nulidad y restablecimiento del derecho, si se deben surtir adiciones a la parte primera de la ley 1437 de 2011, que le den operatividad a la revocatoria de los actos de carácter particular.

En ese sentido no existe necesidad de implementar todo el sistema de lesividad que se encuentra vigente en la legislación española, ya que para efectos de la optimización del control de la actividad administrativa por parte de la propia administración, sería suficiente con la implementación del procedimiento previo de lesividad, como requisito previo para que la administración pueda demandar su propio acto administrativo.

Las modificaciones planteadas tornarían eficaces procedimientos como la revocatoria que se torna inocua cuando la administración en su aplicación queda absolutamente sujeta a la voluntad del particular, al igual que la utilización de los medios de control por parte de la administración que pretende controlar su propia actividad manifestada a través de actos administrativos, pero lo más importante, es que se permitiría a las autoridades administrativas cumplir con las loables labores de defender el ordenamiento jurídico y el interés general que promulga nuestra constitución, cuando quiera que cualquiera de estos aspectos resulte comprometido con la expedición de un acto administrativo expedido por las autoridades.

## Referencias Bibliográficas

- Beladiez, M. (1994). La Nulidad y la Anulabilidad su Alcance y Significación. Revista de administración pública, (133). 155-188.
- Congreso de Colombia. (13 de diciembre de 1913). Sobre la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. [Ley 130 de 1913]. DO: 15.123
- Congreso de Colombia. (24 de Diciembre de 1941). Sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa. [Ley 167 de 1941]. DO: 24.853
- Congreso de Colombia. (7 de julio de 1998). Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. [Ley 446 de 1998]. DO: 43.335
- Consejo de Estado Colombia, Sala Plena De lo Contencioso Administrativo (16 de julio del 2002). Expediente 23001-23-31-000- 1997- 8732-02. CP: Ana Margarita Olaya Forero.
- Consejo De Estado Colombia. Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (17 de marzo del 2000). Radicación Número: 5935. CP: Manuel Santiago Urueta Ayola.
- Consejo De Estado Colombia. Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. (16 de octubre de 2014), Radicación Número: 81001-23-33-000-2012-00039-02. CP: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.
- Consejo de Estado Colombia. Sección Segunda (subsección A). (4 de febrero de 2010). Rad. 23001-23-31-000-2009-00049-01. C.P. Berthla Lucía Ramírez de Páez.
- Consejo de Estado, Sección Cuarta. (26 de marzo de 1999). Radicación 9244. M.P. Dr. Delio Gómez Leyva.
- Consejo de Estado, Sección Quinta. (16 de octubre de 2014). Radicación Número: 81001-23-33-000-2012-00039-02. Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

- Corte Constitucional, Sala Plena (30 de junio del 2004). Sentencia C-620/04. M.P. Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (29 de noviembre de 2006). Sentencia C-993/2006. MP. Dr. Jaime Araujo Rentería.
- Dromi Casas, J. R. (1958). La Acción de Lesividad. *Revista de administración pública*, (88), 209-226.
- García de Enterría, E. (1956). La Doctrina de los Actos Propios y el sistema de lesividad. *Revista de administración pública*, (20), 96-80.
- González Pérez, J. (1958). El proceso de lesividad. Ribadeo, España: Librería Anticuaria Galgo.
- Jefatura del Estado de España. (14 de julio de 1998). Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. [Ley 29 de 1998]. BOE: 167
- Molina, C. (2002). El control de la legalidad de los actos administrativos en Colombia. *Opinión jurídica* 1(1), 59-72.
- Nader Orfale, R. (2014). Revocatoria Directa. De los actos administrativos: análisis frente a los principios constitucionales. *ADVOCATUS*. Recuperado de: <http://www.unilibrebaq.edu.co/ojsinvestigacion/index.php/advocatus/article/view/287/278>
- Pacheco García, T. & Sánchez Zúñiga, J. (2014). La Acción De Lesividad Como Mecanismo Para La Declaratoria De Nulidad De Los Actos Administrativos. Universidad Militar Nueva Granada. Recuperado de: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/13387/LA%20ACCIO%CC%81N%20DE%20LESIVIDAD%20COMO%20MECANISMO%20PARA%20LA%20DECLARATORIA%20DE%20%20NULIDAD%20DE%20LOS%20%20ACTOS%20ADMINISTRATIVOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Presidente de la Republica de Colombia. (2 de enero de 1984). Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. [Decreto 01 de 1984]. DO: 36.439
- Presidente de la Republica de Colombia. (7 de octubre de 1959). Por el cual se reglamenta el derecho de petición, y se dictan normas sobre procedimientos administrativos. [Decreto 2733 de 1959] DO: 30.074

# **IMPACTO FISCAL EN LOS FALLOS JURISIDICCION O SEDE ADMINISTRATIVA**

---

**Jairo González Arjona\***  
**Stewing Arteaga Padilla\*\***

---

\* Abogado de la Universidad del Atlántico, Especialista en Mercadeo de la Universidad del Norte, Especialista en Derecho Internacional del Transporte de la Universidad Externado, Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar, profesor universitario y abogado en De la Espriella Lawyers Enterprises. [jgonzalez@coruniamericana.edu.co](mailto:jgonzalez@coruniamericana.edu.co)

\*\* Abogado Universidad Autónoma del Caribe, Magister en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. [sarteaga@coruniamericana.edu.co](mailto:sarteaga@coruniamericana.edu.co)

**E**l Estado Social de Derecho se caracteriza por la implementación de un nuevo sistema de fuentes, una nueva visión de la norma jurídica y, por tanto, de una novedosa manera de interpretar y aplicar el derecho. El papel de la Constitución Política es el que permite que tal objetivo se alcance, especialmente por la creación de un tribunal constitucional, que ha establecido una visión distinta del sistema normativo y propende por la consecución de los fines del Estado a través de la garantía efectiva de los derechos de los ciudadanos y la aplicación de principios, que en ocasiones terminan siendo una limitante a la discrecionalidad de los jueces, no solo desde el punto de vista normativo, sino también desde otros escenarios como son las finanzas del Estado.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, con sus ideas “aparentemente” innovadoras y revolucionarias, el derecho en general, y particularmente el derecho constitucional, administrativo y, en general, el derecho público, sufrieron cambios relevantes y verdaderamente significativos.

Con la aparición de la Corte Constitucional como máxima garante de la Constitución, se empezaron a evidenciar ciertos cambios dentro de la forma en que debería ser concebido el derecho, acorde con una idea ya no de un simple Estado liberal, sino con una idea de Estado social y constitucional de derecho.

Para algunos es una nueva forma de concebir el derecho (nuevo derecho, neo constitucionalismo, etc.); para otros es simplemente la cualificación del viejo Estado liberal, y para otros más escépticos, es sencillamente lo mismo de lo mismo.

Sea cual sea la posición que se asuma, es evidente que las decisiones expresadas a través de las sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado siempre generarán diversas manifestaciones positivas o negativas, debido a los alcances en materia de garantía y protección de derechos, no solo individuales, sino también los colectivos que estas conllevan; además el alto impacto de algunas decisiones que terminan afectando el erario.

Es en este escenario donde cobra vigencia el Acto Legislativo 03 de 1 de julio de 2011, donde se le otorga el rango de constitucional al principio de sostenibilidad fiscal y se refuerza con las sentencias de la Corte Constitucional, C-132 de 2012, con ponencia del magistrado Humberto Sierra Porto; y C-288 y C-332 de 2012, que declararon exequible dicha reforma, entronizando

así una problemática en la interpretación, aplicación y discrecionalidad en la actividad jurisdiccional (en especial, la contencioso administrativa), específicamente aquellas que tienen que ver con temas de responsabilidad patrimonial del Estado.

### **Antecedentes Legales del Principio de Sostenibilidad Fiscal**

Si bien en Colombia existe una legislación medianamente nutrida que aborda el tema de la sostenibilidad fiscal, se hace necesario mencionar tales leyes para entender a qué se hace mención cuando se habla de dicho concepto, y máxime cuando este ha sido elevado a la categoría de principio constitucional.

Pues bien, en primer lugar cabe mencionar que la sostenibilidad fiscal hace alusión a las finanzas del Estado; en particular, según algunos autores, este alcance se traduce en que el gasto público no debe crecer por encima de los ingresos. De tal manera se logra que el Estado, para financiar sus egresos, tenga que adquirir más deudas, haciendo que la deuda pública sea desmedida, yéndose por encima de la capacidad de pago del país.

En Colombia el tema de la sostenibilidad fiscal se ha abordado en las siguientes leyes:

-Ley 358 de 1997: por la cual se reglamenta el artículo 364 de la Constitución y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento. Esta norma establecía algunos lineamientos sobre reglas fiscales para los entes territoriales.

-Ley 610 de 2000: por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

-Ley 617 de 2000: por la cual se reforman parcialmente la Ley 136 de 1994 y el Decreto Extraordinario 1222 de 1986; se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto; se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización y se promulgan normas para la racionalización del gasto público nacional; vale aclarar que esta Ley ha sufrido una gran cantidad de cambios y ha sido modificada por la y por la Ley 821 de 2003; además, fue derogada parcialmente por la Ley 1753 de 2015, por el Decreto 1530 de 2013, por la Ley 1640 de 2013 y por la Ley 633 de 2000.

-Ley 819 de 2003: por la cual se dictan normas orgánicas en materia

de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.

-Ley 1448 de 2011: por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. En esta norma en particular se hace referencia en el artículo 19 a la sostenibilidad y la manera en que se debe desarrollar tal objetivo; además, sufrió un examen de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional, en Sentencia C-753 de 2013 y fue desarrollado también por el Decreto 2569 de 2014.

-Ley 1454 de 2011: por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones. Fue desarrollada por el Decreto 819 de 2012. En esta Ley en el numeral sexto del artículo 3º, se enuncia la sostenibilidad fiscal como un principio rector dentro de las prerrogativas del ordenamiento territorial.

-Ley 1473 de 2011: por medio de la cual se establece una regla fiscal y se dictan otras disposiciones.

-Ley 1695 de 2013: por medio de la cual se desarrolla el artículo 334 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Finalmente se encuentra esta Ley que es de vital relevancia para la sostenibilidad fiscal, dado que desarrolla y regula el denominado “incidente de impacto fiscal” que, es en definitiva, el mecanismo idóneo, al menos en el papel, para garantizar la aplicabilidad plena del principio de sostenibilidad fiscal.

Analizando de manera tangencial dicha Ley, se pueden mencionar algunos aspectos importantes del mencionado procedimiento, a saber:

- Apertura, es decir, quién y en qué momento se puede solicitar este procedimiento (artículo primero).
- Procedencia: hace alusión a las decisiones para las que se puede solicitar dicho procedimiento, que para el caso concreto serían las sentencias y autos de las altas cortes o máximas corporaciones, como lo establece el artículo 2 de esta Ley.
- Competencia: con respecto a este tema dice la Ley que “conocerá del incidente de impacto fiscal la Sala Plena de la Corte Constitucional, la

Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado o la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de la que haga parte el magistrado de la alta corporación que presentó la ponencia de la sentencia” (Ley 1695, 2013, art. 3).

- Se habla también de las partes, es decir, “el solicitante del incidente de impacto fiscal, que podrá ser el Procurador General de la Nación o uno de los Ministros de Gobierno. El Ministro de Hacienda y Crédito Público. Los demandantes y demandados dentro del proceso que dio origen a la sentencia o a los autos que se profieran con posterioridad a la misma, sobre el cual se solicita el incidente de impacto fiscal” (Ley 1695, 2013, art. 4).

- El artículo 5 que señala ante quién se presenta y se sustenta dicho incidente.

- El artículo 6 habla del contenido del incidente. “La sustentación del incidente de impacto fiscal deberá contener lo siguiente:

- Las posibles consecuencias de la providencia en la sostenibilidad de las finanzas públicas.

- Las condiciones específicas que explican dichas consecuencias.

- Los planes concretos para el cumplimiento de la sentencia o de los autos que se profieran con posterioridad a la misma, que aseguren los derechos reconocidos en ella, en un marco de sostenibilidad fiscal. Parágrafo. A la sustentación del incidente de impacto fiscal se acompañará como anexo concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público”.

- Los artículos 7, 8 y 9 hablan del rechazo, inadmisión y admisión del incidente, respectivamente.

- El artículo 10 se refiere a la obligatoriedad del incidente y a la no aceptación del desistimiento una vez interpuesto.

- En los artículos 11 y 12 se hace alusión a la audiencia de impacto fiscal y a la decisión.

- El artículo 13 habla del recurso de insistencia, cuando la decisión es

contraria al peticionario, y el 14 menciona la reiteración de la decisión tomada.

- Los restantes artículos son actuaciones internas administrativas que se deben considerar al momento de dictar el fallo.

Algunos doctrinantes y autores le han asignado a este incidente, algunas características; es el caso de Restrepo (2015), quien evidencia y enumera las tales en los siguientes términos:

- a. Es un espacio de interlocución entre los servidores públicos y las altas corporaciones.
- b. El incidente es una decisión judicial, no administrativa.
- c. Es una figura instrumental.
- d. Tratándose de una decisión jurisdiccional es natural que ella deba ser motivada.

Además de Restrepo, el reconocido catedrático de Hacienda Pública y Derecho Tributario, Mauricio Plazas Vega (2016), en su obra de la misma materia, hace también referencia a la relevancia que ha tenido la sostenibilidad fiscal a lo largo de los años y esboza dentro de su obra toda una explicación de la normativa y conceptos propios de esta disciplina; en su opinión

La referencia a la sostenibilidad fiscal en la Constitución Política tiene indudable trascendencia para el país, porque pone de manifiesto que el objetivo de unas finanzas públicas sanas y en orden no es un anhelo de economistas y hacendistas sino que, además, forma parte del sistema jurídico con la más alta jerarquía normativa. Y así debe ser, porque sin una Hacienda Pública sólida, que garantice seguridad todos los asociados en un entorno de estabilidad económica, no resulta posible que se cumplan realmente los principios fundamentales del Estado social de derecho. De ahí que su acogida por la Carta Política comprometa, ineludiblemente, a todas las autoridades estatales, de todos los órdenes, y desde luego a los particulares en cuanto tengan que ver con tan variados aspectos como son los que abarca la actividad financiera pública (2016, p. 674.)

Quedan entonces evidenciadas la importancia y trascendencia para el

desarrollo del principio de sostenibilidad fiscal, el devenir histórico de las leyes mencionadas anteriormente y su impacto en la consagración de dicho principio.

Evolución de la Sostenibilidad Fiscal y su Elevación a Rango Constitucional Vistas desde el Acto Legislativo 03 de 2011 y la Sentencia C-288 de 2012

En el acápite anterior, se evidenció el devenir legislativo o posibles antecedentes del principio de sostenibilidad fiscal; en esta parte se espera analizar algunas decisiones jurisprudenciales que den cuenta del desarrollo de dicho principio.

Han sido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado los organismos que han esgrimido los argumentos más importantes en lo que respecta al desarrollo del tema en cuestión.

Antes de evidenciar parte de la jurisprudencia esgrimida hasta ahora, conviene analizar el Acto Legislativo 03 de 2011, el cual crea directamente el principio de sostenibilidad fiscal e introduce el llamado incidente de impacto fiscal.

Para alguna parte de la doctrina, especialmente la defensora del activismo judicial de la Corte Constitucional, esta reforma resultaba inconveniente debido a que se le miraba como una limitación al accionar de la Corte, especialmente en temas que por vía de tutela se venían reconociendo, específicamente frente a los derechos denominados económicos y sociales. Además, la creación de un incidente de impacto fiscal asimilaba el accionar del Ejecutivo a una especie de intromisión en la función jurisdiccional de la Rama Judicial. Así se evidencia en la siguiente postura:

Pretender “modular, modificar o diferir los efectos” de las decisiones judiciales —sin importar si la decisión proviene de una alta corte o del más humilde de los jueces, funcionalmente hablando—, en aras de proteger la sostenibilidad fiscal, constituye una interferencia irrazonable con el poder judicial, pues uno de los presupuestos de este principio es que los jueces puedan ejercer de manera efectiva su función de justicia, la que se verá menguada o desconocida con la institucionalización del “incidente de impacto fiscal”, cuyo trámite es obligatorio cuando, a juicio del Gobierno o del Ministerio Público, las finanzas públicas resultaren afectadas (Botia, 2014, p. 23).

Ahora bien, a pesar de las posturas contrarias sobre la posibilidad de otorgar el rango de principio constitucional a la sostenibilidad fiscal y el ejercicio del incidente de impacto fiscal, los *hacendistas* y *tributaristas* veían en dicha reforma, aspectos realmente positivos para asegurar el futuro de las finanzas públicas, que no solo se verán reflejadas en el futuro, sino que también servirán de soporte para una real garantía en el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales.

La exposición de motivos de la Resolución 139 de 2012, antecedente de la Ley 1695 de 2013, evidencia los aspectos anteriormente mencionados, en la siguiente forma:

Todas las ramas del poder público tienen el deber de garantizar la prestación y goce efectivo de los derechos fundamentales, de los derechos económicos, sociales y culturales, y por lo tanto, la realización efectiva del Estado Social de Derecho, dentro de un margen razonable, esto es, dentro del marco de la sostenibilidad fiscal, que reconoce la escasez de sus recursos y la necesidad de garantizar también estos derechos a generaciones futuras.

Por lo tanto, la sostenibilidad fiscal es un criterio que reconoce la escasez de los recursos públicos y pretende asegurar las condiciones para que el Estado garantice la prestación y el disfrute del conjunto de derechos reconocidos en la Constitución. Se trata de una herramienta para la realización sostenible y eficiente del Estado Social de Derecho, en desarrollo de la cual sea posible desplegar razonablemente un proceso democrático de fijación de prioridades y de adopción de políticas públicas para lograr las metas trazadas, sin desconocer, en ningún caso, los derechos reconocidos por la Constitución.

Otra parte de la exposición de motivos es la siguiente:

La Constitución señala que bajo ninguna circunstancia, las ramas del poder público podrán invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva. Lo anterior, permite entender que la sostenibilidad no se sobrepone a los Derechos Fundamentales, en razón a que esta es un instrumento diseñado para la consecución efectiva de los objetivos del Estado Social de Derecho, dentro de los cuales se encuentra garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. En efecto, la sostenibilidad fiscal lo que hace es reforzar

los mecanismos constitucionales que existen para la consecución de los derechos fundamentales, permitiendo que se aseguren las condiciones materiales esenciales para la realización efectiva de los derechos fundamentales.

Más adelante se señala que

Así, la sostenibilidad fiscal es una garantía indispensable para realizar los postulados del Estado Social de Derecho, que materializa la necesidad de establecer un criterio de rango constitucional que indique a los diferentes órganos del poder público el uso racional de los recursos públicos, para garantizar una disponibilidad sostenible y progresiva de los mismos y, con ello, la consecución de los fines y materialización del Estado Social de Derecho.

Dado que la sostenibilidad fiscal es condición y consecuencia de los postulados del Estado Social de Derecho, todas las Ramas y Órganos del Poder Público deben colaborar armónicamente, dentro de sus competencias, para hacerla efectiva.

Se podrían extraer más ideas contenidas en esta exposición de motivos, pero simplemente se quería demostrar cómo desde los mismos debates institucionales ya se había decantado el tema en favor de dicha iniciativa, plasmada después de la Ley 1695 de 2013.

Ahora bien, el Acto Legislativo 03 de 2011, por el cual se establece el principio de sostenibilidad fiscal, sufrió un riguroso examen de constitucionalidad por parte de la Corte a través del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad que se instauró en contra de esta reforma, que esta corporación dilucidó de manera profunda; a tales sentencias se hará alusión más adelante. Por ahora se mirará en esencia lo que se estableció en el mencionado Acto Legislativo:

Artículo 1º. El artículo 334 de la Constitución Política quedará así:

La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional

y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

El otro aspecto se halla en el párrafo: “Párrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar Los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”.

Luego está el artículo 2º:

Artículo 2º. El primer inciso del artículo 339 de la Constitución Política quedará así:

Habrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En

la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal.

La norma sigue con otra medida:

Artículo 3°. El primer inciso del artículo 346 de la Constitución Política quedará así:

El Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura. El presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo.

Como es claro en esta reforma, se establecen el criterio de la sostenibilidad fiscal y el incidente de impacto fiscal de una manera evidente. Sin embargo, dicho cambio sufrió entonces el accionar de algunos ciudadanos a través de la acción pública de inconstitucionalidad. La Corte Constitucional realizó un examen profundo de dicho Acto Legislativo y de la Ley 1473 de 2011, a la cual también se hizo alusión en dicha demanda.

Para entrar de plano en el tema del sustento jurisprudencial de la sostenibilidad fiscal como principio, vale la pena conocer cuáles fueron los argumentos del demandante y de ahí establecer las razones que llevaron a la corporación a declarar la exequibilidad de dicha reforma en la Sentencia C-288 de 2012.

Los cargos de la demanda se establecieron en la forma siguiente:

Cargos contra el Acto Legislativo 3 de 2011.

El ciudadano Longas Londoño considera, de manera general, que al proferir el Acto Legislativo 3 de 2011 el Congreso excedió su competencia

para reformar la Constitución, al sustituir mediante la instauración del denominado principio de sostenibilidad fiscal aspectos esenciales de la misma, como son la vigencia de los derechos fundamentales y los derechos humanos, la función pública de administración de justicia, el ejercicio de las acciones públicas y particulares de las personas y de los ciudadanos y la autonomía de las entidades territoriales. Del mismo modo, señala el actor que la reforma constitucional incorpora una extralimitación de las funciones del Procurador General de la Nación y de los Ministros. Para sustentar estas afirmaciones, la demanda formula los siguientes argumentos:

El actor parte de señalar que de acuerdo con el régimen constitucional vigente, contenido tanto en la Carta Política como en aquellos tratados de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad, los derechos fundamentales no tienen un límite distinto que los derechos de los demás y el orden jurídico. A estos límites se incorporan otros, como son las leyes de utilidad pública o interés social o la subordinación del interés particular al general frente al uso del espacio público. Indica que aunque la Constitución refiere a la naturaleza prioritaria del gasto público social, esta previsión no involucra limitación alguna a los derechos fundamentales. En ese sentido, es evidente que el Estado Constitucional reconoce la primacía y vigencia de esos derechos como un aspecto definitorio del mismo, al punto que restringe las alternativas jurídicas para su limitación. De lo contrario, para el demandante no se cumpliría con el mandato superior de aseguramiento de un orden político, económico y social justo, así como el logro de la convivencia pacífica.

Otro tanto sucede con los derechos humanos reconocidos tanto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En cada uno de esos casos, las únicas limitaciones reconocidas a esos derechos son las contempladas por dichos instrumentos internacionales, que no son otras que las aplicables en la medida compatible con su propia naturaleza y con el único propósito que satisfacer el bienestar general, como lo indica expresamente el artículo 4º del PIDESC. Así, expresa el demandante que "... la única limitación posible de los Derechos Humanos es la propia naturaleza de cada derecho; por lo cual, no se admiten limitaciones exógenas que no provengan de la naturaleza misma de cada derecho y no sean compatibles con ella. Esta es la interpretación objetiva exigida por el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, que establece que los derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, se deben de interpretar de

conformidad con los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia.”

Una perspectiva de análisis similar opera, de acuerdo con el demandante, frente al ejercicio de la función pública de administración de justicia. En este evento, el carácter independiente y permanente de esa función pública hace que las únicas restricciones admisibles, en especial aquellas relativas a la facultad de los ciudadanos de interponer acciones judiciales, sean aquellas previstas por el orden jurídico y en todo caso compatible con la naturaleza del derecho de que se trate. Lo contrario significaría una ostensible alteración del equilibrio entre los poderes públicos, al permitir que factores ajenos a la dinámica expuesta restrinjan la capacidad de los jueces de adoptar decisiones. Para el caso puntual de las distintas acciones judiciales que la Constitución reconoce a los ciudadanos, el demandante Longas Londoño insiste en que la adecuada protección de los derechos de las personas está supeditada a que estas ostenten eficazmente el derecho a un recurso judicial efectivo, limitado únicamente por las previsiones de la Constitución y la ley. Ello bajo el supuesto que dichas restricciones deben ser compatibles con la naturaleza de los correspondientes derechos.

La demanda insiste en la misma afirmación respecto de la autonomía de las entidades territoriales, la cual considera que solo está limitada por las actuales previsiones constitucionales, que no incluyen a la sostenibilidad fiscal. Igual sucede con las funciones del Procurador General y los ministros de Gobierno, pues las reglas constitucionales vigentes no confieren a esos servidores públicos competencia para intervenir con el fin de “...desproteger los derechos reglamentados de manera general (...) ni admite desmejorar la protección de los Derechos Humanos reconocidos en los Tratados Internacionales ratificados por Colombia. Actuar en contrario por los servidores públicos constituye una extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”

Agrega que el principio de sostenibilidad financiera de que trata el artículo 48 C.P., predicable del derecho a la seguridad social, no es equivalente al denominado principio de sostenibilidad fiscal que instauro el Acto Legislativo 3 de 2011. Esto debido a que aquel es un mandato hacia el Estado, destinado a que garantice la apropiación de recursos para el pago de las pensiones. En cambio, el principio de sostenibilidad fiscal determina un límite a los derechos fundamentales, al imponerse sobre su eficacia general.

Resalta el demandante que, a partir del contenido del artículo 1º del Acto

Legislativo acusado, se advierte que el objetivo de la enmienda constitucional no es otro que establecer un marco de referencia para la vigencia de los derechos fundamentales, basado en someter la actividad de intervención del Estado en la economía a un criterio de índole fiscal. Por ende, se modifica sustancialmente el objetivo de la acción del Estado, de la satisfacción de esos derechos, al cumplimiento de un modelo determinado de disciplina fiscal. En términos de la demanda, el principio de sostenibilidad fiscal “... es un principio rector de las ramas y órganos del poder público, se convierte en límite para la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo, la producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios públicos y privados, se convierte en un límite al mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.”

Una reforma constitucional de esta naturaleza, en criterio del demandante, no tiene un resultado distinto a sustituir la Constitución, a través de la imposición de barreras para la vigencia de los derechos fundamentales y el adecuado funcionamiento de la administración de justicia. A juicio del ciudadano Longas Londoño “... el principio de sostenibilidad fiscal limita los derechos y actividades ya reglamentados de manera general, de acuerdo con el artículo 84 de la Constitución Política de Colombia, limita los derechos de las personas de manera diferente y opuesta a la limitación que impone los derechos de los demás y el orden jurídico, según el artículo 16 C.P., limita los Derechos Humanos reconocidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, más allá de la naturaleza propia de cada derecho, limita la función pública de la Administración de Justicia al imponer el principio de sostenibilidad fiscal como orientador de la rama judicial del poder público, limita el ejercicio de las acciones públicas y particulares de las personas y de los ciudadanos, al colocar (sic) a dicho principio por encima de los derechos de éstos, limita la autonomía de las entidades territoriales al establecer que dicho principio racionaliza la economía en el plano nacional y territorial, lo que implica la intervención de la autonomía territorial por las autoridades nacionales, y establece la extralimitación de las funciones del Procurador General de la Nación y de los ministros del gobierno al darles la posibilidad de solicitar la apertura de un incidente de impacto fiscal con trámite obligatorio sobre las sentencias, de cualquier índole, proferidas por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, desmejorando la efectividad en la protección de los Derechos Humanos y de los demás derechos ya reglamentados de manera general.”

Agrega que esta conclusión persiste incluso frente a la previsión del artículo 1º del Acto Legislativo demandado, que prohíbe la afectación del núcleo esencial de los derechos fundamentales. Esto debido a que una cláusula de esa naturaleza no impide que la eficacia de tales derechos resulte menguada por la aplicación del principio de sostenibilidad fiscal que, en cualquier caso, incorpora un desmedro prima facie a la vigencia de dichas garantías. En conclusión, se predica de otras presuntas restricciones contenidas en la norma, así, “[e]l parágrafo del artículo 1º de dicho Acto Legislativo demandado, lo único que prohíbe consiste en que se invoque el principio de sostenibilidad fiscal por las autoridades administrativas, legislativas o judiciales para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar la protección efectiva, pero, de todas maneras, las máximas corporaciones judiciales están obligadas a darle trámite al incidente de impacto fiscal y decidir sobre la modulación, modificación o diferimiento de los efectos de las sentencias, de cualquier índole, afectando la efectividad de los derechos.”

Advierte que al mismo resultado restrictivo se llega a partir de los demás artículos del Acto Legislativo, que subordinan a la sostenibilidad fiscal el plan de inversiones públicas del Plan Nacional de Desarrollo, al igual que al presupuesto de rentas y la ley de apropiaciones. Por ende, se está ante un “límite exógeno” a la vigencia plena de los derechos fundamentales y demás prerrogativas contenidas en las normas que integran el bloque de constitucionalidad. En ese orden de ideas, se sustituye el orden constitucional existente previo a la reforma por otro distinto, fundado no en la vigencia de los derechos fundamentales, la autonomía de las entidades territoriales y la capacidad de acción judicial, sino en la preservación de la sostenibilidad fiscal como fin último del Estado. Del mismo modo, afecta el derecho a la calidad de vida, que el actor infiere de distintas normas constitucionales, en especial lo previsto en el artículo 334 C.P., el cual prescribe que la intervención del Estado de la economía debe estar dirigida hacia el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación del ambiente sano. Este derecho, a su vez, la demanda lo encuentra expresamente planteado en las normas de derecho internacional de derechos humanos que versan sobre la obligación de los Estados de garantizar a sus habitantes el goce de un nivel de vida adecuado. Este mandato, indica el demandante, tiene carácter imperativo en razón de lo previsto en el artículo 93 C.P., que otorga a dichas normas de derechos humanos naturaleza prevalente al orden jurídico interno.

Finaliza la demanda contra el Acto Legislativo señalando que dicho

precepto desconoce el principio de progresividad de los derechos sociales. Esto debido a que impone límites de índole fiscal a su vigencia, inexistentes en el texto constitucional previo a la enmienda acusada.

Ahora se aborda el “Cargo contra la Ley 1473 de 2011”, en el modo siguiente:

El ciudadano Longas Londoño, a partir de la lectura de la exposición de motivos del proyecto que dio lugar a la Ley 1473 de 2011, concluye que existe unidad normativa y relación intrínseca entre esta disposición y el Acto Legislativo 3 de 2011. Ello debido a que el concepto de regla fiscal que desarrolla la disposición legal es el instrumento para la efectividad del principio de sostenibilidad fiscal. Para sustentar esta afirmación indica que (i) la regla fiscal regulada en la Ley 1473/11 tiene por objeto, en los términos de esa normativa, garantizar la sostenibilidad fiscal de largo plazo de las finanzas públicas para contribuir a la estabilidad macroeconómica del país; (ii) la regla fiscal, al igual que el principio de sostenibilidad fiscal, subordina la definición del marco fiscal de mediano plazo, el plan de inversiones del Plan Nacional de Desarrollo, el marco de gasto de mediano plazo, el plan financiero, el plan operativo de inversiones y el Presupuesto General de la Nación; y (iii) la prescripción contenida en el artículo 5º de la Ley acusada, en el sentido que el gasto estructural no puede superar al ingreso estructural en un monto que exceda la meta anual de balance estructural establecido, es una herramienta vinculada necesariamente a la preservación de la sostenibilidad fiscal.

En suma, considera que habida cuenta esa estrecha relación entre ambos preceptos, ambos conforman una proposición jurídica única, lo que implica la inexecutable por consecuencia de la Ley 1473/11 ante la pretendida declaratoria de inconstitucionalidad del Acto Legislativo 3 de 2011.

Ante este cúmulo de cargos pretendidos en esta acción por el demandante, se adelantará que la decisión de la Corte fue declarar la exequibilidad del Acto Legislativo 03 de 2011, e inhibirse de adoptar decisión de fondo respecto de la Ley 1473 de 2011, “por medio de la cual se establece una regla fiscal y se dictan otras disposiciones”, en razón de la ineptitud sustantiva de la demanda.

Sin embargo, aun habiendo dicho lo anterior, vale la pena establecer y determinar algunos criterios que tuvo la Corte para tomar esta decisión que dio vía libre al establecimiento de dicho principio y al reconocimiento definitivo del incidente de impacto fiscal, a saber:

La sostenibilidad fiscal es un instrumento para alcanzar de manera progresiva, las finalidades del Estado Social y Democrático de Derecho, la norma sobre sostenibilidad fiscal no implica una sustitución de la Constitución Política.

El incidente de sostenibilidad fiscal es un escenario reglado de interlocución que no desvirtúa la separación de poderes, habida cuenta de que la posibilidad de modular, modificar o diferir los efectos de las sentencias de las cortes tiene carácter potestativo.

La Corte ha considerado que se sustituye la Constitución, en lo que tiene que ver con el principio de separación de poderes, cuando a través de un acto legislativo (i) se suplanta una de las ramas del poder, a través de la asignación de sus competencias a otros órganos; y, a su vez; (ii) ese traslado de competencia genera que el acto jurídico resultante quede excluido de los controles que la misma Constitución prevé, en especial el control judicial.

El principio de autonomía e independencia del poder judicial es una de las expresiones de la separación de poderes. Se ha señalado que este aspecto definitorio de la Constitución implica que los órganos del poder público deben ejercer sus funciones de manera autónoma y dentro de los márgenes que la misma Carta Política determina, ello dentro un marco que admite y promueve la colaboración armónica. Para el caso de los jueces, la autonomía e independencia se reconocen a partir del papel que desempeñan en el Estado, esto es, garantizar los derechos de los ciudadanos y servir de vía pacífica e institucionalizada para la resolución de controversias. Por lo tanto, la separación de poderes respecto de la rama judicial se expresa a través del cumplimiento estricto de la cláusula contenida en el artículo 230 de la C.P., según la cual los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La jurisprudencia ha comprendido esta cláusula como un límite para las actividades de los demás poderes públicos y los particulares, que exige que los jueces no sean condicionados, coaccionados o incididos, al momento de adoptar sus decisiones, por ningún factor distinto a la aplicación del ordenamiento jurídico y al análisis imparcial y objetivos de los hechos materia de debate judicial. Estos condicionamientos, a su vez, conforman el segundo pilar de la administración de justicia, como es el deber de imparcialidad de los jueces.

El principio de separación de poderes es un rasgo definitorio del Estado Constitucional. Este eje estructural, para el caso particular de la Carta

Política, se caracteriza por (i) la delimitación precisa, mediante reglas jurídicas, de las competencias de cada uno de los poderes, junto con la definición de su estructura institucional; (ii) la aplicación de dicho principio para el cumplimiento de la doble función de racionalización de la actividad del Estado y protección de los derechos y libertades de los ciudadanos ante la arbitrariedad propia de todo poder omnímodo; y (iii) la incorporación de mecanismos para el funcionamiento del sistema de frenos y contrapesos, agrupados en los criterios de colaboración armónica y de controles recíprocos o interorgánicos.

El principio del ESDD impone la protección de los derechos constitucionales desde una perspectiva fáctica, esto es, comprometida con la satisfacción de los intereses de los grupos sociales menos favorecidos, a través de una relación de dependencia entre la ciudadanía plena y el acceso efectivo a las garantías y libertades. En ese orden de ideas, son indiscutibles las fórmulas de intervención del Estado en la economía que, sujetadas en todo caso a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, tengan por objeto lograr la igualdad de oportunidades y la distribución equitativa de los beneficios del desarrollo. No de otra manera debe interpretarse el artículo 334 de la C.P., cuando prescribe que esa intervención se justifica en cuanto tiene como finalidad la racionalización de la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la mencionada distribución equitativa y la preservación de un ambiente sano. Incluso, la misma fórmula constitucional de intervención del Estado en la economía reafirma el carácter nodal de la igualdad material, cuando determina que esa tarea se realizará con mayor énfasis cuando se trate de dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en especial las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.

La sostenibilidad fiscal no es un principio constitucional sino una herramienta para la consecución de los fines del Estado Social y Democrático de Derecho. Es por mandato superior, un criterio orientador que carece de la jerarquía propia de los principios fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho y se interpreta conforme al principio de progresividad y a la naturaleza indivisible e interdependiente de derechos.

El incidente de impacto fiscal es un escenario reglado de interlocución que no desvirtúa la separación de poderes.

El incidente de impacto fiscal es, como se ha explicado en esta sentencia,

un espacio de interlocución entre los mencionados funcionarios y las altas cortes, donde se les confiere a aquellos la potestad de presentar explicaciones y argumentos a estas, relativos a la afectación de la SF por los efectos de una sentencia judicial. Esto implica que la Constitución impone a un carga argumentativa particular a dichos servidores estatales, la cual no puede en modo alguno trasladarse a las altas cortes, sin contrariar con ello la regulación constitucional objeto de estudio.

Lo anterior obedece a algunos criterios y conceptos que ya la Corte había dilucidado en otras sentencias, y que en esta los confirma, a la vez que añade elementos adicionales para finalmente concluir lo siguiente:

Los fundamentos jurídicos expuestos demuestran, de manera fehaciente, que en el caso analizado no es viable conformar la premisa menor del juicio de sustitución. En efecto, ni la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho, ni la vigencia de los derechos fundamentales, ni la separación de poderes son elementos definitorios de la Constitución que sean subvertidos en modo alguno por el Acto Legislativo acusado. Antes bien, se ha explicado cómo dicha enmienda constitucional y en particular el criterio orientador de sostenibilidad fiscal, son instrumentos que han sido incorporados en la Constitución, de consuno con otros, con el fin de lograr el goce efectivo de esos derechos. Por ende, la sostenibilidad fiscal no es un fin en sí mismo y está subordinada, en todo caso, al cumplimiento de los propósitos esenciales del ESDD. Adicionalmente, se ha expuesto de forma amplia cómo la reforma constitucional establece tanto límites a la actuación estatal como cláusulas prohibitivas, unívocamente tendientes a impedir que la SF pueda ser comprendida como un factor que dé lugar al desconocimiento, afectación o restricción injustificada de las posiciones jurídicas que, en los términos fijados por la jurisprudencia constitucional, adquieren naturaleza iusfundamental.

Más adelante se señala que

Del mismo modo, no existen razones que permitan válidamente inferir que la norma demandada, en cuanto prevé el incidente de sostenibilidad fiscal, sustituya el principio de separación de poderes y la independencia y autonomía judicial. Esto debido a que ese procedimiento (i) es una instancia de interlocución entre los poderes públicos, que se explica en el principio de colaboración armónica; (ii) no usurpa la función judicial, pues se limita al debate en sede judicial de los efectos de las

sentencias que profieren las altas cortes, y no de las decisiones que protegen derechos, las cuales están cobijadas por los efectos de la cosa juzgada y son, por ende, inmodificables; y (iii) implica que las altas cortes conservan la competencia para decidir, en condiciones de independencia y autonomía, si procede la modificación, modulación o diferimiento de tales efectos, o si estos deben mantenerse incólumes en su formulación original (Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-288 de 2012).

Vale agregar que los argumentos de la mencionada Sentencia no fueron tan pacíficos y unánimes, dado que se presentaron en la misma, aclaraciones y salvamentos de voto, especialmente en lo que atañe al tema de la sustitución de la Constitución, que el lector podrá ampliar en la decisión de la corporación.

Además de la decisión de la Sentencia C-288 de 2012, se presentó otra acción a dicho Acto Legislativo, que se resolvió a través de la Sentencia C-332 de 2012, declarando de nuevo la exequibilidad de dicho Acto, esta vez por vicios de forma en la aprobación de dicha reforma. La providencia fue confirmada en la Sentencia C-367 de 2012, en la Sentencia C-371 de 2012, en la Sentencia C-384 de 2012, en la Sentencia C-397 de 2012, en la Sentencia C-416 de 2012, en la Sentencia C-419 de 2012, en la Sentencia C-420 de 2012, en la Sentencia C-457 de 2012 y en la Sentencia C-490 de 2012.

Se puede concluir de manera contundente que, a pesar de la gran cantidad de acciones incoadas en contra de la implementación del Acto Legislativo y las leyes que así lo implementaron, la sostenibilidad fiscal y su forma procedimental de hacerlo valer, fueron incorporados a la Constitución, toda vez que los artículos reformados, tomaron plena vigencia y validez.

### **Del Estado Liberal al Estado Social: el Papel de los Principios y la Importancia de su Constitucionalización**

En este aparte del escrito, la propuesta es demostrar de una manera clara, pero no a profundidad, cuál debería ser el papel de los principios generales del derecho en un tema trascendental como es la interpretación que ha implantado el nuevo derecho, en cabeza de la Corte Constitucional, y la consecuente constitucionalización de nuestro derecho.

A manera de introducción, se afirma entonces (tema que se enseña en la teoría del derecho), que el derecho es un orden de la conducta, que a su vez es expresado mediante el lenguaje, sea este simbólico o escrito. El propósito de

ese lenguaje es emitir un mensaje a un receptor, y este a su vez debe descodificar correctamente, o en otras palabras, interpretar de una manera correcta lo que dice ese emisor. En derecho, ese mensaje es catalogado como un enunciado normativo, donde el receptor tiene dos funciones, una cognitiva y otra valorativa. Y de allí entonces emana lo que se conoce como la interpretación de un determinado enunciado que podría tener varios sentidos.

En otras palabras, la interpretación es una relación entre el sujeto y el enunciado, superando el texto, para llegar al contexto, dependiendo de las condiciones del sujeto.

Según la anterior expresión, la interpretación necesita entonces un ingrediente esencial, el cual es la argumentación. No existe interpretación sin argumentación en la actualidad, o si existe, sería entonces la aplicación de un enunciado tipo regla que no admite ninguna forma de interpretación distinta a la de su sentido lógico-gramatical.

Ahora bien, el cambio de paradigma en las nociones tradicionales sobre la creación, interpretación y aplicación del derecho, también se hace desde la óptica valorativa que trajo consigo la filosofía política, para darle a la Constitución un enfoque preponderante; por ello esta acude al derecho para darle fuerza al acuerdo político y de este modo lograr el cumplimiento a sus destinatarios. Matteucci (citado por Guastini, 2001), sostiene que el término constitución, para la filosofía política, se utiliza en su sentido originario, para denotar cualquier ordenamiento estatal de tipo liberal; un ordenamiento en el que la libertad de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado esté protegida mediante oportunas técnicas de división del poder político.

En este sentido, considera Guastini (2001) que el término constitución no puede ser considerado como una organización política cualquiera, sino de corte liberal y de tipo garantista, concibiéndola como limitante del poder político. Sin embargo, estos referentes históricos solo sirven de consideraciones elementales para darle relevancia al texto normativo.

Evidentemente, la relevancia de la constitución en los sistemas democráticos es tal, que se considera como una verdadera fuente del derecho; así lo expresa Guastini (2001), al darle las siguientes acepciones:

En un primer sentido, se puede decir que la Constitución es fuente de derecho, por entender, simplemente, que los enunciados constitucionales

expresan normas, las cuales regulan, cuando menos, la organización del Estado y las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. En un segundo sentido, se puede decir que la Constitución es fuente del derecho por entender que las normas constitucionales, cuando menos bajo un régimen de Constitución rígida, son idóneas. En tercer sentido, se puede decir que la Constitución es fuente de derecho por entender que las normas constitucionales son idóneas para regular directamente no solo la organización estatal y las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sino también las relaciones entre particulares, y son, por tanto, susceptibles de aplicación jurisdiccional por parte de cualquier juez (p.38).

Resulta claro que la constitución, vista de esta manera, se va convirtiendo en un instrumento facilitador de la consecución de los fines de cualquier Estado, validando las demás normas del ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta nueva forma de concebir la constitución presenta ciertos inconvenientes, por causa de la multiplicidad de contenidos que tienen las constituciones escritas. Por un lado, en su gran mayoría, las constituciones tienen contenidos axiológicos (valores), políticos (directrices) y jurídicos (principios), por lo cual la interpretación y la aplicación de los mismos se pueden tornar, no solo dificultosas, sino también ampliamente abstractas en el plano de la discrecionalidad.

Es por ello por lo que los mismos defensores de la constitucionalización han desarrollado distintos métodos y formas para resolver el inconveniente de la excesiva discrecionalidad que pudiera existir en la interpretación dentro del nuevo derecho; todo lo anterior gracias al cambio de paradigma del concepto decimonónico de ley y la importancia de la constitución dentro de los Estados sociales de derecho. A manera de ejemplo se citan algunos casos en el problema de la interpretación, para de esa manera llegar a instancias del papel de los principios en este esquema.

Según Díaz Revorio (1997), la constitución se convierte en marco básico para la interpretación, ya que esta y sus múltiples contenidos axiológicos, informan y completan los métodos tradicionales en la interpretación. Menciona el autor el método sistemático, tomando la constitución como sistema, el argumento teleológico, la interpretación material y el método científico espiritual, con la característica anteriormente mencionada, donde se toma la constitución como dotada de valores superiores.

En un sentido similar se expresa Zagrebelsky (1987), al considerar que:

El problema de los métodos aparece en consideración a la forma en que se vea ontológicamente el derecho, es decir, el método entonces está en función no de la decisión adecuada al caso, sino de la naturaleza del derecho. De este modo la interpretación exegética se corresponde con la idea de racionalidad y plenitud del código; la interpretación subjetiva con la idea de derecho como voluntad del legislador; la interpretación histórica con el derecho como formación histórica; la interpretación sociológica con el derecho como producto social; etc. (p.168).

Ante la problemática anterior, varios autores como Zagrebelsky (1987), toman la opción de la aplicación del concepto denominado pluralismo metodológico o epistemológico, que permita la diversidad y coordinación de las distintas formas de ver el derecho, para interpretarlo de una manera adecuada.

Dentro de la doctrina denominada neo constitucionalismo, también se presenta una solución al problema de la interpretación, que ha generado una gran cantidad de críticas y reflexiones; es la ponderación, que es donde más toma relevancia el asunto de la discrecionalidad y la aplicación de principios, no solo sistemáticos, sino también, extra sistemáticos. Algunas de esas posturas se evidenciaron en los capítulos anteriores; solo se menciona en este aparte una de las conclusiones que presenta Prieto Sanchís (2001) en cuanto a la ponderación y los principios. Señala el antes citado autor:

Sin duda, la idea de los principios y el método de la ponderación, que aparecen indisolublemente unidos, representa un riesgo para la supremacía del legislador y, con ello, para la regla de mayorías que es fundamento de la democracia. Pero por lo que alcanzo a entender, es un riesgo inevitable si quiere mantenerse una versión tan fuerte del constitucionalismo (p.157).

Considera Prieto Sanchís (2001) que el neoconstitucionalismo depende de una nueva forma de ver las fuentes del derecho y una nueva teoría de la norma que dé ingreso al problema de los principios, y además, una reforzada teoría de interpretación, ni estrictamente mecanicista, ni netamente discrecional.

Colombia no ha estado ajena a esos cambios de paradigma, y desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, y la introducción de un modelo de Estado Social, quedó evidenciado tal avance. Por un lado, la creación de un

tribunal, y por el otro, el ejercicio efectivo de derechos fundamentales, han permitido que ciertos elementos tradicionales vayan evolucionando con la sociedad y se hable de la constitucionalización del derecho.

Por tanto, en la actualidad, desde la academia, se han visto con beneplácito tales avances, quedando reflejados cada vez más en las distintas decisiones jurisdiccionales que toman, no solo las altas cortes, sino también algunos jueces y tribunales; sentencias como la C-479 de 1992, C-083 de 1995, y T-406 de 1992, dan razón de la importancia que han logrado las nuevas formas de interpretar el derecho y especialmente en lo atinente a los principios. Además, sentencias como la C-708 de 1999 y la C-067 de 2003, donde se hace referencia a temas tan vitales como la teoría del bloque de constitucionalidad y, últimamente del bloque de convencionalidad, demuestran la trascendencia del tema.

Es evidente que el papel de los principios queda plasmado en nuestro sistema normativo; al legislador se le limita a través de principios, ya que en ciertos contextos no tiene legitimidad y se desconfía de él. En opinión de Estrada Vélez (2010), los principios generales del derecho deben ser prevalentes y aplicados directamente, y en caso de conflictos, utilizar la regla de la ponderación moderada, ya que considera que la función principal de los principios es darles validez a las demás normas del ordenamiento. De esta manera, no solo se limita al legislador y al ejecutivo, sino también se fortalecen los límites de discrecionalidad judicial que tienen los titulares de la función de administrar justicia en fase de control constitucional.

### **La Sostenibilidad Fiscal y la Discrecionalidad del Juez Administrativo**

En este último apartado, se hace necesario analizar cuál ha sido la real eficacia de la sostenibilidad fiscal y el desarrollo de su instrumento, en el ejercicio de la administración de justicia, y determinar si verdaderamente este instrumento se ha convertido en un límite a la discrecionalidad y a la impartición de dicho cometido. Para ello se utilizará un fallo de vital relevancia, dadas las características en él inmersas y porque se constituyó en el primer ejercicio de incidente de impacto fiscal en la jurisdicción contencioso administrativa. Este caso además servirá para medir el verdadero alcance y el impacto o límite que pueda tener la sostenibilidad fiscal en la discrecionalidad en la toma de decisiones del juez administrativo.

El tópicos se analiza en virtud del ejercicio de un incidente de impacto fiscal

promovido por la Alcaldía de Bogotá y ejercido por el Procurador General de la Nación, con ocasión de un conocido caso en el cual el Consejo de Estado modificó una sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y declaró responsable al Distrito de Bogotá, en relación con los daños ocasionados por el derrumbe del Relleno Sanitario Doña Juana, acaecidos en septiembre de 1997.

En esa ocasión, además de la responsabilidad endilgada al Distrito, se condenó a este por una suma superior a los 227 mil millones de pesos, y a otra serie de medidas. Debido a tan alta condena, se promovió entonces el incidente de impacto fiscal, con el condicionante de que ya se había proferido sentencia. Es así como el Consejo de Estado en la Sección Tercera decide dicho recurso de la en la manera como se describe a continuación:

Dentro de los argumentos expuestos por el Procurador se encontraban los siguientes:

En el presupuesto general del 2013, la mayor participación de recursos corresponde al eje estratégico del Plan de Desarrollo denominado “Una ciudad que supera la segregación y la discriminación: el ser humano en el centro de las preocupaciones del desarrollo”. El 90% total de la inversión directa, que corresponde a \$10’729.904’000.000, será destinado a los sectores sociales de educación, salud, integración social, hábitat y movilidad. ii) Con el fin de cumplir la sentencia condenatoria dictada en la acción de grupo, el Distrito debía realizar modificaciones con cargo al Fondo de Compensación Distrital “para apropiar los recursos en la Unidad Administrativa de Servicios Públicos UAESP, y proponer un traslado presupuestal entre las secciones que conforman el Presupuesto Anual del Distrito Capital...” iii) Esos movimientos presupuestales inciden en la garantía de los derechos fundamentales de los habitantes de Bogotá, porque impactan negativamente el sostenimiento de los gastos de los servicios sociales que presta la administración y los propósitos del Plan de Desarrollo “Bogotá Humana”. iv) Pagar la condena en la forma indicada en la sentencia implica para el Distrito: a) “un esfuerzo adicional significativo para la consecución de recursos que no se tenían previstos ni en la estrategia financiera del plan de desarrollo, ni en el marco fiscal de mediano plazo 2013-2023 presentado conjuntamente con el Proyecto de Presupuesto 2013 al Concejo Distrital”; b) “la disminución de las fuentes de ingreso del presupuesto distrital por concepto de rendimientos financieros”; y c) “plantear un recorte en las inversiones programadas en

el Plan de Desarrollo ‘Bogotá Humana’, generando consecuencias en la atención de la población vulnerable.”

Además, la Procuraduría Delegada para la Economía y Hacienda Pública concluyó, al estudiar la solicitud y la documentación aportada, que el pago de la condena con cargo al presupuesto de la vigencia 2013-2014 ocasionaría un desequilibrio fiscal, por las siguientes razones: i) El Distrito ha cumplido, en los últimos 4 años, la obligación contenida en el artículo 35 del Decreto 714 de 1996, que ordena apropiar hasta el 1% de los ingresos corrientes para el Fondo de Compensación Distrital, cuyo propósito es atender los faltantes de apropiación de gastos de funcionamiento en cada vigencia. ii) En caso de que el Distrito cancele, en un solo desembolso, \$222.835’507.200, correspondientes al pago de 65.536 personas indeterminadas, que no se han hecho parte en el proceso, se afectaría negativamente el presupuesto de 2013, del siguiente modo: en un 24% si dicho pasivo se aplicara al sector educación; en el 100% si se aplica en el rubro del sector de hábitat; en el 690% si se hace con cargo al sector ambiente; y del 17% si se aplica al sector salud. Es decir, en cualquiera de los eventos se impactarían las finanzas del Distrito, comprometiéndose los programas y proyectos relacionados con los citados rubros. La Procuraduría General de la Nación concluyó que pagar la condena en la forma solicitada no afecta, per se, los derechos de los integrantes del grupo, porque no se niega la indemnización sino que se difiere la entrega de los recursos; además, el plan de pagos es razonable.

Grosso modo, estas fueron las peticiones elevadas por la Procuraduría, a lo que de entrada el Consejo respondió en una negación del incidente debido a los siguientes argumentos:

Previo al estudio que corresponde hacer para decidir el incidente de impacto fiscal, advierte la Sala que negará la solicitud de modulación de los efectos de la sentencia de la acción de grupo que dio origen a él por las razones que pasan a exponerse, siendo necesario analizar: -la competencia y algunas precisiones sobre el trámite del proceso; -la naturaleza jurídica del incidente de impacto fiscal; al interior de la cual se examinará: a) los antecedentes del Acto Legislativo No. 3 de 2011, que reformó el art. 334 de la C.PI; b) las características constitucionales del incidente de impacto fiscal, y su desarrollo a través de la Ley 1695 de 2013; c) los efectos del incidente de impacto fiscal sobre la teoría general del Estado y del derecho, aspecto que reclama analizar: c.1) afectación positiva a la construcción de un modelo económico responsable, c.2)

afectación a los principios de justicia y seguridad individual, que justifican que cada individuo mantenga su interés en tener una vida común al interior de una sociedad civil y política; y c.3.) Afectación al principio según el cual Colombia es un Estado Social de Derecho. Planteados los anteriores aspectos se examinará iii) lo probado en el incidente y finalmente se resolverá el caso concreto.

Sí bien no se pretende dilucidar cada uno de estos argumentos, cabe anotar y resaltar algunas consideraciones importantes en razón de la novedad que implicaba la resolución de dicho incidente, poniendo de plano su efectividad, sus fines y su real impacto en las decisiones de la administración de justicia en lo contencioso administrativo.

En la primera parte de la Sentencia, el Consejo de Estado hace un recorrido histórico sobre los debates que se llevaron a cabo en el seno del Congreso de la República sobre la incidencia de la sostenibilidad fiscal y su impacto en el desarrollo de los demás derechos sociales y económicos. Y enfatizando el hecho de no haberse incorporado en la discusión aspectos atinentes al incidente de impacto fiscal.

Así lo demuestra la siguiente consideración de la Sección Tercera del Consejo de Estado:

Queda claro ahora que fue en esta etapa del proyecto —el séptimo debate de ocho; o lo que es igual, el tercer debate de la segunda vuelta; es decir, a un solo debate de terminar el procedimiento de reforma constitucional-, se incluyó el incidente de impacto fiscal, como un mecanismo interpuesto, principalmente, para diferir o modular los efectos de las decisiones judiciales de la Corte Constitucional.

Sigue entonces la corporación sustentando cada etapa de la aprobación e incorporación del incidente de impacto fiscal en el Congreso, para llegar finalmente a lo siguiente:

El artículo 334 de la Constitución Política, de esta manera modificado, ahora sí contiene el instrumento judicial denominado incidente de impacto fiscal, que puede promover tanto el Procurador General de la Nación como los Ministros del Gobierno, y busca —después de oír las explicaciones de sus proponentes- modular, modificar o diferir los efectos de una sentencia proferida por una alta Corporación judicial, y

que de cumplirse puede generar consecuencias en las finanzas públicas.

Sigue el Consejo sustentando sus argumentos al analizar la legitimación en quiénes pueden interponerlo y sobre qué decisiones recaer, llegando a la conclusión de que solo se interpone ante sentencias o autos de las altas corporaciones; quiere decir que no opera ni para los jueces de primera o segunda instancia, y sostiene el Consejo:

...el incidente de impacto fiscal procede contra sentencias dictadas por las Altas Cortes, es decir, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura y, por supuesto, el Consejo de Estado. Esto significa que las decisiones que adopten los jueces o tribunales, en única, en primera o en segunda instancia, no son susceptibles de interponerse este incidente, sin importar que materialmente produzcan un impacto fiscal negativo en las finanzas del Estado.

Otro aspecto relevante que analiza el Consejo es la correcta impartición de justicia, incluso por encima de las consideraciones del fisco, expresado así:

No obstante, la jurisdicción debe tener claro que este principio de sostenibilidad fiscal no puede afectar la justicia ya impartida, cuando se trata de obtener el pago de la condena impuesta a las entidades estatales, pues esta Alta Corte no perderá de vista que tan importante como el fisco es la justicia, y que so pretexto de lograr el equilibrio económico no se sacrificará el derecho, sobre el cual se debe construir no sólo la economía sino también otros sectores que conforman a la sociedad. En estos términos, la sostenibilidad fiscal se considerará con la importancia que le ha dado la Constitución, pero en el contexto de los demás valores y principios también constitucionales, cuya protección hace parte de la consolidación de un auténtico Estado, no sólo de derecho sino también de un Estado que practica la justicia y la administra prontamente, no a cuenta gotas, con la amenaza, para los litigantes, de que una vez triunfan su derecho puede aún verse en entredicho para exigirlo. De esta manera, una regla de ponderación que se tendrá que imponer exigirá que el manejo presupuestal sea el que principalmente soporte la carga de la indemnización, y no nuevamente el patrimonio del favorecido con la condena, quien durante muchos años habrá venido haciéndolo, y por eso debe ser extraordinario que continúe en esa actitud, pues ha esperado la justicia tiempo suficiente (Consejo de Estado, Incidente de impacto fiscal, 2014).

El Consejo de Estado hace una importante y vital alusión al tema de lo que se puede llegar a modificar con la decisión, es decir, a los efectos que se impongan con la sentencia ya tomada, pues vale anotar, modular, modificar o diferir los efectos de la misma estableciendo que

...para no engañarse incautamente, se sabe que es imposible no alterar la decisión inicial, aunque sea de forma parcial y levemente, cuando la Alta Corte accede a modular, modificar o diferir los efectos de la providencia, pues si se condenó y ordenó cumplir de una manera, decir luego que se cumplirá de otra o en un tiempo diferente al [sic] que señaló la sentencia, supone, necesariamente, una variación de la orden impartida. En realidad, después de dictarse sentencia, su modulación, modificación o diferimiento, así sea sólo de los efectos de la condena, necesariamente cambia ese aspecto de la misma, y el juez debe actuar con prudencia excesiva y máxima sensatez, para no intervenir más allá de la limitada posibilidad que adquiere, a partir del art. 334 de la C.P., de alterar parte de la decisión inicial, y no poner en peligro la cosa juzgada, cuyo valor jurídico no puede estar en riesgo, hasta desnaturalizarla y quedar a merced de un principio económico, que también debe ajustarse a la necesidad que existe de concretar la idea de justicia material y particular, representada en el cumplimiento de una condena, producto de años de disputa entre las partes ante la rama judicial.

En otras palabras, le corresponderá a las Altas Cortes examinar con el máximo cuidado que los derechos no queden condicionados injustamente y hasta odiosamente a un criterio fiscal eficientista, ajeno a la justicia del caso concreto, porque de no moderarse y exigirse que esté a disposición de la garantía de la justicia y de los derechos, puede tiranizarlos y someterlos a la lógica económica, sin consideración a la justicia individual y colectiva, en la que también se fundan la sociedad y el derecho.

El Consejo de Estado alude a la Sentencia C-288 de 2012, acerca de los aspectos por considerar en el Estado Social de Derecho, que no se repetirán puesto que ya fueron dilucidados en el aparte anterior.

Finalmente en este caso, el Consejo decide modular la Sentencia, pero solo teniendo en cuenta el aspecto que corresponde a los tiempos en que debe pagarse la condena, pero no a modificar los montos; por el contrario, pide actualizarlos a la fecha.

Cabe anotar y establecer en la actualidad si los incidentes de impacto fiscal realmente son y han sido efectivos en su utilización y más aún, determinar si realmente se han convertido en el instrumento idóneo para proteger la sostenibilidad fiscal como instrumento. Para ello se analizará el siguiente cuadro

*Tabla 1.*

Incidentes de impacto fiscal

SOLICITANTE	CORPORACIÓN	TEMA	DECISIÓN DEL INCIDENTE
Procurador General de la Nación (por petición del Alcalde Mayor de Bogotá, DC.)	Consejo de Estado	Condena contra el Distrito Capital y PROSANTANA, S.A., en indemnizatorio por daño ambiental (Relleno Doña Juana)	Accede parcialmente
Viceprocuradora General de la Nación (encargada de las funciones del Procurador General de la Nación)	Corte Constitucional	Concurso de méritos para el cargo de procurador judicial (Sentencia C-101/13)	No accede a la solicitud
Procurador General de la Nación	Corte Constitucional	Concurso de méritos en la PGN (Sentencia T-147/13)	No accede a la solicitud
Procurador General de la Nación	Corte Constitucional	Revocatoria del mandato del Alcalde Mayor de Bogotá	No accede a la solicitud
Ministro de Hacienda y Crédito Público	Corte Constitucional	Exequibilidad sobre pérdidas fiscales en que incurran los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE) (Sentencia C-291 de 2015)	Declarado desierto Auto 446/15.

Fuente: *La sostenibilidad fiscal en el marco de las decisiones de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (2015).*

Finalizando este apartado, lo que se pretende demostrar es que si bien se ha implementado, constitucionalizado y regulado la sostenibilidad fiscal como directriz para la consecución de los fines del Estado Social y Democrático de Derecho, su herramienta adecuada no ha sido efectivamente utilizada como se había pensado; por lo tanto, no constituye hasta ahora un ejercicio preponderante en la protección de las finanzas estatales y mucho menos en

la limitación en la discrecionalidad en la actividad litigiosa y decisonal de las altas corporaciones.

## **Conclusiones**

El tema de la constitucionalización del derecho y el papel de los principios son dos vertientes de la nueva visión del derecho después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991. Las características de tal Estado previenen la implementación de un nuevo sistema de fuentes, una visión distinta del juez, ya no como aplicador mudo del derecho, sino como un creador de derecho; una nueva visión de la teoría de la norma, no desconociendo el Estado de derecho tradicional, sino por el contrario, una cualificación del mismo.

Esa llamada constitucionalización, que en Colombia ha sido avocada por la Corte Constitucional principalmente, implica un cambio de paradigma en la interpretación y aplicación del derecho. Teorías como la modulación de las sentencias y sus efectos en el tiempo, inciden en conceptos tan importantes como el de la cosa juzgada, que para algunos doctrinantes resulta peligroso, debido a una posible inseguridad jurídica y un poder superlativo de la Rama Judicial y ahora con la aplicación del incidente de impacto fiscal.

La sostenibilidad fiscal en Colombia no se considera como un principio según el criterio de la Corte Constitucional, pero sí se ha establecido en un criterio constitucional que conlleva a la modulación de las decisiones de las altas corporaciones.

La sostenibilidad fiscal no es un principio constitucional sino una herramienta para la consecución de los fines del Estado Social y Democrático de Derecho. Es por mandato superior, un criterio orientador que carece de la jerarquía propia de los principios fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho y se interpreta conforme al principio de progresividad y a la naturaleza indivisible e interdependiente de derechos.

## Referencias Bibliográficas

Botia, N. J. (2014). La sostenibilidad fiscal y su incidencia en el Estado Social de Derecho. Villavicencio: Universidad Santo Tomás.

Congreso de Colombia. (1 de julio de 2011). Por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal. [Acto legislativo 3 de 2011] DO: 48.117

Congreso de Colombia. (10 de julio de 2003). Por la cual se modifica el artículo 49 de la Ley 617 de 2000. [Ley 821 de 2003]. DO: 45.244.

Congreso de Colombia. (11 de julio de 2013). Modificaciones al Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2013. [Ley 1640 de 2013]. DO: 48.848

Congreso de Colombia. (29 de diciembre de 2000). Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la Rama Judicial. [Ley 633 de 2000].

Congreso de Colombia. (9 de junio de 2015). Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. [Ley 1753 de 2015]. DO: 49.538.

Congreso de la República de Colombia. (10 de junio de 2011). Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. [Ley 1448 de 2011]. DO: 48.096

Congreso de la República de Colombia. (15 de agosto del 2000). Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. [Ley 610 de 2000]. DO: 44.133

Congreso de la República de Colombia. (17 de diciembre de 2013). Por medio de la cual se desarrolla el artículo 334 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. [Ley 1695 de 2013]. DO: 49.007

Congreso de la República de Colombia. (28 de junio). Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones. [Ley 1454 de 2011]. DO: 48.115

Congreso de la República de Colombia. (30 de enero de 1997). Por la cual se reglamenta el artículo 364 de la Constitución y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento. [Ley 358 de 1997]. DO: 42.973

Congreso de la República de Colombia. (5 de julio de 2011). Por medio de la cual se establece una regla fiscal y se dictan otras disposiciones. [Ley 1473 de 2011]. DO: 48.121

Congreso de la República de Colombia. (6 de octubre del 2000). Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional. [Ley 617 de 2000]. DO: 44.188

Congreso de la República de Colombia. (9 de julio de 2003). Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones. [Ley 819 de 2003]. DO: 45.243

Corte Constitucional, Sala de Revisión. (5 de junio de 1992). Sentencia T-778/1992. PM: Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional, Sala Plena. (1 de marzo de 1995). Sentencia C-083/1995. MP: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sala Plena. (13 de agosto de 1992). Sentencia C-479/1992. MP: José Gregorio Hernández Galindo & Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sala Plena. (16 de mayo de 2012). Sentencia C-367/2012. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sala Plena. (16 de mayo de 2012). Sentencia 371/2012. PM: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, Sala plena. (18 de abril de 2012). Sentencia C-288/2012. MP. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Corte Constitucional, Sala Plena. (21 de junio de 2012). Sentencia 457/2012. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sala Plena. (22 de noviembre de 1999). Sentencia C-708/1999. MP: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sala Plena. (24 de mayo de 2012). Sentencia 384/2012. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional, Sala Plena. (27 de junio de 2012). Sentencia 490/2012. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, Sala Plena. (29 de febrero de 2012). Sentencia C-132/2012. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, Sala Plena. (30 de mayo de 2012). Sentencia 397/2012. MP: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, Sala Plena. (4 de febrero de 2003). Sentencia C-067/2003. PM: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sala Plena. (6 de junio de 2012). Sentencia 416/2012. MP: Adriana María Guillén Arango.

Corte Constitucional, Sala Plena. (6 de junio de 2012). Sentencia 419/2012. MP: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, Sala Plena. (6 de junio de 2012). Sentencia 420/2012. MP: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, Sala plena. (9 de mayo de 2012). Sentencia C-332/2012. MP. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Díaz Revorio, F. (1997). Valores superiores e interpretación constitucional. Universidad de Castilla-La Mancha. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales. (21 de noviembre de 2012). Por la cual la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, adopta la Clasificación de Actividades Económicas – CIIU revisión 4 adaptada para Colombia. [Resolución 139 de 2012] DO: 48.622

Estrada Vélez, S. (2010). La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y

el uso legítimo de la discrecionalidad. *Vniversitas*, 59(121), 77-112. Recuperado de: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/1441515-100>.

Guastini, R. (2001). *Estudios sobre teoría constitucional*. México: DJC.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (19 de julio de 2013). *Modificaciones al Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2013*. [Decreto 1530 de 2013]. DO: 48.856.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1976). Art. 4.

Plazas, M. (2016). *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*. Bogotá: Temis.

Prieto Sanchís, L. (2001). *Neo constitucionalismo y ponderación judicial*. Madrid: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

Restrepo, J. (2015). *Hacienda Pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Zagrebelsky, G. (1987). *La Corte constitucional y la interpretación de la Constitución*. En López Pina, A. (Ed.). *División de poderes e interpretación*. Madrid: Tecnos. p.161.

# **LA CONSTITUCION EN LA ADMINISTRACION PÚBLICA EN COLOMBIA Y EN ESPAÑA**

---

**Luis Rafael Vergara Camargo\***

---

\* Abogado de la Universidad del Atlántico, especialista en Ciencias políticas, y Magister en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda de Santa Marta. Es docente de la Corporación Universitaria Americana, y la Universidad del Atlántico. [lvergara@coruniamericana.edu.co](mailto:lvergara@coruniamericana.edu.co)

**A**l abordar la temática sobre la Constitución en la Administración y hacer de ella una reflexión que permita la aproximación a dos escenarios diferentes propio del Derecho comparado uno en un Estado como lo es el Español, donde el Derecho administrativo ha alcanzado una gran madures, que hoy no solo se despliega en una administración Estatal, sino que este influye o a este le influye la propia organización de la Unión Europea, el cual le ha permitido en algunos casos, adecuar sus disposiciones, acorde con lo que se disponga en el escenario de la Unión.

La síntesis sobre la temática agotada se centra en los aspectos más relevantes, que me llevaron a la comprensión propia de la existencia del Derecho Constitucional y su permanencia por encima del mismo Derecho Constitución; el sustento propio del Derecho Administrativo Español, establecido sobre el Sistema Constitucional, que le permite desarrollarse, da evidencia de la fortaleza de este en cualquier Estado que lo desarrolle sobre el concepto funcional de la Administración Publica.

Cuando se hace una mirada a la Constitución Española y se centra en el Gobierno y de la Administración, se encuentra como esta queda Constitucionalizada, bajos los Principios Generales y en la órbita del Interés de todos los españoles.

## **LA CONSTITUCION EN LA ADMINISTRACION EN ESPAÑA Y COLOMBIA**

Cuando se aborda la Administración en el contexto Español, se encuentra que ella está controlada por las misma disposiciones Constitucionales, cuando en el estudio del Artículo 106 ella dispone, en su numeral uno que “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.”(Art. 106. Constitución Española)<sup>1</sup>

Así mismo el inciso 1 del artículo 135 de la Constitución española, hace alusión a que “todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria” y establece los límites en cuanto a que “el Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros”.

<sup>1</sup> Constitución Española. (1978) Título IV. Del Gobierno y de la Administración. Artículo 106.

Y se le deja a la Ley, en este caso la orgánica española, para fijar “el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario” (*Const. Española*, art. 135, Inciso segundo del numeral 2).

No olvidando que la conformación territorial de España; esta el Estado y las Comunidades Autónomas, que en tal sentido en relación a la deuda pública y para contractar crédito, debe hacerse bajo la autorización de la ley, y así que bajo la premisa de la Ley Orgánica 2/2012<sup>2</sup>, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, la cual sufre la última modificación el 30 de Octubre 2015. Y es que el Preámbulo de esta ley Orgánica, la cual establece:

La estabilidad presupuestaria, consagrada constitucionalmente, es base para impulsar el crecimiento y la creación de empleo en la economía española, para garantizar el bienestar de los ciudadanos, crear oportunidades a los emprendedores y ofrecer una perspectiva de futuro más próspera, justa y solidaria.

La estabilidad presupuestaria es entendida como un instrumento en busca de garantizar la financiación adecuada del ser público y los servicios públicos de calidad, propios del sistema de bienestar, y ofrecer a los inversores la capacidad de la economía española y crear y atender las necesidades propias de los españoles.

La entrada de España a la Unión Económica y Monetaria Europea, fue uno de los principales activos que cimienta la economía española hasta el año 2008.

La reforma del 2011 que se le hace al artículo 135 de la Constitución Española, introduce al máximo nivel normativo del Sistema Admirativo, la primera novedad de la Ley que se sustenta en su propio título, ya que incorpora “la sostenibilidad financiera” como “principio rector” de la “actuación económico financiera de todas las Administraciones Públicas españolas”.

Con ello se pretende reforzar la idea de estabilidad, no solo en un momento coyuntural, sino con carácter permanente, lo que contribuirá a preparar el camino para los retos a los que nuestro sistema de bienestar se enfrenta a medio y largo plazo. A diferencia de la normativa anterior, la

<sup>2</sup> Ley Orgánica 2/2012. de 27 de abril, e Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. BOE-A-2012-5730

Ley regula en un texto único la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y Seguridad Social (Ley orgánica, 2012).

Por otro lado, una mirada al sistema de administración pública en España, se encuentra que a nivel nacional y regional existe una delimitación en cuanto a lo propio de la cuenta presupuestaria, quien se encuentra regulada por la normatividad europea, que tiene como columna vertebral principios generales, entre los que se afianzan las funciones de la administración los siguientes “estabilidad presupuestaria, plurianualidad, transparencia y eficacia y eficiencia en la asignación de los recursos públicos”, así mismo las disposiciones regulatorias adopta elementos estructurales, pero a su vez se “introduce tres nuevos principios: Sostenibilidad financiera, responsabilidad y lealtad institucional” (Ley Organica, cap. II).

Se resalta el principio de estabilidad presupuestaria que se establece como un pilar fundamental en la ley orgánica 2 de 2012, que tiene como razón de ser la definición de equilibrio o superávit. “Se entenderá que se alcanza esta situación cuando las Administraciones Públicas no incurran en déficit estructural. Este principio se refuerza con el de sostenibilidad financiera, que consagra la estabilidad presupuestaria como conducta financiera permanente de todas las Administraciones Públicas” Y junto con el “principio de sostenibilidad financiera se incluye el de lealtad institucional, como principio rector para armonizar y facilitar la colaboración y cooperación entre las distintas administraciones en materia presupuestaria.”

Pero se deja la puerta abierta, esto como la excepción al Principio de estabilidad presupuestaria al Estado y las Comunidades Autónomas podrán “presentar déficit estructural en las situaciones excepcionales tasadas en la Ley: Catástrofes naturales, recesión económica o situación de emergencia extraordinaria, situaciones que deberán ser apreciadas por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados”. (Cap. III)

Por otro lado, el Artículo 103 de la Constitución española en su numeral 2, hace referencia a “los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley”.

Marta Fernández (2012) afirma que se trata de una oportunidad perdida para avanzar en la Constitucionalización de un verdadero gobierno económico,

al carecer de nuevos elementos que permitirían subvenir a las insuficiencias del régimen vigente” y considera que el análisis que hace sobre “La Constitucionalización de la crisis económica, constituye un interesante punto de partida para la reflexión sobre el futuro de la gobernanza económica en la Unión Europea, siendo su lectura aconsejable –aunque no imprescindible– para quienes se interesen en la materia (p.317).

Consciente del carácter complejo, heterogéneo y dinámico del Derecho público económico, Embid Irujo citado por Fernández (2012) anticipa en la obra recensionada la necesidad de publicar en el futuro una nueva monografía, ampliada y actualizada, donde se analicen los últimos avances en el proceso de Constitucionalización de la Unión económica recién iniciado. Quedamos por ello emplazados a su lectura, pudiendo afirmar sin error a equivocarnos que la misma resultará útil y enriquecedora, contribución doctrinal necesaria para un Derecho en constante evolución (Fernández, 2012, p.317).

En el ámbito del Derecho Comparado, tomando la Constitución Política Colombiana y la Administración, partiendo desde la Constitución de 1.991, se encuentra que la Administración, está alejada de un marco Constitucional que dé cuenta de una Constitucional que desarrollé un modelo de administración pública.

La Constitución colombiana de 1991 no opta por un modelo definido de administración pública que regule la materia, evidenciado que existen normas que regulan la Administración Pública expedidas por el legislador, en interés burocráticos que dominan el proceso de ejecución de las políticas y fines del Estado que en última cada ley, debe tener un presupuesto para su ejecución. Al hacer el análisis de la manera como se encuentra organizada la administración pública en Colombia se evidencia que ella no tiene rango constitucional, como si lo tiene el Sistema de Organización de la administración en el Estado Español que en su artículo 106 de su Constitución Política, le da dicha jerarquía jurídica; en cambio cuando se hace el análisis de la administración pública en Colombia, ella tiene un rango legal, mas no constitucional; si bien en la Constitución Colombiana se le da una categoría de Estado Unitario, ello más que todo hace referencia en cuanto a su organización y sus estructuras de poder; mas no como una administración pública de corte constitucional; y solo ella es el reflejo de la organización del poder ejecutivo, legislativo y judicial, como se puede evidenciar que permea todo un sistema de estructuras de poderes públicos, que en su origen es constitucional, pero en su organización

administrativas se da a través de la Ley. Por eso cuando se habla de la función pública en Colombia, se dispone en su artículo 122 de la Constitución Política, que los empleos propios de la organización estatal, sus funciones deben ser legal y/o reglamentarias.

Como se puede sustraer del propio contenido del artículo en referencia, el desarrollo de la función pública, es decir de la Administración del Estado, es de carácter legal y reglamentario, ajeno a un marco Constitucional.

Así mismo del marco Constitucional Colombiano, en el artículo 209, se habla de la Función Administrativa y este establece:

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

Dentro del proceso de organización que tienen una categoría legal, cuando se evidencie que lo construido como entidades del estado, no lo es suficiente y de ellos se requiere el aparato estatal que ejecute una actividad que no le ha sido entregada por función a un existente, entonces se deja abierto el marco normativo para que desde el poder ejecutivo puede ser creada legalmente, o que la misma ley la autorice y ello tiene como fundamento lo que la misma Constitución Colombiana dispuso en su artículo 210; y le dio a la Ley que solo ella puede a nivel nacional crear entidades descentralizadas por servicios. Sin olvidar que la Constitución Política, centra su actividad en los principios que la orientan; a su vez se deja de manifiesto que los servicios públicos, hoy no están solo en cabeza del Estado, sino que a particulares se le entregan funciones administrativas de prestar estos y como consecuencias, surgen normatividades en busca del cumplimiento de los fines estatales, se han expedido un sinnúmero de leyes en materia de Salud, educación, vías.

Los avances que se han dado a partir de la Constitución de 1991, trae consigo en el año 1998, se expidiera la Ley 489, ella trae unas series de facultades de organización de la administración, que se le dio al presidente de Colombia, ya

que, como cabeza máxima de la organización estatal, es Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa; en la referida ley, que tiene un concepto amplio de las facultades entregadas se encuentran la de “Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales” (Const., 1991, art. 189) y no puede desligarse de los principios que la misma Constitución Política establece, que a bien la ley los reafirma.

Ahora con la Ley 489 de 1998, se establecieron una serie de regulaciones en torno al ejercicio de la función administrativa, donde se determinó la estructura de la Administración Pública y se hace una defensa a los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento del Estado en arar a la consecución de un buen servicio público.

En la referida ley 489 de 1998 se determina el ámbito de aplicación en los organismos y entidades de Estado, es decir en todas las estructuras del poder público, lo que se refleja, una categorización a “la Administración Pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas” (Ley 489, 1998, art. 2).

Al entrar en el análisis de la Ley 489 de 1998, se encuentra que ella desarrolla los principios que constitucionalmente que se establecen en el artículo 209, reafirmando que, en todo el proceso funcional de la estructura Estatal, los principios constitucionales que se pregonan, deben prevalecer en toda la prestación del servicio público y ello no debe ir en contravía en cuanto a su naturaleza y su régimen legal, que lo sustenta.

Al hacer referencia de los principios, como columna de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política:

Al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores del Estado en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular (Ley 489, 1998, art. 3, parágrafo).

Ahora haciendo punto de comparación con la modalidad de la

administración española que la Constitución Española establece su artículo 137, que ella “se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses”. La Constitución Colombiana por el contrario en su organización administrativa como:

Estado social de derecho, lo organiza en forma de República Unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (Const., 1991, art. 1).

Pero a su vez la forma como está organizado el Estado para desarrollar su administración la despliega en todo el territorio colombiano se halla dividido en departamentos, que a su vez están divididos en municipios, estos en comunas, corregimientos, veredas, entidades territoriales indígenas, territorios colectivos y Distritos y estos en su diferentes modalidades de la acción administrativa la competencia la deben ejercer conforme a la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento ejecutivo; dejándose claro que estos entes territoriales no tienen facultades de legislar y solo promulgan actos administrativos de ordenanza, en el caso de los Departamentos; Acuerdos en el caso de los Municipios y Distritos, reglamentos y/o resoluciones.

Ahora, si se hace la aproximación conceptual de la organización del poder, bajo la norma Constitucional de España, él se dispone orientado en tres variables, en las cuales se centra la forma de distribución en todo el contexto territorial, con independencia y autonomía, y con una distribución de las competencias, desplegando las facultades de los entes territoriales de acuerdo la Ley o a la Constitución Política.

En tal sentido la distribución territorial en la cual se permea todo el poder político se da de mayor a menor amplitud territorial, y ello se evidencia en el esquema en que en la Administración General de Estado, Administraciones Autonómicas y Administraciones locales y junto a todas ellas existe un amplio conjunto de Administraciones instrumentales, que pese a ser parcialmente independientes, tienen su base en la Administración territorial que las haya creado; se encuentra que el Fundamento Constitucional, de existencia en el caso para las comunidades autonómicas:

Al hacer el análisis de los poderes legislativos derivados de la misma

autonomía y donde se requiere la concurrencia de estos, con el fin que se dé la aprobación estatutaria de las regiones en su manejo autónomo del manejo institucional, se permite hablar en España del reparto territorial del poder político, lo que incluye, como es obvio, el del poder legislativo, que se hace efectivo a través del sistema parlamentario y este sistemas parlamentarios autonómicos son sistemas separados del nacional, de modo que, como ha advertido el Tribunal Constitucional.

Las instituciones legislativas de las Comunidades autónomas no deben adecuar necesariamente su estructura, funcionamiento u organización a las correspondientes de las Cortes Generales, ni aplicarse a estas instituciones autonómicas de modo directo o supletorio la regulación constitucional sobre la organización y funcionamiento del Parlamento Nacional (Tribunal Constitucional, Sentencia 16 del 1984).

Ahora respecto a las leyes aprobadas por las Asambleas legislativas pueden clasificarse básicamente en dos tipos: 1) aquéllas que recaen sobre materias de exclusiva competencia de la Comunidad autónoma, y las que recaen sobre materias en que el Estado y la Comunidad autónoma de que se trate tienen competencias concurrentes (lo que se realiza a través del binomio “ley básica-ley de complemento”). Carecen, pues, las Comunidades autónomas de competencias que la propia Constitución confiere como exclusivos del Estado, aunque, el propio tenor literal del precepto indica claramente que la enumeración practicada no se refiere sólo a materias reservadas al poder central, sino a una combinación de materias y de facultades jurídicas, ni tampoco reconoce sobre tales materias un poder de disposición exclusivo a favor del Estado, poder que, en muchos supuestos habrá de ser compartido con los que el citado precepto permite ejercer a las Comunidades autónomas.

La competencia exclusiva del Estado queda más bien reducida a unas pocas materias como son Defensa y Fuerzas Armadas, nacionalidad, inmigración emigración, relaciones internacionales, Administración de Justicia, régimen aduanero y Comercio Exterior y sistema monetario. Además de ellas, el artículo 149.1 de la Constitución recoge otra serie de materias que entrañan verdaderas competencias compartidas entre el Estado y las Comunidades autónomas, tanto en el plano legislativo como en el de ejecución administrativa, si bien el Estado se reservará aquellas materias no asumidas por los Estados de Autonomía (Const., 1991, art. 149.3).

Por su parte, el artículo 148.1 de la Constitución establece las materias que

en virtud de lo dispuesto en el artículo 147.1 del mismo Texto Legal han podido ser asumidas por las Comunidades autónomas en sus respectivos Estatutos de Autonomía. Con este fundamento, y con independencia de haber accedido a la autonomía por la vía del artículo 151 más generosa en techo competencial o por la vía del artículo 149 en principio menos ambiciosa, los diversos Estatutos de Autonomía han configurado como propias y exclusivas diversas competencias, a los que se aplica el Derecho de la Comunidad autónoma, con preferencia al Derecho estatal, con preferencia del primero, si bien, en defecto de regulación autonómica, será de aplicación supletoria el Derecho del Estado.

Haciendo derecho comparado entre el Español y Colombiano, propio de la Administración, se evidencia que mientras en España, existen la Administraciones Autónomas, con su propio poder legislativo, en nuestra organización, hasta el día de hoy, la forma como está organizado el estado territorialmente y administrativamente, si bien existe una Asamblea Departamental y Concejos Municipales o Distritales, estos no son organismos legislativos, sino administrativos, por lo tanto estos están sometidos a los Tribunales Contenciosos Administrativos, muy distante a lo que sucede en España, donde el poder legislativo de las comunidades “autonómicas” que se ejerce por las Asambleas legislativas, donde se aprueban las leyes y ellas al igual de lo que se da en relación al poder que se origina en las altas cortes generales es sometido al Tribunal Constitución, como interprete supremo de la Constitucional.

La autonomía de la Administración en España que se despliega por toda la estructura del Estado y su fortaleza Constitucional, no ha alcanzado con la figura que predica el artículo 306 de la Constitución de 1.991, que reza que “Dos o más departamentos podrán constituirse en regiones administrativas y de planificación, con personería jurídica, autonomía y patrimonio propio. Su objeto principal será el desarrollo económico y social del respectivo territorio”.

La Centralización de la Administración, se ha desplegado solo bajo, la “Descentralización administrativa”. Que tiene como fundamento el ejercicio de las facultades de Ley y en general en el desarrollo y reglamentación que el mismo Gobierno expida, procurando que las competencias que se den en los diferentes niveles de la administración, en relación a los servicios públicos que correspondan a los Municipios, Departamentos y a entidades nacionales descentralizadas el gobierno velará porque se establezcan disposiciones de delegación y desconcentración de funciones, de modo tal que sin perjuicio del necesario control administrativo los funcionarios regionales de tales

entidades posean y ejerzan efectivas facultades de ejecución presupuestal, ordenación del gasto, contratación y nominación, así como de formulación de los anteproyectos de presupuesto anual de la respectiva entidad para la región sobre la cual ejercen su función; así mismo la administración se ha puesto en funcionamiento bajo la Desconcentración administrativa; que es mirada desde el concepto mismo del derecho en cuanto a competencias y funciones en que radican las misma, cuando las dependencia están por fuera de la entidad central; sin olvidar que el superior del funcionario, pueda hacer las instrucciones y orientaciones sin que implique delegación y podrá hacerse por territorio y por funciones.

La reflexión que nos permite sintetizar lo aprendió, que tiene como fundamento el Derecho Administrativo en España y su razón jurídica, es que aquel pende de un orden de categoría Constitucional, que se enmarca desde sus propios articulados y solo acude a la ley en cuantos algunos aspectos que infiere en su aplicabilidad, y en Colombia el desarrollo de la estructura del Derecho Administrativo es mas de carácter legal que Constitucional.

Tocando lo atinente en el caso colombiano, y comparando en relación principio de estabilidad presupuestaria, que estable el artículo 135 de la Constitución Española y los límites que este le da al “Estado y Las Comunidades Autónomas, las cuales no pueden incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecido y en su caso, por la Unión Europea para sus Estados miembros”.

## **LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA CONSTITUCION COLOMBIANA**

Una mirada de la administración pública en Colombia, se le puede hacer con un interrogante en cuanto a ella, ¿si esta es más de tendencia en cuanto a la distribución Jurídica del poder político de origen constitucional? ¿O solo la distribución de poder es de categoría constitucional, pero el desarrollo es de orden legal?

La seguridad jurídica catalogada como principio, nace como el fundamento en occidente y esto se da cuando de ordenar el poder político del Estado se trata; en tal sentido, este ha sido heredado por una grande mayoría de países entre ellos Colombia y plasmado en nuestra Constitución Política, como columna vertebral del Estado de Derecho, ello se evidencia desde el preámbulo y en

los primeros seis (6) principios Constitucionales; lo que permite inferir que toda institucionalidad de la organización del poder, que da origen la estructuración del aparato estatal, y sus decisiones que se lleguen a tomar bajo sus facultades, se le da la garantía jurídica con pleno respaldo constitucional.

Pero cuando se busca la aplicabilidad del poder directamente desde la Constitución, se encuentra que solo existe la categoría Constitucional de la existencia institucional y su funcionalidad se descarga en la Ley, reglamento, ordenanza, acuerdo, resoluciones; sin este concepto supletivo legal la norma Constitucional, se convierte en letra muerta.

Desde la categorización de Colombia, como Estado Social de Derecho a partir de su implementación en la Constitución de 1991, se ha evidenciado la inaplicabilidad directa de la Constitución y solo la existencia de un apéndice legal, le da desarrollo funcional a lo que se establece constitucionalmente.

Cuando se hace un análisis de los principios y derechos fundamentales, se puede encontrar desde la existencia de la Constitución de 1991, como ellos se desarrollan normativamente y muchas veces, la ley no lo es suficientemente clara o lo es mal interpretada, recurriéndose no a la Constitucionalización de la ley, sino a la Constitucionalización jurisprudencial de lo que nace con la Constitución.

Cuando se busca que las decisiones del Estado, tengan la suficiente seguridad Jurídica, lo que se busca con ella como principio que se pregona del Estado de Derecho, es la garantía en las repuestas a todos los derechos que le corresponden al conglomerado social, sin importar, su raza, cerdo, sexo, ete, y que ella, al establecerse, si la norma la trae consigo, no sea desplazada, frente al desarrollo jurisprudencial que se proclama, cuando se busca el pleno respaldo institucional de los derechos, que la norma jurídica carece de la misma, por el alcance normativo que no lo es suficiente jurídicamente, frente a lo que se predica en la Constitución Colombiana.

La discusión que se ha venido dando en torno al respaldo de los derechos humanos, como garantías de un Estado Social de Derecho, es en donde se ha centrado una gran discusión jurídica, que alimentan el plano académico, jurídico y en el escenario en práctica, que convoca que la administración en todo el sentido de su competencia funcional, se dé la aproximación más certera en la resolución de necesidades del ciudadano.

Cuando se da el surgimiento del Estado Social de Derecho y su misma

existencia , a partir de un Estado de derecho, la implementación normativa, no lo fue suficiente mente pensada en cuanto ella con su surgimiento y con su aplicabilidad lo fuese frente a una realidad social; de ahí que el fracaso de alguna normas jurídica se deba a la improvisación del legislador, que constitucionalmente, tiene la producción de la fuente normativa, frente a una realidad contextual de la cual no se hace uso del imaginario colectivo , para sacar de él una aproximación real, cuando la ley surja en busca de repuestas de necesidades exigidas, evitando con ello lo que se ha vendió dando como lo es la Constitucionalización del Derecho por vía jurisprudencial, que surge como repuesta de la seguridad jurídica del derecho que se reclama.

Si bien al darse el establecimiento en el año de 1991, de un nuevo sistema Constitución en Colombia, con unas instituciones, que se plantearon por el constituyente con el fin de dar un vuelco a las políticas públicas que se orientarían a estar siempre en la resolución de las necesidades del pueblo colombiano y acabar con un sistema político corrupto, del establecimiento institucional, que se engendró en la Constitución de 1886; veintiséis años después y en ambiente político polarizado, surgen prácticas corruptas e instituciones adecuadas para hacer de ellas un sistema a favor de particulares y en perjuicio de todos los colombianos.

Si bien, cuando se expide la Constitución de 1991, se le pide al Congreso (Legislativo) que en términos rápidos se adopten leyes que le den surgimiento a instituciones que desarrollen políticas públicas en pro de todos los colombianos, se encuentra más tardes y con el fracaso de muchas instituciones que no cumplen con los fines esenciales del Estado, que a bien se predicen como principio constitucional en el artículo segundo de la Constitución Política.

Desde el establecimiento mismo de la estructura del Estado, que se le entrego dentro de sus funciones al legislador, todas ellas contempladas en el artículo 150, se encuentra que este poder legislativo, ha hecho del Sistema Político Colombiano, unas estructuras institucionales que se direccional, en la gran medida a que las funciones estatales, pensando más en el gran presupuestó para, su beneficio burocrático, que para el cumplimiento del servicio público en pro de la comunidad en general.

Es de suma importancia, mencionar que, dentro de este gran espectro funcional, se resaltan como las que se contemplan en el Numeral 3; que hace alusión a la de aprobar el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas,

que es la carta de navegación del gobierno de turno, y donde se determina los recursos para su ejecución y con ello en la mano, viene las nuevas improvisaciones institucional, que se convierten en el motor de ejecución de esas fuentes económicas en busca del cumplimiento de una política de gobierno; y donde la historia nos refiere que es ahí donde comienza el cáncer que se carcome los recursos estatales la llamada corrupción política y ello porque dentro de todo el marco funcional del legislativo le corresponde al Congreso según el numeral 1 del Artículo 150 de la Constitución Política de 1991 “Interpretar, reformar y derogar las leyes”.

En busca de otras o las mismas que le permitan canalizar los recursos públicos, y manejados por los grupos políticos que están aliados con el ejecutivo, a los cuales se le entrega para que asuman la responsabilidad que cumplir los fines esenciales del estado que se predica en el artículo 2 de la Constitución Política Colombiana, y donde se vulnera a raíz del incumplimiento de los mismos, los principios y derechos fundamentales, arrastrando con la salvaguarda de los derechos humanos.

Así mismo, un fenómeno que se presenta en la administración pública en Colombia, por cuanto ese espectro legal, que se le da al legislador, para que las actividades del estado sean orientadas bajo la Ley, es aquella que aparece cada cuatro años, llamada ley del plan de desarrollo y de inversiones públicas, donde se determinan sumas de dineros grandes, en busca del cumplimiento de los fines del estado, pero que se presta para que los recursos que se aprueban, sean orientadas de acuerdo a los caudales electorales y manipulados a interés de partidos que acompañan al gobierno estatal.

Ahora en todo a lo correspondientes a las políticas públicas que se incluyen en el plan de desarrollo y de inversiones, en la Constitución Política Colombiana, que permite reorientar la realidad social, política y económica del país, se vienen presentado una constancia transformación, en relación a los llamados constantes y reorientación que se hace por parte de la Corte Constitucional, en busca de hacer de los recursos del estado, más eficientes y adecuados a cumplir los fines que se persiguen constitucionalmente.

Vale la pena resaltar jurisprudencias importantes, que si bien se le critica a la Corte Constitucional, por sus decisiones importantes en defensa del interés general cuando de la ley no se evidencia protecciones de los derechos fundamentales y ellos están en peligro; su pronunciamientos les han dado un vuelco importante a la administración pública legal, para orientarla con los

propósitos constitucionales que obligan al legislador a replantear lo que se evidencia involutivo para el desarrollo del país y para la defensa del hombre colombiano en cuantos a esos derechos fundamentales.

Desde el año 1.991, en materia como educación, salud, trabajo, violencia intrafamiliar y otros derechos fundamentales, se emitieron leyes con el fin de darle cumplimiento al artículo primero y segundo de la Constitución Colombiana, el primero con el fin de poner en marcha el Estado Social de Derecho y el segundo, desarrollar todos los fines esenciales del Estado; pero en fin al inicio del desarrollo legal, se pensó que estas normas jurídicas entrarían a estructurar todo un sistema jurídico con la mejor tendencia filosófica de un estado constitucional y social de derecho, pero luego todos estos preceptos normativos se han visto superado por la realidades de la dinámica social, que ha visto menguada los derechos fundamentales de los Colombianos, por un sinnúmero de normas que se dieron desde el legislativos y solo con las reclamaciones en los estrados judiciales se han protegidos antes los eminentes peligros en virtud de normas inflexibles y propias de un estado de derecho inquebrantable antes las nuevas dinámicas sociales y vulneradoras de los principios del estado social de derecho.

Ahora lo que se hizo el Constituyente en relación a la Salud, como derecho fundamental al darle una categoría superior como un derecho del ser humano, es que al adentrar en el Continente Americano; con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, todos los estados parte de ella tenían que hacer defensa de este derecho, con la concepción que en Colombia no se plasmó en una simple ley, sino que se le dio rango constitucional en los artículos 44 y 49.

Pero ello no era suficiente, en el entendido que el Sistema de Salud en Colombia, daría la orientación del desarrollo normativo en la Ley 100 de 1993 y ella se pondría a la orden de un manejo diversificado en su manejo entre lo público y privado, lo que ha conllevado a las debilidades de un sistema en contra del ser humano y a favor de una elite con intereses económicos y en detrimento de la salud del pueblo colombiano.

En relación a este derecho fundamental, que se permite ser protegido en cumplimiento de la Ley 100 de 1993, se ha dado a partir de su aplicación líneas jurisprudenciales que han llevado a dar claridad en cuanto a la no vulneración del mismo y su protección desde la jurisprudencia constitucional; ello en virtud de la seguridad jurídica o el desperfecto legal con que se legisla al respecto;

si bien la salud es un Derecho Fundamental que tiene rango constitucional, su desarrollo legal no le permite ser aplicado en cumplimiento de los fines esenciales del Estado por su carencia de claridad que no la trae consigo la Ley y/o se desconoce por la entidad que le corresponde su aplicación, aun cuando el profesional de la salud hace su requerimiento y este servicio se encuentra dentro del rango de la clasificación legal de no POS, clasificación que viola el derecho fundamental de categoría constitucional y solo a cuesta del interés financiero de los administradores del sistema de salud y a cuesta de afiliado al sistema.

La Corte Constitucional, en sentencia T-760 del 2008, ha sido reiterativa en cuanto a la garantía de este derecho y los ha sustentado en los siguientes términos:

Toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios de salud que requiera con necesidad, es decir, que hayan sido ordenados por el médico tratante que ha valorado científicamente la necesidad del mismo y que el interesado no tiene para costearlo por sí mismo la capacidad económica (porque su costo es impagable por el interesado dado su nivel de ingreso o le impone una carga desproporcionada para él). Esta decisión se aplicará en los procesos de los expedientes T-1281247, T-1310408, T-1320406, T-1328235, T-1335279, T-1337845 y T-1338650

Ahora con la expedición en líneas de las acciones de tutelas en referencias ha hecho de ellas que se le dé categoría de precedente judicial y lo deja sentado en la en la Tutela T-1328235.

Al hacer el análisis de la falencia con que nace este derecho que, si bien es de rango constitucional, pero su desarrollo es legal, se tiene que sobre este se presenta un problema jurídico general y es como se da la regulación del sistema que tiene como fina la protección de la salud de los colombianos; por ello en las reiteradas jurisprudencias la Corte Constitucional y en sus análisis sobre el sistema concluye que:

Las órdenes que se impartirán se enmarcan dentro del sistema concebido por la Constitución y desarrollado por la Ley 100 de 1993 y normas posteriores, puesto que excedería la competencia de la Corte ordenar el diseño de un sistema distinto, puesto que dicha decisión compete al legislador. Las órdenes se impartirán a los órganos legalmente competentes para adoptar las determinaciones que podrían superar las

fallas de la regulación que se han traducido en una desprotección del derecho a la salud evidente en las acciones de tutela que se han presentado cada vez con mayor frecuencia desde hace varios años, como se analizará posteriormente (ver capítulo 6). Concretamente, la Sala identificó en los expedientes acumulados los siguientes problemas generales: (Sentencia T-760-08)

Sin desconocimiento por parte del Estado en cumplimiento de este derecho fundamental; lo que ha vendido sucediendo y así lo ha hecho saber la jurisprudencia constitucional, es la desprotección del mismo, en virtud de los sinnúmeros de barreras legales, que son inalcanzables y que ponen en peligro el derecho a la vida, como el derecho fundamental de más alto rango del ser humano.

Si bien la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia, no ha hecho del Sistema de Salud, una regulación taxativa del mismo, se ha empeñado en pedir a los reguladores del mismo (la revisión integral de los Planes Obligatorios de Salud (POS)).

En conclusión, todos los pronunciamientos de la Corte Constitucional, que se han dado en sus jurisprudencias han hecho que el sistema de salud, sea reorientado por las diferentes recomendaciones que se impregnan en sus sentencias.

Otra mirada en torno a lo corto que se ha quedado la legislación en cuanto a los derechos fundamentales normativos, ha sido el Derecho al libre desarrollo de la personalidad; este derecho ha sido muy controversial, cuando de él se trata y su defensa ha sido tomada con diferentes argumentaciones desde lo entendió de lo que es como derecho; si bien se introdujo como una novedad en la Constitución de 1.991, en su protección como tal, se ha visto afectado por su contraposición de valores culturales que se fundamentaron en la Constitución.

De ahí que este Derecho Fundamental, todavía en una sociedad en proceso de desarrollo cultural y en la construcción del quehacer jurídico no ha entendido el alcance jurídico del mismo, como un derecho intrínseco en la vida de la persona y que exterioriza ante el gran conglomerado social; pero al hacerse por las personas que expresan su condición de tal, la sociedad no lo permite, pero es más por un mito cultural que por una razón jurídica.

Colombia en su proceso de estructura institucional, es decir en cuanto

a su establecimiento como Estado, su condición es mirada desde lo laico, no es tan cierto que desde el desarrollo de las mismas estas se manejen con una independencia religiosa, y es por ello que en materia de educación otro Derecho fundamental desde la carta constitucional, se han visto en conflicto la definición del derecho de la personalidad con el de educación lo que en el debate jurídico, la Constitución jurídica no resuelve y solo se desarrolla bajo la mirada del desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional; por lo que vale traer a estudio pronunciamiento de la Corte en la sentencia T-569 de 1994 en referencia sobre el tema y en lo que ha permitido despejar este concepto en la órbita de un contexto social que es de todos y por lo tanto ello debe emergerse en el respecto del derecho fundamental de todo , de ahí que cunado la Corte ha expuesto que:

El libre desarrollo de la personalidad se armoniza con las libertades de pensamiento y de expresión, por cuanto es la decisión de expresar, en el propio vivir de la persona, una determinación de su modo de ser en la convivencia humana; mientras tal determinación sea libre, y como culminación de un proceso voluntario en una decisión, y no atente contra el derecho ajeno, tiene que ser respetado y protegido por el orden jurídico establecido.

Ahora cuando el Estado social de derecho, que comenzó a reclamarse en las posiciones jurídica de la constitución de 1886 y donde se daba un debate muy pasivo en torno al derecho del libre desarrollo de la personalidad, aparece el gran alcance jurídico de una sociedad subterránea que ha permitido una identidad de características propias, por sus diferentes mezclas de razas y un mundo diverso de cultura que se ha formado a partir de un mayor dinamismo como consecuencia de los derechos fundamentales que jurídicamente se le dio alcance constitucional a partir de 1991 y defendidos con instrumentos jurídicos que trae consigo instituciones como la acción de tutela y los mecanismos de participación popular.

Desde estos mecanismos y participación ciudadana, la Corte Constitucional en sentencia T-259 de 1998, también ha permitido aclarar y sustentar jurídicamente los derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la educación al exponer:

Esta nueva concepción constitucional irradia también el ámbito social de la educación. Los sujetos que participan en el proceso educativo ya no se encuentran separados entre actores pasivos receptores de conocimiento

y actores activos depositarios del saber. El principio constitucional que protege el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la participación de la comunidad educativa, han hecho del estudiante un sujeto activo con deberes y derechos que toma parte en el proceso educativo.

Más tarde en el año 1999, la Corte Constitucional, unifica su jurisprudencia en torno al debate no comprensivo por una sociedad en conflicto de entendimiento sobre el conocimiento cierto de los derechos fundamentales en referencia, lo que conlleva a que se hiciera una claridad jurídica y blindar en una sentencia de unificación en la que preciso que en virtud de los diferentes pronunciamientos (SU-642 de 1998 y SU-641 de 1998) donde se concluye que si se dan restricciones a lo que es la apariencia personal de los estudiantes, no son constitucionales y ello porque transigiere el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (C.P., artículo 16), y a su vez la corte en esta sentencia hace salvedad, que solo ello no ocurre si se logra demostrar que “Si las mismas buscan la protección o efectividad de un bien constitucional imperioso e inaplazable de mayor peso que el derecho fundamental arriba anotado, caso en el cual se estimarán ajustadas a la Constitución Política”.

En conclusión, podemos analizar y hacer los cuestionamientos jurídicos para encontrar en ello que la administración pública en Colombia, no tiene una seguridad jurídica desde la misma constitución en virtud que ella no la desarrolla, sino que la inseguridad jurídica se debilita cuando su desarrollo es de carácter legal y en la ley se encuentran debilidades en un sistema jurídico legislado, no garantista de los derechos fundamentales de las personas y por ello la jurisprudencia ha hecho de ella un instrumento jurídico de constante protección jurídica.

## Referencias Bibliográficas

- Congreso de Colombia. (29 de diciembre de 1998). Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. [Ley 489 de 1998]. DO: 43.464
- Congreso de Colombia. (23 de diciembre de 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. [Ley 100 de 1993]. DO: 41.148
- Constitución Española. (1978). Título IV. Del Gobierno y de la Administración. Artículo 106.
- Constitución Política de Colombia. (1991) 2da Ed. Legis.
- Corte Constitucional Sala sexta de revisión (7 de diciembre de 1994). Sentencia T-569 de 1994. MP. HERNANDO HERRERA VERGARA.
- Corte Constitucional, Sala cuarta de revisión. (27 de mayo de 1998). Sentencia T-259 de 1998. MP. JUAN MANUEL CRISTANCHO HERNÁNDEZ.
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (31 de julio de 2008). Sentencia T-760 del 2008. MP. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
- Fernández, M. (2012). La Constitucionalización de la crisis económica, Iustel, Madrid, 160 pp. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. ISSN 2253-6655
- Gobierno de España. (27 de abril de 2012). Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. [Ley Orgánica 2/2012]. BOE-A-2012-5730
- Tribunal Constitucional de España. (2 de noviembre de 1984). Sentencia 179/1989. BOE núm. 290.