

Instituciones del
Derecho
Administrativo
en el nuevo Código

Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011



Instituciones del
Derecho
Administrativo
en el nuevo Código

Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011

Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código

Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

GERARDO ARENAS MONSALVE

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

ENRIQUE GIL BOTERO

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

DANILO ROJAS BETANCOURTH

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

ALBERTO YEPES BARREIRO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

(COORDINADORES ACADÉMICOS)



CONSEJO DE ESTADO

Sala de Gobierno

Gustavo Gómez Aranguren. Presidente.

William Zambrano Cetina. Vicepresidente.

María Elizabeth García González. Presidente de la Sección Primera.

Gerardo Arenas Monsalve. Presidente de la Sección Segunda.

Stella Conto Díaz del Castillo. Presidente de la Sección Tercera.

Hugo Bastidas Bárcenas. Presidente de la Sección Cuarta.

Susana Buitrago Valencia. Presidente de la Sección Quinta.

Augusto Hernández Becerra. Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

Banco de la Republica

José Darío Uribe Escobar. Gerente General.

Eduardo Reina Andrade. Director Jurídico.

Coordinación General de la Edición

Martha Teresa Briceño de Valencia

William Zambrano Cetina

Consejeros de Estado

Diseño de portada y diagramación

Javier Alberto Barbosa Sánchez

Impresión

Nomos Impresores

ISBN: 978-958-664-262-0

PRESENTACIÓN

La expedición y posterior entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 -nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-, ha generado la necesidad de volver la mirada sobre las principales categorías del derecho administrativo para consolidar o eventualmente replantear su entendimiento o alcance en nuestro actual ordenamiento jurídico.

En esta obra, un número importante de magistrados del Consejo de Estado analizan algunas de las instituciones más importantes de la disciplina con el ánimo de contribuir a la reflexión sobre las implicaciones que para la misma ha tenido este trascendental cambio normativo en el que, como es de todos sabido, la Corporación jugó un papel determinante.

La publicación fue concebida en el marco de la agenda académica del XVIII Encuentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, realizado en Neiva durante los días 19, 20 y 21 de septiembre, bajo el lema de “*Una Jurisdicción moderna garante de los derechos*”, donde se absolvieron por los miembros de la Corporación diversas inquietudes sobre los aspectos más novedosos de esta nueva normatividad.

Nuestro especial agradecimiento para el Banco de la República, que de manera generosa aceptó financiar esta publicación, para los autores por sus valiosas contribuciones, así como para la doctora Martha Teresa Briceño de Valencia quien, junto con el Director del Encuentro, se ocupó de la coordinación académica de este trabajo.

Gustavo Eduardo Gómez Aranguren
Presidente del Consejo de Estado

William Zambrano Cetina
Vicepresidente del Consejo de Estado
Director del XVIII Encuentro de la Jurisdicción

Para el Banco de la República es motivo de orgullo y satisfacción haber participado en la publicación de esta importante obra científica en el campo del Derecho Administrativo, mediante la cual se analizan y comentan los temas más destacados que aborda el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contenido en la Ley 1437 de 2011, en cuya elaboración y expedición participó intensamente el Consejo de Estado, como es de público conocimiento.

De esta manera, el Banco contribuye al estudio y difusión de relevantes asuntos jurídicos incluidos en la nueva regulación, con la cual se pretende modernizar, por un lado, la Administración Pública, para hacerla más ágil, eficiente, transparente y cercana al ciudadano, y por otro lado, la Administración de Justicia en la rama de lo Contencioso Administrativo, como instrumento que debe servir para preservar la integridad, la armonía y la estabilidad del ordenamiento jurídico y, al mismo tiempo, hacer valer los derechos individuales de los ciudadanos”

Estamos seguros que este esfuerzo conjunto representará importantes dividendos para sus destinatarios en la medida que tendrán de primera mano una herramienta para la mejor comprensión de los principales avances y modernización de aspectos claves del derecho administrativo.

José Darío Uribe Escobar
Gerente General del Banco de la República

TABLA DE CONTENIDO

Presentación	7
El nuevo código y la constitucionalización del Derecho Administrativo <i>Augusto Hernández Becerra</i>	11
No hay derecho <i>Alberto Yepes Barreiro</i>	27
La protección de derechos en sede administrativa y la eficacia de los principios constitucionales de la función administrativa <i>William Zambrano Cetina</i>	37
Conflictos de competencias administrativas en Colombia <i>Luis Fernando Álvarez Jaramillo</i>	53
Revocatoria directa del acto administrativo <i>Carlos Alberto Zambrano Barrera</i>	69
Extensión de las sentencias de unificación de la jurisprudencia <i>Danilo Rojas Betancourth</i>	89
Sentencias de unificación jurisprudencial. Fuerza vinculante del precedente jurisprudencial <i>Alfonso Vargas Rincón</i>	125
Medios de control <i>Olga Mélida Valle de De La Hoz</i>	141

Teoría de los Móviles y Finalidades y su influencia en el Nuevo Código Contencioso <i>Bertha Lucía Ramírez de Páez</i>	163
El régimen de medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011 <i>Gustavo Eduardo Gómez Aranguren</i>	173
Los recursos ordinarios y extraordinarios en el Proceso Contencioso Administrativo. (Ley 1437 de 2011) <i>Victor Hernando Alvarado Ardila</i>	185
La protección jurisprudencial del medio ambiente en Colombia <i>María Claudia Rojas Lasso</i>	221
La delimitación de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción contencioso administrativa en los asuntos de seguridad social <i>Gerardo Arenas Monsalve</i>	251
Principios de justicia, verdad y reparación integral <i>Stella Conto Díaz Del Castillo</i>	263
Aspectos de la acción de reparación directa y su despliegue en la vision moderna del juez contencioso administrativo <i>Jaime Orlando Santofimio Gamboa</i>	283
La institución del daño a la salud en Colombia <i>Enrique Gil Botero</i>	319
Perjuicio inmaterial a favor de personas jurídicas. El caso de las comunidades indígenas <i>Hernán Andrade Rincón</i>	343
El procedimiento Contencioso Administrativo tributario en la Ley 1437 de 2011 <i>Martha Teresa Briceño de Valencia</i>	383
Competencias normativas tributarias en Colombia <i>Hugo Fernando Bastidas Bárcenas</i>	415
Proceso Electoral <i>Susana Buitrago de Valencia</i>	441

EL NUEVO CÓDIGO Y LA
CONSTITUCIONALIZACIÓN
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Augusto Hernández Becerra
Presidente de la Sala de Consulta y
Servicio Civil del Consejo de Estado

Antecedentes normativos de la Justicia Administrativa

1. La aparición de un nuevo código en el campo del Derecho Administrativo es siempre un hecho de interés para los expertos que actúan en el mundo académico y que participan en el diseño de políticas públicas. Hace algunos meses entró a regir en Colombia un nuevo código para los procedimientos administrativos y para los procesos que se adelantan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹. Es del caso señalar que, desde 1984, rigió en Colombia un estatuto² que, en un solo cuerpo normativo, reunía estos dos procedimientos, sin duda disímiles, pero al mismo tiempo estrechamente relacionados.

La nueva ley se convierte en el cuarto código histórico de los procedimientos administrativos y contencioso administrativos colombianos, habiendo sido el primero la ley 130 de 1913, “Sobre la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”, que fue un código exclusivamente judicial. El segundo código, contenido en la ley 167 de 1941, “Sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa”, trata ya de los procedimientos administrativos en el Título Tercero, y dedica su Capítulo VIII específicamente al “Procedimiento Gubernativo”. Cuarenta y tres años después se adoptó el tercer código mediante decreto 01 de 1984. Es interesante observar que, siempre que se dejó atrás uno de estos códigos al ser sustituido por uno nuevo, del antiguo se dijo que había sido una buena ley y que, quizá, no era indispensable remplazarla.

Para los años ochentas del pasado siglo el desarrollo normativo de los procedimientos administrativos había adquirido tal importancia, que fue necesario asignarle en el nuevo estatuto la primera parte, atendiendo a

1 Ley 1437 del 18 de enero de 2011, que entró a regir el pasado 2 de julio del 2012.

2 Decreto 01 de 1984.

la “necesidad de separar las materias propias del procedimiento gubernativo de aquellas que corresponden al trámite de los juicios contencioso-administrativos y a la actuación del Consejo de Estado y de los Tribunales”.³ Debe destacarse que, desde el decreto 2733 de 1959, el derecho de petición se convirtió en un aspecto medular de la regulación de los procedimientos administrativos a punto tal que estos se definirán a partir del derecho constitucional de petición, que conlleva para las autoridades la obligación de contestar en plazos breves, decidiendo siempre en el fondo de las pretensiones, so pena de incurrir en falta disciplinaria grave que conlleva pena de destitución. La Procuraduría General de la Nación y los personeros municipales vigilan celosamente el cumplimiento de estos deberes por parte de las autoridades.

2. La historia de la legislación en esta materia, como en general la historia del derecho administrativo colombiano, está asociada con el Consejo de Estado, que fue creado por el libertador Simón Bolívar en 1817, apenas unos años después de que Napoleón fundara el Consejo de Estado de Francia en 1799, y que durante el siglo XIX ejerció funciones exclusivamente consultivas. La Constitución de 1886 asignó a la ley el cometido de organizar una jurisdicción de lo contencioso administrativo en los siguientes términos:

“Artículo 164. La ley podrá establecer la jurisdicción contencioso-administrativa, instituyendo Tribunales para conocer de las cuestiones litigiosas ocasionadas por las providencias de las autoridades administrativas de los departamentos y atribuyendo al Consejo de Estado la resolución de las promovidas por los centros superiores de la administración”.

Esta disposición era concordante con otra del mismo texto de 1886, que asignaba al Consejo de Estado (hasta entonces investido únicamente de función consultiva), la facultad de “*decidir, sin ulterior recurso, las cuestiones contencioso-administrativas si la ley estableciere esta jurisdicción, ya deba conocer de ellas en primera y única instancia, o ya en grado de apelación. En este caso el Consejo tendrá una sección de lo contencioso administrativo con un fiscal, que serán creados por la ley*” (artículo 141, atribución 3ª).

Luego de prolongada dilación y habiendo sido reiterado dicho mandato en la reforma constitucional de 1910 (“*Artículo 42. La ley establecerá la jurisdicción contencioso-administrativa*”), en 1913 se organizó esta jurisdicción

3 Ponencia para primer debate al proyecto de ley “Por la cual se conceden unas facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar el código contencioso administrativo”, en Jairo López Morales, *Actas del nuevo código contencioso administrativo*, Bogotá, Editorial Jurídica Colombiana Ltda., 1985, p. XII.

como una organización judicial paralela a la jurisdicción ordinaria, especializada en los asuntos contencioso en que fuera parte la administración, y que a partir de un Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo haría presencia en el territorio nacional por medio de Tribunales Administrativos regionales. Pasado un año, la ley 60 de 1914 asignó al Consejo de Estado, conjuntamente, las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo y de órgano consultivo del gobierno en asuntos de administración. De esta manera la Rama Judicial adquirió una estructura bifurcada en dos jurisdicciones: la ordinaria, que se ocupa de los asuntos civiles, penales y laborales, cuya alta corte es la Corte Suprema de Justicia, y la contencioso administrativa cuya alta corte es el Consejo de Estado.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo, formada desde sus inicios por jueces profesionales e independientes integrantes de la Rama Judicial del poder público, con el Consejo de Estado a la cabeza, va a cumplir cien años de existencia ininterrumpida. Desde 1913 existen las acciones públicas, que facultan a todo ciudadano para demandar la nulidad de todo acto de autoridad administrativa, así como también para demandar la nulidad de cualquier elección o nombramiento. Estas acciones son contemporáneas de la acción pública de inexequibilidad de las leyes y decretos de naturaleza legislativa, que todo ciudadano puede ejercer ante la Corte Suprema de Justicia desde 1910, y que la Constitución de 1991 pasó al conocimiento de la Corte Constitucional. Desde 1910 se instauró, así, un sistema de control universal de legalidad y constitucionalidad por parte de la Justicia sobre los actos del Legislativo (las leyes) y del Ejecutivo (los actos administrativos), haciendo prevalecer la idea de que el poder controle al poder, sobre la noción de estricta separación de los poderes del Estado. Aun cuando ambos conceptos fueron propuestos por Montesquieu en *El Espíritu de las Leyes*, en determinadas circunstancias no armonizan e incluso se contradicen. Es por ello que, sin sacrificio del principio de separación, pero sin extraer de este consecuencias extremas, al armonizarlo con la necesidad de establecer controles jurídicos sobre la actividad de todas las autoridades sin excepción alguna se ha logrado encontrar una solución a las exigencias del estado de derecho.

A lo largo del siglo pasado la jurisprudencia del Consejo de Estado le dio un desarrollo vigoroso a la responsabilidad del Estado, siguiendo muy de cerca las evoluciones de la jurisprudencia del Consejo de Estado y las orientaciones de la doctrina administrativa de ese país. En contraste con los prolongados debates de la jurisprudencia que en Francia han dificultado la evolución de instituciones fundamentales del derecho administrativo, en

Colombia la legislación abrevió el camino para regular de una vez materias tan estratégicas para la vida del Estado como el régimen de contratación administrativa, las normas de la función pública, el estatuto jurídico de las entidades descentralizadas estatales y mixtas, las reglas de la descentralización territorial. Decisiva ha sido, por tanto, la influencia del derecho administrativo francés, aun cuando con tempranas adaptaciones que le han dado al sistema colombiano unas características especiales, y le han permitido ser receptivo a influencias del constitucionalismo alemán y algunos aspectos del *common law*.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene en la cúspide nacional un Consejo de Estado, en los departamentos tribunales administrativos, en número de 32 y en el nivel local cerca de 250 jueces administrativos singulares o unipersonales.

Paralelamente diversas autoridades administrativas ejercen función jurisdiccional en relación con materias muy especializadas y técnicas, cuyas determinaciones pueden ser eventualmente revisadas, en su legalidad, por los jueces administrativos.

La constitucionalización del Derecho Administrativo

1. Al apreciar la evolución general del derecho administrativo, sostiene con mucha razón el profesor Libardo Rodríguez que “generalmente en la definición del derecho administrativo se ignora a los particulares, pues se considera que ese derecho es el derecho de la administración”.⁴ El derecho “de la administración, por la administración y para la administración”, podríamos agregar.

En esta perspectiva el Estado miraba al ciudadano y a la sociedad desde una posición de autoridad y superioridad jerárquica, como titular de poderes exorbitantes ante el común de las personas, responsable mesiánico de una legalidad que debía imponer a toda costa. Los destinatarios de sus acciones eran percibidos no como personas sino como administrados, cual objeto inerte del poder estatal.

2. Las Constituciones, por su parte, durante el siglo XIX y buena parte del XX representaron en el ordenamiento jurídico un referente remoto de la ley, en la cual se encarnaba el derecho positivo. Si bien estaba clara la idea de

⁴ Libardo Rodríguez. *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá, Editorial Temis S.A., 2000, p. 18.

Constitución como fundamento de la ley, era opinión general que aquella necesitaba de las leyes para ser eficaz. Mientras no hubiera ley que desarrollara las normas constitucionales, estas carecían de eficacia, por una suerte de reserva de ley implícita que afectaría a todas las cláusulas constitucionales.

Las Constituciones han sido tradicionalmente consideradas como un programa que fija objetivos a mediano y largo plazo, y que requiere la colaboración de los futuros parlamentos para que la ley vaya alcanzando progresivamente los propósitos constitucionales. La venerable señora Constitución, por todos respetada pero no siempre tomada en serio, no podía caminar por sus propios medios y necesitaba cabalgar en la ley para llegar a su destino. La Constitución, ley en potencia, se realizaba mediante su concreción en leyes, que a su vez aparecían cuando se presentaban las condiciones propicias para su expedición. La Constitución era como un menú, del cual la ley se servía lo que considerara oportuno y necesario. Como alguien con ingenio dijo en el siglo XIX, *“las Constituciones semejan aquellos anuncios de fiestas campestres, que sólo se cumplen si el tiempo lo permite”*⁵

3. Si bien ello pudo ser aceptable en el pasado, en nuestro tiempo la gente no quiere ni puede esperar a que la ley decida ocuparse de sus expectativas, en especial si se trata de sus derechos. Si estos no se les puede reconocer en tanto el Congreso legisle, hasta cuándo habrá que aguardar? ¿Qué hacer si el punto no interesa al legislador o se presentan temas que reclaman con mayor urgencia su atención, o si el gobierno decide no alentar iniciativas que se desvían de sus prioridades de gasto? Los derechos no dan espera, y si están en la Constitución, que también es ley, pero además fundamental, ocurre que la Constitución rige y obliga, como las leyes y más aún, y por consiguiente todas y cada una de sus disposiciones. Este giro en la visión constitucional cobró impulso indomable en Colombia a raíz de la expedición de la Constitución Política de 1991.

Esta nueva mirada al derecho no significa, como han llegado a afirmar algunos radicales, que el principio de legalidad haya sido sustituido por el de primacía de la Constitución. Como tampoco es cierto que otrora se ignorara la Constitución para dar preferencia a la ley. Antaño la atención del jurista se enfocaba en la ley como reflejo de la Constitución, las leyes eran percibidas como la Constitución encarnada y triunfante, por entregas periódicas, el cumplimiento de aquellas promesas que eran históricamente posibles. A la parsimonia de la producción legislativa, sujeta a vaivenes políticos,

5 Rufino José Cuervo, en Ángel Cuervo, *Cómo se evapora un ejército*. Bogotá, Biblioteca Popular, editor Jorge Roa, 1901, p. 27

imprevistos y volatilidad de los propósitos de un partido o un gobierno, la substituyó la impaciencia ciudadana, y se optó por tomar, de inmediato, la Constitución que estaba ya a la mano. Ha sido este un proceso lento, difícil, traumático en ocasiones, que en América Latina ofrece distintos grados de avance según las circunstancias de cada país.

4. Durante los últimos cuarenta o cincuenta años ha obrado en la cultura jurídica de occidente, bajo el impulso de fuertes cambios constitucionales, un gradual cambio de perspectiva que obliga a concebir la entera construcción del derecho a partir de la Constitución, pues sus preceptos obligan de manera irresistible y permean, con sus valores, principios y reglas, la totalidad de la legislación. Al contrario de lo que antiguamente se entendió, ahora las leyes deben cabalgar sobre la Constitución. Todas las disciplinas jurídicas han atravesado un proceso de constitucionalización, y ello se aprecia de manera singular respecto del derecho administrativo, cuya estrecha relación con el derecho constitucional ya se percibía con claridad en la doctrina desde el siglo XIX. De allí que la ya clásica expresión de Fritz Werner, presidente del Tribunal Supremo Administrativo de Alemania entre 1958 y 1969, según la cual “el derecho administrativo es derecho constitucional concretizado”, sea una buena síntesis de lo que viene ocurriendo con el derecho en general.⁶

Nuestro tiempo ha propiciado un fructífero debate a la democracia desde la perspectiva de los derechos humanos. Una sociedad más dueña de sus libertades, mejor informada y más exigente, pugna por desmitificar el Estado y replantear el derecho público a partir de reglas igualitarias de relación e interlocución entre el gobierno y los gobernados, y confiere protagonismo al ser humano como persona, como ciudadano, como individuo titular de derechos, como usuario de servicios, como “cliente” de la administración pública. El concepto “sociedad civil” resulta ser demasiado abstracto para esta época de demandas ciudadanas y participación, en la cual los actores sociales son personas concretas, que deben ser consideradas en sus condiciones reales y actuales de existencia, con sus ideas, sentimientos, necesidades y expectativas específicas.

En esta nueva perspectiva, los ciudadanos se han interesado por promover la materialización de la Constitución, y han encontrado poderosos aliados en los jueces. La Constitución no puede defenderse por sí sola. Corresponde a las autoridades respetarla y ejecutarla. Sin embargo,

6 V. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *Aproximación al derecho administrativo constitucional*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

las autoridades de origen político son vulnerables a una gran diversidad de intereses particulares que no suelen coincidir con el interés general. En la medida en que los cambios constitucionales han hecho posible apelar a una justicia independiente y profesional, y a procedimientos judiciales que permiten la protección eficaz de los derechos, la ciudadanía ha resuelto poner en marcha el aparato judicial en pro de sus derechos. Importancia decisiva en este proceso de sensibilización constitucional de la ciudadanía y del aparato judicial han sido, sin duda alguna, la creación en 1991 de dos importantes instituciones: la Corte Constitucional y la acción de tutela, cuyos orígenes se remontan a la célebre acción de amparo mexicano. Resulta interesante observar de qué manera han resultado compatibles la tutela, en manos de todos los jueces de la república, y la justicia contencioso administrativa, que confluyen sin tropiezos al objetivo común de la protección judicial efectiva de los derechos de todas las personas.

La consolidación de una justicia constitucional y, con ella, la creciente y entera constitucionalización de la justicia y del derecho, han proporcionado una nueva dimensión a la defensa de los derechos. La justicia en acción, por iniciativa ciudadana, y para realizar los objetivos constitucionales, ha dado lugar al denominado activismo judicial, que no solo tiene origen en iniciativas más o menos audaces de los jueces, sino en la voluntad del pueblo soberano. El activismo judicial es, en realidad, activismo ciudadano para movilizar el aparato de justicia en pro de los derechos.

5. Es justo destacar que la jurisdicción colombiana de lo contencioso administrativo tempranamente se identificó con la causa de la defensa de los derechos ciudadanos frente a los eventuales abusos, errores u omisiones de las autoridades, visión que gracias a las evoluciones del derecho administrativo contemporáneo, según hemos visto, viene a ser uno de los rasgos más sobresalientes del derecho administrativo de nuestros días.

En efecto, ya en 1927 exponían los tratadistas Argüello y Buenahora, profesores de Derecho Administrativo en la Universidad Externado de Colombia:

“Para resolver las controversias surgidas por oposición entre los intereses privados existe el Poder Judicial; era indispensable crear una jurisdicción encargada de decidir las muy frecuentes entre la administración, es decir, las autoridades, y los individuos, porque los actos de esa administración pueden lesionar los intereses individuales o el mismo interés colectivo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo se ejerce, de esta suerte, por entidades que son el

*amparo de las garantías sociales consignadas en la Carta Fundamental, y que están investidas de la facultad de anular los actos públicos que sean violatorios de ella, llámense leyes, decretos, ordenanzas o acuerdos. Pudiera decirse que es una institución de defensa social. Como salvaguardia de la justicia y del derecho, es una jurisdicción distinta de la jurisdicción civil, especialísima, con autoridades inferiores y superiores, independiente, y capaz de dictar disposiciones definitivas de obediencia obligatoria”.*⁷

El nuevo Código

La ley 1437 de 2011 viene a reafirmar la antigua vocación democrática del derecho administrativo colombiano y, bajo la influencia poderosa de la Constitución de 1991, ratifica la idea de la jurisdicción de lo contencioso administrativo como *institución de defensa social* y de *salvaguardia de la justicia y del derecho* y, en términos más generales, la idea de que el derecho administrativo tiene como objeto primordial la protección de todas las personas en sus *intereses individuales y colectivos*, y el *amparo de las garantías sociales consignadas en la Carta Fundamental*.

1. La parte primera del nuevo código expedido por ley 1437 de 2011, que trata del “Procedimiento administrativo”, trae como principales innovaciones las siguientes:

- Mandato fundamental de efectiva protección de los derechos de todas las personas, a partir de los principios, valores y reglas constitucionales, lo cual es una evidente manifestación de la “constitucionalización” del derecho administrativo en el principal de sus estatutos.
- Expansión del derecho de petición a la totalidad de las relaciones autoridad-ciudadano, y extensión de este derecho, incluso, a algunas de las relaciones entre particulares.
- Digitalización del procedimiento administrativo y desarrollo de la noción de ciudadanía digital.
- Atribución de una relevancia sin precedentes, en el sistema de fuentes, a la jurisprudencia administrativa, con la introducción de mecanismos eficaces para que deban aplicarla, en aras del

⁷ Alcibiades Argüello y Luis Buenahora. *Derecho Administrativo Colombiano*. Bogotá, Talleres de Ediciones Colombia, 1927, p. 37.

principio de igualdad, las autoridades administrativas y los jueces.

Es tan importante la nueva orientación del código en su primera parte, que sin duda producirá un fuerte impacto en la organización y funcionamiento de la administración pública en todos sus sectores y niveles, en la cultura y la práctica de los jueces y abogados, en la forma como se enseña el derecho en las universidades e, incluso, en otras áreas especializadas del derecho.

La primera parte del nuevo código, relativa al procedimiento administrativo, bien puede ser entendida como una carta ciudadana de derechos ante la administración.

En contraste con las concepciones tradicionales del derecho administrativo y sus procedimientos, en el nuevo código emerge como el verdadero objeto de la Parte Primera no las autoridades y sus procedimientos, sino la persona humana, a quien la administración debe servir, para proporcionarle eficaz protección y garantía en sus derechos inalienables.

En el nuevo código se modifican el lenguaje y los conceptos bajo la influencia de la cultura jurídica inducida por la Carta Política de 1991 (Estado social de derecho, primacía del interés general, principio democrático y de libertad, democracia participativa, pluralismo, igualdad, dignidad, buena fe, descentralización con autonomía de las entidades territoriales). Nociones otrora relevantes para el Derecho Administrativo van pasando a un segundo plano, convirtiéndose algunas de ellas, incluso, en expresiones de lenguaje políticamente incorrecto. Por ejemplo, la intangibilidad de los actos políticos, la discrecionalidad entendida como actividad administrativa “no reglada”, los en otra época numerosos “privilegios y prerrogativas de la administración”, la expresión “vía gubernativa”, la denominación del ciudadano como “administrado”, el concepto de “justicia rogada”.

El código hace claramente el tránsito de la idea del ciudadano-administrado a la de persona-titular de derechos, y de la autoridad que simboliza el poder del Estado a la autoridad que es, por excelencia, un servidor público. La reforma pone el código en armonía con los preceptos del Estado Social de Derecho, cuyo primer compromiso es con la dignidad humana y el respeto a los derechos en su más amplia comprensión.

La ley 1437 no solo pretende la expedición del acto administrativo legal, ni el ordenado funcionamiento de las oficinas públicas de acuerdo con determinadas premisas de racionalidad administrativa, sino la eficaz protección de los derechos de las personas en sede administrativa, a partir

de una minuciosa reglamentación del principio constitucional del debido proceso administrativo.⁸

Los términos en que se redactó el artículo 1º del código, denominado “Finalidad de la Parte Primera”, dan buena idea sobre el temperamento del nuevo estatuto, al declarar que sus normas tienen como finalidad “proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares”.

2. Son numerosas y relevantes las novedades que ofrece la Parte Segunda del Código, entre ellas el concepto de acción única con múltiples pretensiones, el sistema de oralidad y audiencias, las nuevas atribuciones del juez como director del proceso, la utilización de medios electrónicos en los procedimientos administrativo y judicial. Procedimiento especial para extender la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado. A una de ellas, en especial, dedicamos los comentarios que siguen, que tiene particular relieve por tratarse de una materia transversal a todo el estatuto, y porque insinúa grandes transformaciones en la cultura jurídica nacional. Se trata de la extensión de los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado a terceras personas.

La ley 1437 de 2011 propone, en cinco artículos (10, 102, 269, 270 y 271), un práctico sistema de reglas que convierte a la jurisprudencia en guía segura para que el Estado dé a los ciudadanos un trato más igualitario y justo. Dicho sistema tiene como eje una especial categoría de sentencia, la Sentencia de Unificación Jurisprudencial definida en el artículo 270 del nuevo código y que, bajo determinadas condiciones y según procedimientos especiales, competará expedir al Consejo de Estado, en su condición de “tribunal supremo de lo contencioso administrativo”, según las voces del artículo 237 numeral 1 de la Constitución.

A partir de esta noción central, las Sentencias de Unificación Jurisprudencial del Consejo de Estado, la ley 1437 de 2011 construye una visión innovadora de la jurisprudencia como fuente de Derecho, dirigida a orientar tanto la actividad de las autoridades administrativas como la de los propios jueces de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

⁸ Establece el artículo 29 de la Constitución que “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

Es así como el artículo 10 del código impone a las autoridades administrativas el deber de “tener en cuenta” las Sentencias de Unificación Jurisprudencial del Consejo de Estado en sus decisiones, y el artículo 102 confiere a las personas el derecho de pedir a la administración que extienda a su caso particular los efectos de dichas sentencias, siempre y cuando acrediten encontrarse dentro de “los mismos supuestos fácticos y jurídicos”, con la alternativa de poder acudir ante el Consejo de Estado para que estudie y decida su caso si la administración negare la petición, conforme a las reglas del artículo 269.

El estudio del papel de la jurisprudencia en el nuevo código ha de abordarse a partir del concepto de sentencia de unificación jurisprudencial, de la cual el artículo 270 formula la siguiente definición:

ARTÍCULO 270. Sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

Su expedición corresponde, de manera exclusiva, al Consejo de Estado. La ley 1437 de 2011 desarrolla las facultades del Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo al determinar, en el artículo 270, que tendrán el carácter de sentencias de unificación jurisprudencial las que expida:

- Por importancia jurídica
- Por trascendencia económica o social
- Por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia
- Al decidir los recursos extraordinarios (de revisión, art. 248, y de unificación jurisprudencial, art. 256)
- Las relativas al mecanismo eventual de revisión

Mediante las sentencias de unificación jurisprudencial el Consejo de Estado asume una importante y nueva función, la de identificar las decisiones de la jurisdicción que constituyan jurisprudencia establecida, reiterada, comúnmente aceptada por los jueces y por tanto permanente en determinados puntos de derecho, y fijarlas con toda formalidad en estas sentencias especiales que se convertirán, hacia el futuro, en guía segura, conocida y

previsible de las autoridades administrativas y de los jueces en su función ejecutora de la ley.

El sistema jurídico de derecho codificado, que es el nuestro y deriva de la tradición europea continental, viene registrando una evolución que le aproxima, en algunos de sus aspectos característicos, al sistema del *common law*, de origen anglosajón. Es el caso, por ejemplo, del fortalecimiento de la unificación de la jurisprudencia, como técnica para construir precedentes judiciales con fuerza vinculante para las autoridades. En Colombia la tendencia es claramente discernible a partir de la Constitución de 1991, merced al especial impulso de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y al amplio laboratorio de experimentación judicial que ha proporcionado la acción tutela, junto con la práctica de las sentencias de unificación que en esta materia ha desarrollado la Corte.

Luego de superar algunas dubitaciones, la Corte fue consolidando, no sin resistencia de la cultura jurídica nacional, una doctrina decidida sobre precedentes a partir de una importante sucesión de fallos, entre los cuales se destacan las sentencias C-037 de 1996, T-175 de 1997, T-321 de 1998, T-566 de 1998 y SU-047 de 1999.

Años más tarde nos encontramos no solo con una entera formulación teórica sobre el especial valor jurídico del precedente jurisprudencial, sino con un expreso reconocimiento de la función de unificación jurisprudencial a las altas cortes, “dentro de cada una de sus jurisdicciones”, de cuyo ejercicio deriva el que sus precedentes adquieran fuerza vinculante para los jueces. En tal sentido manifiesto la Corte:

“En principio, como lo ha sostenido esta Corporación, la interpretación del artículo 230 de la Carta Política, en cuanto consagra el principio de la autonomía judicial, hace inferir que la fuente primaria para la decisión judicial está conformada por las normas que integran bloque de constitucionalidad y las previsiones del derecho ordinario, por lo que la jurisprudencia y la doctrina toman la forma de fuentes auxiliares de la interpretación de tales textos. No obstante, el contenido y alcance del principio mencionado debe comprenderse en armonía con las previsiones contenidas en la misma Carta Política, que adscriben a las altas cortes la función de unificación jurisprudencial dentro de cada una de sus jurisdicciones. Por esta razón, sus precedentes adquieran fuerza vinculante. Además, como ya se indicó, el seguimiento de dichas reglas jurisprudenciales adquiere especial relevancia al momento de definir la coherencia interna del sistema de justicia, la defensa de la seguridad jurídica y la

*protección del derecho a la igualdad de quienes concurren a la jurisdicción con la legítima convicción que se conservará la ratio juris utilizada reiteradamente para la solución de problemas jurídicos anteriores y análogos a los que se presentan nuevamente ante el conocimiento de los jueces”.*⁹

La Corte Constitucional, no contenta con clarificar mediante su doctrina la idea de una jurisprudencia que traza senderos vinculantes para jueces y funcionarios en general en sus decisiones, ha sugerido en diversas oportunidades que se legisle para dar desarrollo a mecanismos procesales de unificación de la jurisprudencia, argumentando que por este medio se contribuye a la seguridad jurídica y se garantiza trato igual a las personas:

“9. La unificación de la jurisprudencia por parte de los altos tribunales tiene un papel muy importante en la interpretación y la aplicación de las disposiciones jurídicas por parte de los jueces, en cuanto garantiza los principios de seguridad jurídica y de igualdad de las personas.

*Con el fin de lograr tales objetivos, en ejercicio de la mencionada libertad de configuración normativa, el legislador puede establecer mecanismos procesales de unificación de la jurisprudencia mediante recursos o trámites especiales ante las altas corporaciones judiciales y, así mismo, puede modificar o suprimir los existentes, con los límites superiores indicados”.*¹⁰

Para la Corte Constitucional es manifiesto que unificar la jurisprudencia de la jurisdicción es una función propia de las Altas Cortes como órganos de cierre que son de la respectiva jurisdicción. La ley 1437 de 2011 siembra, por consiguiente, en un terreno laboriosamente abonado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y en un clima intelectual que le es favorable gracias a la evolución que en la cultura jurídica nacional ha propiciado no solo la orientación principialista sino la teleológica del ordenamiento constitucional que nos rige hace ya veinte años.

9 Corte Constitucional, auto 208 de 2006, 1 de Agosto de 2006, Ponente: Jaime Córdoba Triviño
10 Corte Constitucional, sentencia C-180 de 2006

Reflexión final

Veinte años de constitucionalismo militante, en el cual se han distinguido jueces, abogados, profesores, dirigentes y ciudadanos en general, han permeado la organización judicial, ha promovido la constitucionalización de todas las ramas del derecho, ha colocado en primer plano de atención la defensa de los derechos y ha inspirado en la sociedad un sentimiento constitucional, basado en confianza hacia los jueces y mayor conciencia de la propia dignidad.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA armoniza con el clima jurídico propiciado por la Constitución, a cuyo encuentro va, y al adoptar como eje los derechos y sus garantías, pone a la administración en frente de su primer deber constitucional: el de proteger y garantizar eficazmente los derechos de todas las personas en sede administrativa.

Al concebir y organizar los procedimientos administrativos en función de los derechos de toda persona, el nuevo código admite ser leído como una especie de carta de derechos ciudadanos ante la administración. Las autoridades no tienen prerrogativas sino deberes ante quienes concurren a su presencia, pues no en vano la Constitución les da la denominación genérica de servidores públicos. El código diseña un nuevo tipo de institucionalidad en virtud de la cual los funcionarios públicos, antes que el juez, están llamados a proveer, en sede administrativa, la tutela efectiva de los derechos constitucionales.

NO HAY DERECHO

Alberto Yepes Barreiro

Magistrado de la Sección Quinta del Consejo de Estado

Reconocido es que una de las expresiones de mayor y completo significado entre los teóricos y pragmáticos de la ciencia jurídica es el denominado “Estado de Derecho”. Creo que no tanto por lo que contiene y justifica como acción, sino por lo que genera desde su origen: La absoluta y total eliminación de la ARBITRARIEDAD por parte de quien ejerce el poder dentro del Estado. Ese es, sin duda, su gran mérito en las sociedades contemporáneas y pluralistas. El *Rechtsstaat*,¹ o el estado existente bajo régimen del derecho, será todo lo contrario al de aquellos que subsisten bajo el imperio de una fuerza soterrada o visible, impuesta por cualquiera de sus miembros o poderes, aún dentro de la apariencia de una civilización democrática.

Y es que si hay algo claro en nuestro colectivo social, dentro de nuestra cotidianidad, es que lo antagónico al derecho y si se examina con detenimiento, hasta lo injusto, es lo que el ciudadano del común y la teoría jurídica denominan, en no extraña simbiosis, LA ARBITRARIEDAD.

Huelga manifestar entonces, que cuando quien detenta el poder obra por fuera del derecho, lo hace arbitrariamente; y esa conducta, siempre ameritará un control de responsabilidad político y por supuesto un control jurídico que preserve el sistema de dichos atentados.

En Colombia, ocurre un fenómeno complejo que ejemplifica de manera dramática, la arbitrariedad de las autoridades, manifestada, o mejor, disfrazada en el reclamo y el intento de quienes detentan los más altos poderes, por arrebatarse entre sí y reivindicar su supuesta legitimidad, a tal punto, que desdeñan con ello de manera subrepticia, las finalidades principales del derecho que le favorecen directamente al ciudadano de a pie, como

¹ Expresión Alemana del Estado de Derecho, que se contrapone a la expresión *Machtstaat* o Estado bajo el régimen de la fuerza. Gustavo ZAGREBELSKY, en su libro *El Derecho Dúctil*, plantea las diferencias entre los distintos tipos de Estado.

son la resolución de sus conflictos y la garantía de certeza y seguridad jurídica, fines estos que teleológicamente son los que garantizan la convivencia pacífica y la tan esquiva paz que seguimos buscando.

Así y en nombre de la “la legitimidad”, en franco olvido del ciudadano acontecen sin mayores asombros episodios como: i) La Corte Suprema de Justicia hace no pocos años, denuncia por prevaricato al Consejo Superior de la Judicatura ii) El Consejo de Estado lo hizo contra los miembros de la Corte Constitucional iii) Vía Tutela, la Corte Constitucional en defensa de los derechos fundamentales sustituye sentencias de la jurisdicción contenciosa y de la ordinaria iv) Un presidente de la Corte Suprema afirmó en su momento que el Consejo de Estado se “jartó de que le invadan sus competencias” (sic) . v) El anterior presidente de la República reclamó respeto del Presidente de la Corte suprema y dijo mediar entre las altas corporaciones jurisdiccionales, propiciando en apariencia una definición política del legislativo en el conflicto de legitimidad. vi) La Corte Suprema y el Ejecutivo, en una inocua medición de poderes se trenzan por años, en una disputa originada mas en conveniencias y vanidades que en convicciones jurídicas vii) la inicua reyerta casi desvertebra la organización del Estado y da al traste con la democracia, al punto que el hoy ex-presidente protagonista de aciagos hechos, manifiesta su convicción de que en ese país que gobernó no hay garantías de los órganos de justicia idóneos e imparciales, recomedando a sus exfuncionarios acusados de corrupción, el asilo político en el extranjero. viii) El actual Presidente de la República tramita una fracasada reforma a la justicia, en donde el legislativo desborda sus deseos en beneficio propio, al punto de propiciar la extinción de su intento, bajo su propia y avara dinámica.

Todo esto, que resulta incontrovertible, y explicado además en forma irónica como la simple utilización de facultades propias, es lo que propicia la real inexistencia de parámetros ciertos que medien entre la anarquía y el despotismo, es decir y lamento escribirlo: la absoluta ausencia del derecho mismo.

Para que dentro de una sociedad civilizada, democrática y pluralista, como se precia ser la nuestra, el derecho realmente exista, debe cumplir las funciones elementales de seguridad y certeza; resolución de conflictos y naturalmente de organización y legitimidad del poder de las autoridades.²

Al parecer, y a juzgar por la actitud de nuestras ramas del poder, ninguna de estas funciones, que se hallan bajo su natural competencia y veeduría, a pesar de sus esfuerzos, se han venido cumpliendo. En efecto,

2 RECASENS SICHES, Luis. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa Capítulo VIII. Página. 111

todas las ramas del poder han venido reclamando una precaria legitimidad bajo el anuncio “injustificado” de reclamos de supremacía a través de “causes normales” que se entrelazan en un verdadero nudo gordiano, con todas sus nefastas consecuencias.

Los ejemplos prácticos pululan, sería interminable aludirlos; básteme citar el más trascendental para nuestro Estado de Derecho, cual es, el del reclamo de las denominadas altas Cortes de su “supremacía” en cada una de sus jurisdicciones. Lamentablemente pareciere que desde 1991 y a través de la denominada constitucionalización del derecho, que todo el *SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO*, se pudiera escindir en parcelas independientes o tajadas de un ponque que el constituyente otorga a su antojo, ignorándose con tales conductas, el significado mismo de unidad que implica el contenido de todo sistema normativo, en si mismo considerado; y de paso, olvidando en los oscuros vericuetos de los grandes árboles del bosque, los fines funcionales del derecho y por ende su eficacia y razonabilidad, o más aún, la razón de ser del mismo.

Esta lucha inocua por conservar la parcelación del derecho, propia del estado legislativo y hoy superada por la aplicabilidad de verdaderas reglas de derecho contenidas en la constitución, erosionan, por no decir destruyen, la legitimidad de las máximas autoridades judiciales y generan un desorden y una inseguridad jurídica en los ciudadanos, propia de la arbitrariedad, es decir de todo lo contrario a lo que significa el derecho.

Es que pareciere que en Colombia no se comprendiera en qué consistió la transformación del derecho y se hubiese aprovechado su Constitucionalización y elevación hacia los derechos fundamentales y el pluralismo, para confundir y pregonar sin pudor la lucha del legicentrismo decimonónico en contra de la supremacía de la dignidad del hombre, aferrándose a un pasado en donde todavía se trata de utilizar al ser humano como un medio para lograr torticeros propósitos a través de la “Ley soberana”.

Se olvida con frecuencia por nuestros operadores jurídicos, que el hombre constituye un fin en sí mismo y que es la ley, aquel paradigma ya no tan absolutamente soberana, la que debe someterse al respeto de la dignidad innata al individuo y no éste a su sacrificio por la letra en ella contenida y convertida en axioma por unos operadores jurídicos de marmol, impecables, históricos, admirables por su lógica racional irreprochable, pero también insensibles a la realidad y al contexto social en donde vivimos. El hombre mismo, hoy, como debió ser siempre, será el principal protagonista

de la ciencia jurídica, por encima de un legicentrismo que no es siempre su voz y que no siempre lo interpreta, como falazmente se expuso durante siglos.

La dignidad del hombre, el respeto a sus derechos y diferencias, constituyen hoy el fundamento del Estado Social de Derecho. Que incómodo se siente escribirlo por necesidad cuando ello debería ser un pre-supuesto obvio en pleno siglo XXI, un hecho social que no ameritaría ser puesto o positivizado, una norma fundamental en sentido kelseniano,³ si se quiere. Sin embargo, nuestra cultura jurídica, así lo requiere, pues su “idea” de derecho es otra y responde a la manida pregunta del ¿dónde dice?, no importa lo que diga, pues en lo íntimo de su ser, se sigue profesando con un respeto que ya no se entiende, el aforismo: Dura es la Ley pero...es la Ley. Con ello, parece que el hombre mismo que “su persona”, no se sintiera soberano, y por necesidad y tal vez seguridad psicológica necesitara de un referente al cual asirse, aferrándose a ese factor unificador del sistema, al cual rindió culto por centenas de años: La Ley.

Pues bien, es que la Ley, no es como en otrora el factor unificador de la sociedad para resolver sus conflictos con certeza y legitimidad. Si bien es uno de sus instrumentos, NO ES “EL INSTRUMENTO” ni tampoco el centro del ordenamiento jurídico para garantizar su convivencia pacífica. Lamentablemente, el papel otorgado a la ley por los filósofos del racionalismo y la ilustración se agotó. Los tozudos hechos rebasaron las constructivas y útiles falacias que utilizó la humanidad para justificar sus conductas y menguar sus culpas. Pero al fin y al cabo eran eso, falacias, que quedaron en evidencia como tales, con el transcurrir del tiempo.

El derecho se transformó, se elevó, se constitucionalizó,⁴ no por capricho sino por necesidad y además y por sobre todo, por la insuficiencia del gran invento: la falaz y soberana Ley.

Es de perogrullo hoy afirmar que las características de abstracción, impersonalidad y generalidad de la ley, como razón de ser del instrumento de sometimiento absoluto a sus preceptos, solo constituyen una utopía. Es que resulta evidente que la sociedad actual está condicionada por una amplia diversificación de grupos y estratos sociales que participan en el “mercado de las leyes”, lo cual ha determinado la denominada hiperinflación normativa,

3 Sobre el concepto de norma fundamental, ver KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho, Capítulo V. Editorial Porrúa. México. 2009. 16ª edición.

4 Estos conceptos son desarrollados ampliamente por FAVOREU Louis. Legalidad y constitucionalidad: La constitucionalización del Derecho. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Bogotá 2000.

o pulverización del derecho legislativo, generándose con ello una explosión de legislaciones sectoriales, con la consiguiente crisis del principio de generalidad.⁵

Esta pérdida de las características “clásicas” de la ley obedece sin duda, a una acentuada diferenciación de tratamientos normativos, sea como implicación empírica del principio de igualdad del “Estado social”, o como consecuencia de la presión que los intereses corporativos ejercen sobre el legislador. Hecho que per se, erosiona sin discusión el fin supremo de la seguridad jurídica del hombre común y obviamente del operador jurídico, quien se ve ahogado en un mar de normas contradictorias y vigentes, confundido y agobiado por el interrogante de cual aplicar.

La creciente vitalidad de tales grupos determina además situaciones sociales en rápida transformación que requieren normas jurídicas ocasionales o ad hoc adecuadas a las necesidades y destinadas a perder rápidamente su sentido y a ser sustituidas cuando surjan nuevas necesidades, lo que determina una crisis no solo de la característica de la generalidad de la Ley sino también de aquella que hace referencia a su abstracción.⁶

Independientemente de ello resulta inocuo y reprochable negar que el acto de creación del derecho legislativo es la conclusión de un proceso político en el que participan numerosos sujetos sociales particulares en conflicto, lo que conlleva, y debemos afirmarlo sin ambages, al fenómeno de negociación, conciliación de intereses particulares, o ciertamente a lo que se ha dado en denominar la “contractualización” de los contenidos de la ley. La ley no es pues un acuerdo de voluntades, es simple y llanamente un mero juego de las relaciones de fuerza, y en este contexto la otrora soberana norma no es ese factor de unificación del sistema jurídico, sino un instrumento causal del desorden jurídico, que intenta a lo sumo poner remedio a un conflicto de manera *ex post factum*⁷, en donde el operador jurídico podrá auparse a su antojo al resolver un conflicto jurídico, so pretexto de la seguridad jurídica que el derecho legicentrista y decimonónico le otorga de una manera mentirosa y perversa.

En purita verdad el pluralismo de las fuerzas políticas y sociales conduce dialécticamente y de manera irrefutable a la heterogeneidad de los

5 Tomo para explicar la crisis de la teoría clásica de la ley, estudiada como principal fuente de derecho por sus características de generalidad, abstracción e impersonalidad, el desarrollo teórico expuesto en ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta, Madrid. 1995. Capítulo 2.

6 *Ibidem*.

7 ZAGREBELSKY, Gustavo. Pág. 37

valores e intereses expresados en la ley, la cual es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es el final, sino la continuación de un conflicto; no es un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables, sino un acto personalizado que persigue satisfacer intereses particulares.

Hay que decirlo, la soberana Ley a la cual se le rendía culto de monarca o Dios, ya no es garantía absoluta de unificación del derecho, sino que se convierte ella misma en instrumento y causa de inestabilidad del sistema jurídico y la sociedad. Cuando las leyes actúan como medidas de apoyo a un sujeto social definido y están determinadas más por cambiantes relaciones de fuerza que por diseños generales y coherentes, la inestabilidad es máxima y se hace acuciante la exigencia de protección frente a la ocasionalidad de los acuerdos particulares que impulsan la legislación y aún las nefastas reformas Constitucionales con nombre propio. No se requieren los ejemplos: Están a la vista

Así, a pesar de tamaño evidencia fáctica, en donde la ley no unifica el sistema jurídico sino que por el contrario lo confluctúa en virtud a su particularización y con ella a la ocasionalidad e hiperinflación normativa y principalmente a la contractualización en su expedición, nuestros órganos de poder han insistido en su soberanía, basados en el contenido literal del artículo 230 de la C.P. y lo que resulta más difícil y complicado: Nuestras altas Cortes insisten “legítimamente” en reclamar atribución de competencias exclusivas y autónomas para cada una de las jurisdicciones, como si cada una de ellas perteneciera a un sistema jurídico independiente y aislado, reclamándose mutuamente ser órganos de cierre de cada uno de ellos, ignorando casi más por fuerza de tradición que por convicción, esta simple y básica realidad: El sistema jurídico como tal, es uno solo, eso, el ser sistema, es precisamente lo que lo hace único. No debería escribirse por obviedad, pero dada la necesidad, no puedo omitir decir que no pueden coexistir varios sistemas jurídicos en un Estado y cuando ello sucede, en realidad, hay un caldo de cultivo para la anarquía, el despotismo y arbitrariedad y en fin para la certeza de la inexistencia del derecho.

Paradójicamente la constitucionalización del derecho, su elevación y su transformación, se ha efectivizado y utilizado en forma fraccionada, según el querer y la interpretación hecha por cada una de las altas cortes, cuando las normas consagradas por el constituyente son una sola. En últimas, este fraccionamiento deriva en la práctica, en la falta de resolución de los procesos, pues el particular y la autoridad administrativa afectada por el

conflicto entre cortes, no saben a quien obedecer –afectando la legitimidad institucional como fin funcional- ni cuál de las tres o cuatro interpretaciones de los órganos de cierre acoger sobre un mismo asunto –afectando la certeza y seguridad jurídicas-; hechos fatales que implican sin lugar a dudas una clara denegación de justicia y paradójicamente una ausencia real y cierta de la resolución de un conflicto o lo que es igual, la carencia absoluta de la denominada tutela judicial efectiva, como principal fin funcional del derecho.

Aunque parezca increíble, esa fuerza de la tradición, ese apego a la norma, esa pregunta insolente ¿en dónde dice? Y esa forma de justificar una decisión sin argumento teleológico o axiológico alguno, del ¡Ahí dice...! sigue presente en nuestra cultura jurídica, lamentablemente como argumentos de autoridad axiomáticos.

Derivado de ello, la inseguridad jurídica real de solución de conflictos y la lucha por la legitimidad en el ejercicio de las funciones encomendadas a las autoridades jurisdiccionales no son más que el incumplimiento real de las elementales funciones del derecho por parte del estado, y... lo digo con todo respeto, cuando ello proviene de las mismas altas cortes, es sin duda al legislativo y al ejecutivo a quien corresponde volver las aguas a su cauce, positivizando lo obvio: La imperativa obligación de aplicar los principios y las reglas constitucionales como mandato supremo y, segundo, determinando mediante reglas de procedimiento, la interpretación uniforme de la misma, imponiéndose así una complementariedad entre la legalidad y la constitucionalidad dentro del ordenamiento.

Sinceramente siempre he creído que el mal denominado “choque de trenes” no obedece a falta de comunicación o lucha de poderes, no. En mi sentir nuestro grave problema es que para un gran conjunto de juristas formados e imbuidos del legicentrismo, es muy espinoso, por decir lo menos, replantear su cultura jurídica, y por ello, es menester superar desde la constitución y paradójicamente desde la ley misma, esa supuesta ambigüedad normativa en la cual se nos ancla en el pasado, sin razón y sacrificio.

Por esta razón a pesar de lo anterior y de múltiples dificultades prácticas, es menester reivindicar con todos los honores y méritos la labor del Consejo de Estado en este aspecto, no solo al propiciar la expedición de un nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, -CPACA- sino al contemplar una reforma sustantiva que con claridad abandona las concepciones nominales (aspiraciones) o semánticas (utópicas) de la constitución, reivindicando en todos los ordenes la dignidad del hombre, sus derechos y su superioridad por encima de la ley.

El CPACA, tuvo en cuenta no solo los factores del nuevo esquema constitucional sino además otros, no menos importantes, dentro del contexto de la reforma tales como el nuevo entorno social e institucional, los cambios en la concepción del juez y en la estructura organizacional de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, amén de la congestión judicial.

Sólo a título de referencia figuras como la extensión y unificación de la jurisprudencia, las medidas cautelares y el deber de aplicación uniforme de las normas, se entronizaron en nuestro sistema jurídico a través de este código con la finalidad de materializar las nuevas concepciones constitucionales positivizándolas y efectivizándolas en términos del cumplimiento de los fines funcionales del derecho.

Es indudable que el CPACA evitará lo que viene sucediendo a diario en Colombia en forma constante pero imperceptible: Aquella escena en donde una persona del común a quien los jueces les han resuelto de manera disimil un conflicto, sin saber a quien obedecer, ni a que norma atenerse en un futuro, expresa con desespero ;no hay derecho! Y en donde un alumno de introducción al derecho que la escucha responde, absorto y preocupado pero sin ambages, ni temor a equivocarse: Si Señor tiene usted razón: no hay derecho.

LA PROTECCIÓN DE DERECHOS EN SEDE
ADMINISTRATIVA Y LA EFICACIA DE LOS
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA
FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

William Zambrano Cetina
Vicepresidente del Consejo de Estado

La expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contenido en la Ley 1437 de 2011, se inscribe dentro del proceso de transformación inducido en el ordenamiento jurídico colombiano por la Constitución de 1991; evidencia que en realidad traduce la mutación de un buen número de categorías tradicionales de nuestro derecho administrativo, que ya se venía produciendo tanto a nivel legal como jurisprudencial antes de su expedición¹, pero que encontró en ella un elemento catalizador de innegable trascendencia, que obligaba a “repensar”, no solamente la jurisdicción², sino el conjunto de la acción del Estado y en particular de la administración.

Dentro de esa mutación, la expedición del nuevo código podría entenderse como un nuevo intento de afirmación del procedimiento administrativo en su componente propiamente administrativo y no judicial.

Como se verá este énfasis no resulta casual sino que es coincidente con la evolución del tema y con la filosofía que inspira el cambio de título del Código introducido con la reforma que alude ya no exclusivamente al “Código contencioso administrativo” sino al “Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo”.

Esta que es una opción legislativa diferente a la adoptada en otras latitudes, y que es apenas uno de muchos ejemplos de la “especificidad

1 Piénsese, por ejemplo, en los principios de la función administrativa ya enunciados en el Decreto 01 de 1984, los cuales fueron elevados a rango constitucional en el texto de 1991 enriqueciéndolos con nuevos elementos. En este como en muchos otros temas que luego desarrollaría la Constitución el código aún vigente fue precursor del cambio de entendimiento del papel del procedimiento administrativo. Ver al respecto los trabajos del profesor Allan Brewer Carías y del magistrado Jaime Orlando Santofimio en “Memorias del Seminario internacional de presentación del Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Ley 1437 de 2011”, publicado por el Consejo de Estado y la Contraloría General de la República. Bogotá. Imprenta Nacional. 2012.

2 En la ya célebre fórmula en el año 2007 del Ex - Presidente del Consejo de Estado Gustavo Aponte Santos.

colombiana³ en materia jurídica que llama la atención de nuestros colegas extranjeros, no es realmente una novedad en sí misma. Ya el Decreto 01 de 1984 había innovado al introducir todo un libro dedicado a los procedimientos administrativos en el Código contencioso administrativo como antesala del procedimiento contencioso, y ello por oposición a otros ordenamientos jurídicos que en el mundo y en particular en el ámbito latinoamericano regulan en leyes distintas el procedimiento administrativo y el procedimiento contencioso, siguiendo al respecto por lo esencial el ejemplo español⁴. La novedad consiste en el énfasis que se hace en la Ley 1437 de 2011, en el título del Código, pero sobre todo, en el contenido del libro I, al dar una mayor entidad a esa regulación de los procedimientos administrativos, que si bien se mantiene en el mismo cuerpo normativo como su primera parte, se quiere diferente y con alcance propio y no para ser entendida como una mera etapa o antesala para la actuación que indefectiblemente deberá surtirse ante la jurisdicción.

En este sentido se busca que el procedimiento administrativo sea entendido por la administración y por los particulares como un instrumento suficiente para asegurar la garantía de los derechos. Para el efecto se introducen principios y herramientas que permitan a la administración asegurar el cumplimiento de los cometidos estatales dentro del respeto de los derechos de las personas, sin que éstas se vean obligadas necesariamente a acudir a la protección de los jueces, frente a la acción u omisión contraria a la ley por parte de las autoridades. Ello porque la administración debe ser la primera protectora de esos derechos y debe tener la voluntad de actuar siempre tomándolos en cuenta, así como el deseo y la capacidad de corregir los errores en que incurra. Ello sin perjuicio del derecho que tendrán en todo caso los interesados de acudir al juez, si excepcionalmente la administración no obra conforme a esta finalidad.

La tarea de la Comisión de reforma en la que he tenido el honor y el privilegio de participar necesariamente debía tener en cuenta el nuevo contexto constitucional y dentro de él ese entendimiento particular del procedimiento administrativo.

3 Ver al respecto entre otros Marc Durand-Viel y Marcel Pochard "Observaciones finales" En *Memorias del Seminario franco-colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2008, pág. 437. O nuestro trabajo "Les droits des citoyens vis-à-vis de l'administration. Le cas de la Colombie" *Revue Internationale de Droit Comparé*, Avril- Juin 1992, pág. 455. Aunque cabe señalar que la inclusión en un solo código de los dos aspectos obedeció a los términos de la ley de facultades respectiva.

4 Ver Allan R. Brewer-Carías *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*. Universidad del Rosario, Legis, Primera edición Bogotá 2003.

En ese orden de ideas un elemento central del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo lo constituye el cambio de lógica que se busca en el entendimiento por parte de la administración de su papel frente a los derechos de las personas⁵. El mensaje es claro: la administración debe incorporar en su visión de las cosas que no es solo el juez el que está llamado a protegerlos, sino que es la propia administración la que en primer lugar debe convertirse, obviamente en el marco de la Constitución y la ley, en artífice de la defensa de esos derechos.

Así, el énfasis que se hace desde el título del Código en el “procedimiento administrativo”, busca entre otras cosas eliminar la percepción que pudiere tenerse según la cual la parte primera del Código y en particular los recursos ante la administración son una mera etapa para acudir indefectiblemente a la jurisdicción. El procedimiento administrativo regulado en ese libro I debe convertirse, en la medida de lo posible, en respuesta suficiente y completa para quien reclama ante la administración el reconocimiento de un derecho, de manera que no se vea forzado, sin que ello sea realmente necesario, a acudir al juez para que obligue a la administración a hacer lo que desde el principio ésta ha debido hacer.

Se busca llamar la atención de los servidores públicos para que se aferren al principio de legalidad, en el real sentido que tiene en nuestro ordenamiento constitucional, como elemento esencial del funcionamiento de la administración y del entendimiento de los deberes de esos servidores (art 6 C.P.), pero también del cumplimiento de los fines del Estado (art 2 C.P.) y de realización del Estado Social de Derecho (art. 1 C.P.).

En este orden de ideas el Código establece una serie de herramientas para que la administración pueda proteger directamente en sede administrativa los derechos de acuerdo con la Constitución y la ley, al tiempo que se asegure la eficacia de los principios constitucionales de la función administrativa y en general todos los elementos del “modelo” de gestión establecido en la Constitución. Lo que comporta necesariamente un esfuerzo por aumentar las garantías en el procedimiento y por asegurar la transparencia en

5 Ese mensaje en realidad hace mucho tiempo que se está predicando. Recuérdese por ejemplo la reflexión de Eustorgio Sarria hace más de medio siglo: “El derecho administrativo no es otra cosa que el reflejo fiel del ambiente jurídico de un pueblo. Esas normas de conducta de los gobernantes son producto de una cultura acendrada en siglos de sostenidos esfuerzos, de luchas ardorosas por el imperio del derecho y la indiciente práctica de la justicia. Pero el derecho administrativo es, a la vez, el desarrollo armónico de la Constitución política, Carta Magna o estatuto Supremo que rige la vida ordenada de un país. Y la Constitución política, en su parte medular, es el reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre”. Eustorgio Sarria. *Derecho Administrativo*. Editorial Temis. Tercera Edición. Bogotá 1957, pág. 327

la toma de decisiones. A lo que debe sumarse que el Código busca cumplir una labor pedagógica en relación con los ciudadanos y los propios servidores públicos sobre el conocimiento de sus respectivos derechos y deberes en función de la eficacia de esos mismos principios.

Así, en cuanto a otorgar herramientas a la administración para que sea ella directamente la que proteja en sede administrativa los derechos sin necesidad de la intervención del juez, cinco herramientas claramente identificables se establecen para el efecto, a saber i) se afianza el derecho de petición como eje de toda actuación iniciada por un particular, ii) se otorgan instrumentos a la administración para atender situaciones de emergencia en los que estén en juego los derechos fundamentales del peticionario, iii) se fortalecen los recursos administrativos para que dejen de entenderse como un simple requisito de procedibilidad, iv) se establece, para garantizar el principio de igualdad, el deber de aplicar de manera uniforme las normas y para el efecto de tomar en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas, al tiempo que, v) se establece un mecanismo para extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

En relación con el primer aspecto, atendiendo el énfasis en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre la necesaria eficacia del derecho de petición -a que se hizo referencia en la primera parte de este texto- el nuevo Código recuerda a los servidores públicos que *“toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo”* (art. 13 de la Ley)⁶. Se busca en efecto, que los servidores públicos sean conscientes de que independientemente de la enunciación formal del derecho constitucional de toda persona “a presentar

6 ARTÍCULO 13. Objeto y modalidades del derecho de petición ante autoridades. Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este Código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución. Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades, implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar el reconocimiento de un derecho o que se resuelva una situación jurídica, que se le preste un servicio, pedir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos. El ejercicio del derecho de petición es gratuito y puede realizarse sin necesidad de representación a través de abogado.

peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución”, en el Estado social de derecho es en ejercicio del mismo que siempre se acude ante la administración. En este sentido no le es dado al servidor público hacer diferencias de trato más allá de las que la propia Constitución establece para garantizar los derechos de determinadas personas en situaciones frente a las cuales -en aplicación del artículo 13 constitucional⁷ y en función de la eficacia de los derechos fundamentales- se hace necesaria una protección especial y se justifica un tratamiento privilegiado.

Se erige así al derecho de petición por el legislador en efectivo instrumento para la protección de los derechos de las personas, sin que pueda la administración excusar su inactividad o su tardanza para resolver en la no invocación formal del derecho constitucional de petición. Es más, el Código llama la atención de la administración para que resuelva de manera prioritaria aquellas peticiones en las que está involucrado un derecho fundamental y se le demuestre sumariamente el riesgo de un perjuicio irremediable para el peticionario. Si está en peligro la vida o la integridad de la persona la administración deberá además adoptar las medidas de urgencia necesarias para conjurarlo. En este sentido el artículo 20 señala que *“las autoridades darán atención prioritaria a las peticiones de reconocimiento de un derecho fundamental cuando deban ser resueltas para evitar un perjuicio irremediable al peticionario, quien deberá probar sumariamente la titularidad del derecho y el riesgo de perjuicio invocados”*. Igualmente que *“cuando por razones de salud o de seguridad personal esté en peligro inminente la vida o la integridad del destinatario de la medida solicitada, la autoridad deberá adoptar de inmediato las medidas de urgencia necesarias para conjurar dicho peligro, sin perjuicio del trámite que deba darse a la petición”*.

Con ello se pretende otorgar a las autoridades un nuevo instrumento para dar respuesta oportuna y sin dilaciones a situaciones de emergencia en las que no tiene sentido que se imponga a las personas la carga de acudir a la acción de tutela para garantizar la protección de sus derechos. Los servidores

7 ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

públicos han de encontrar en dicho artículo el sustento legal con cuya supuesta ausencia en muchas ocasiones escudan hoy su inacción.

Este fortalecimiento del derecho de petición se complementa con los deberes especiales que para garantizar su ejercicio se señalan para los Personeros Distritales y Municipales y de los Agentes de la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo en el artículo 23 del Código⁸, así como con la regulación que se establece en desarrollo del mandato contenido en el aparte final del artículo 23 de la Constitución⁹ en materia de ejercicio del derecho de petición ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales (artículos 32 y 33 del Código)¹⁰.

Ahora bien, en relación con los recursos ante la administración y para asegurar su eficacia, se introducen modificaciones en su regulación para que estos puedan cumplir sus finalidades y no se consideren simplemente

8 ARTÍCULO 23. Deberes especiales de los Personeros Distritales y Municipales y de los Agentes de la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo. Los servidores de la Procuraduría General de la Nación, de la Defensoría del Pueblo, así como los Personeros Distritales y Municipales, según la órbita de competencia, tienen el deber de prestar asistencia eficaz e inmediata a toda persona que la solicite, para garantizarle el ejercicio del derecho constitucional de petición.

Si fuere necesario, deberán intervenir ante las autoridades competentes con el objeto de exigirles, en cada caso concreto, el cumplimiento de sus deberes legales.

Así mismo recibirán, en sustitución de dichas autoridades, las peticiones, quejas, reclamos o recursos que aquellas se hubieren abstenido de recibir, y se cerciorarán de su debida tramitación.

9 ARTICULO 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.

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

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

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

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

Parágrafo primero. Este derecho también podrá ejercerse ante personas naturales cuando frente a ellas el solicitante se encuentre en situaciones de indefensión o subordinación.

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

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

como el acatamiento formal de un requisito para acudir forzosamente a la Jurisdicción. En ese orden de ideas se busca que dichos recursos den lugar a un completo y serio debate en el seno de la administración que ha proferido el acto objeto de recursos partiendo del presupuesto de que de ser posible de acuerdo con las normas aplicables, y el análisis de la jurisprudencia -máxime si se tiene en cuenta la filosofía de las regulaciones contenidas en los artículos 10 y 102 que a continuación se analizan-, se evite acudir al juez. El cual solo debe estar llamado a dirimir aquellas controversias respecto de las cuales su intervención sea realmente necesaria.

En ese orden de ideas, se amplía el término para la interposición de los recursos que pasa de 5 a 10 días (art. 76), se eliminan las restricciones que en materia probatoria se habían establecido en el Código vigente, en este sentido, los recursos de reposición y de apelación deberán resolverse de plano, a no ser que al interponerlos se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio (art. 79). Se establece que la autoridad podrá crear, en su organización, grupos especializados para elaborar los proyectos de decisión de los referidos recursos (art. 82). Se busca en efecto dar una oportunidad para que de acuerdo con las posibilidades de cada tipo de administración -no es lo mismo la superintendencia de industria y comercio que una administración municipal- se puedan establecer este tipo de grupos en los que se haga un análisis completo y sin las aprehensiones y limitantes propias de quien ha tomado inicialmente la decisión para examinar los argumentos planteados en los recursos, cuyo resultado podrá ser favorable o desfavorable, pero en todo caso fruto de un examen que atenderá el ordenamiento jurídico aplicable y el estado de la jurisprudencia y consecuentemente la respuesta que previsiblemente daría la jurisdicción si tuviera que pronunciarse.

Las autoridades deben tener en cuenta precisamente que al resolver los asuntos de su competencia, deberán aplicar las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, y que con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas (art. 10).

Se trata de dar plena vigencia en al ámbito administrativo al principio de igualdad, el cual encuentra además en el mecanismo de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades, regulado en el artículo 102 del Código, una herramienta fundamental.

Las autoridades deberán, en efecto, extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Para tal fin el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado.

La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables, y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente. Esta decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción. Cabe precisar en todo caso que las autoridades podrán negar la petición de acuerdo con precisas condiciones¹¹. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269, norma que regula la manera como el Consejo de Estado está llamado a resolver las peticiones que ante él se hagan en este sentido.

El fundamento de todas estas nuevas figuras reside en la responsabilidad directa que tiene la administración pública de respetar y hacer respetar el ordenamiento jurídico, y en primer lugar los mandatos constitucionales que orientan la actuación de las autoridades y los procedimientos administrativos. Por ello, en la lógica de asegurar la eficacia de los principios de la función administrativa el Código señala en su artículo 3 que todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera del mismo Código, y en las leyes especiales.

La norma precisa que las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad,

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

transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad, dando de cada uno de ellos una explicación que más que pretender una definición busca servir de orientación para todas las personas que acudan a la administración y para los propios servidores públicos¹².

Como resulta apenas obvio son esos principios los que orientan el conjunto del articulado y en consecuencia en relación con cada uno de ellos bien pudieran identificarse sistemáticamente disposiciones tendientes a su desarrollo. Aquí vale la pena destacar a título simplemente de ejemplo las disposiciones dirigidas a aumentar las garantías en el procedimiento y asegurar la transparencia en la toma de decisiones en aplicación de los principios de debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad y transparencia, así como aquellas que están llamadas a cumplir una labor pedagógica con los ciudadanos y con

12 En virtud del principio del debido proceso, 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.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem.

En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En las actuaciones en las que aparezca la defensa de intereses que se muestren diversos u opuestos, las autoridades deberán dispensarles idéntico trato, quedando proscrita la posibilidad de atención privada y por separado en la adopción de las decisiones correspondientes.

En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.

En virtud del principio de participación, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.

En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.

En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, ésta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma.

la propia administración en relación con el conocimiento de sus derechos y de sus deberes en la lógica de asegurar la eficacia de esos mismos principios.

Así cabe recordar que desde el artículo primero del Código se afirma que las normas de la primera parte tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales¹³ la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la Administración y la observancia de los deberes sociales del estado y de los particulares¹⁴.

En ese orden de ideas el artículo 35 señala que los procedimientos administrativos se adelantarán por escrito, verbalmente, o por medios

13 Sobre este concepto no resulta vano recordar el significado dado al mismo para el caso español en palabras del profesor Alejandro Nieto. "La declaración de que la Administración sirve a los intereses generales tiene una enorme relevancia, puesto que afecta a una de las cuestiones medulares de la Ciencia Política y conviene subrayar que en este punto la Constitución no ha esquivado el problema sino que lo ha abordado y resuelto con inequívoca rotundidad al pronunciarse terminantemente por una de las muchas opciones posibles, cabalmente la más democrática.

La Constitución, por lo pronto, se opone de forma radical a una opción histórica bien conocida: la apropiación del poder por parte de los burócratas, quienes utilizan el aparato administrativo en beneficio de sus propios intereses.

Pero la Constitución no se limita a esto sino que rechaza también que la Administración Pública esté al servicio, no ya de un Partido político (lo que parece obvio), sino al del Gobierno y aun del Estado. Porque si bien es verdad que «el Gobierno dirige la Administración civil y militar» (art. 97), esta dirección no significa que la Administración haya de servir al Gobierno: a quien sirve -el tenor del artículo 103 no ofrece lugar a dudas- es a los intereses generales. Con lo cual se hace emerger el problema de la posible discordancia entre estos intereses generales y la voluntad de un Gobierno parcial, indebidamente manejado por los Partidos políticos o por los grupos económicos y sociales.

En esta hipótesis -nada irreal ciertamente. La Constitución se decide por una fórmula que otorga a la Administración un papel estabilizador o de garantía de los intereses generales (...)" Alejandro Nieto. "La Administración sirve con objetividad los intereses generales". En *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid 1991 tomo III, pág. 2226

14 Debe hacerse énfasis en que siendo consecuentes con ello el Código igualmente recuerda expresamente a las personas sus deberes en las actuaciones ante las autoridades. Así:

Artículo 6. Deberes de las personas. Correlativamente con los derechos que les asisten, las personas tienen, en las actuaciones ante las autoridades, los siguientes deberes:

1. Acatar la Constitución y las leyes.
2. Obrar conforme al principio de buena fe, absteniéndose de emplear maniobras dilatorias en las actuaciones, y de efectuar o aportar, a sabiendas, declaraciones o documentos falsos o hacer afirmaciones temerarias, entre otras conductas.
3. Ejercer con responsabilidad sus derechos, y en consecuencia abstenerse de reiterar solicitudes evidentemente improcedentes.
4. Observar un trato respetuoso con los servidores públicos.

Parágrafo. El incumplimiento de estos deberes no podrá ser invocado por la administración como pretexto para desconocer el derecho reclamado por el particular. Empero podrá dar lugar a las sanciones penales, disciplinarias o de policía a que sean del caso según la ley.

electrónicos de conformidad con lo dispuesto en el Código o la ley. Advierte que cuando las autoridades procedan de oficio, los procedimientos administrativos únicamente podrán iniciarse mediante escrito, y por medio electrónico sólo cuando lo autoricen el mismo Código o la ley, debiendo informar de la iniciación de la actuación al interesado para el ejercicio de su derecho a la defensa.

Las autoridades podrán decretar la práctica de audiencias en el curso de las actuaciones con el objeto de promover la participación ciudadana, asegurar el derecho de contradicción, o contribuir a la pronta adopción de decisiones. Dejando en todo caso constancia de lo acontecido en ellas.

Por su parte, el artículo 46, advierte que cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar. Esta disposición destinada a garantizar la eficacia de los mandatos superiores sobre el derecho a participar de determinados grupos a los que la Constitución otorga particular protección, debe examinarse en concordancia con la que de manera general se establece en el numeral 8 de artículo octavo según el cual las autoridades deberán tener a disposición del público los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, se deberá señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público. La norma precisa que en todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general.

A su vez el artículo 37 reitera que cuando en una actuación administrativa de contenido particular y concreto la autoridad advierta que terceras personas puedan resultar directamente afectadas por la decisión, les comunicará la existencia de la actuación, el objeto de la misma y el nombre del peticionario, si lo hubiere, para que puedan constituirse como parte y hacer valer sus derechos. La comunicación se remitirá a la dirección o correo electrónico que se conozca si no hay otro medio más eficaz.

De no ser posible dicha comunicación, o tratándose de terceros indeterminados, la información se divulgará a través de un medio masivo de comunicación nacional o local, según el caso, o a través de cualquier otro mecanismo eficaz, habida cuenta de las condiciones de los posibles interesados.

En relación con los terceros precisamente el artículo 38 precisa los casos que los mismos podrán intervenir en las actuaciones administrativas con los mismos derechos, deberes y responsabilidades de quienes son parte interesada¹⁵.

Para evitar que se continúe, como desafortunadamente hemos podido constatar en cumplimiento de nuestra función en la Sala de Consulta y Servicio Civil, desconociendo el derecho de las personas a acceder a la administración y vulnerando su dignidad en un incomprensible ir y venir entre instituciones que alegan problemas de competencia, se recuerda en el artículo 39 que los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si ésta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional o al Tribunal Administrativo correspondiente en relación con autoridades del orden departamental, distrital o municipal. En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales, o autoridades territoriales de distintos departamentos, conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

De igual manera se procederá cuando dos autoridades administrativas se consideren competentes para conocer y definir un asunto determinado.

Esta y las demás disposiciones a que hemos hecho referencia deben analizarse en concordancia con las numerosas normas que de manera expresa dan un claro mensaje a la administración sobre la importante tarea que le cabe en el respeto de los derechos de las personas y las consecuencias de no hacerlo¹⁶. Así el artículo 5 regula concretamente los derechos de las mismas ante las autoridades, el 7 señala los deberes que estas últimas tienen frente a las personas que ante ellas acudan y en relación con los asuntos que tramiten, mientras que el artículo 8 regula el deber de las autoridades de mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada

15 Esto es: 1. Cuando hayan promovido la actuación administrativa sancionatoria en calidad de denunciantes, resulten afectados con la conducta por la cual se adelanta la investigación, o estén en capacidad de aportar pruebas que contribuyan a dilucidar los hechos materia de la misma.

2. Cuando sus derechos o su situación jurídica puedan resultar afectados con la actuación administrativa adelantada en interés particular, o cuando la decisión que sobre ella recaiga pueda ocasionarles perjuicios.

3. Cuando la actuación haya sido iniciada en interés general.

16 Artículo 31. Falta disciplinaria. La falta de atención a las peticiones y a los términos para resolver, la contravención a las prohibiciones y el desconocimiento de los derechos de las personas de que trata esta Parte Primera del Código, constituirán falta gravísima para el servidor público y darán lugar a las sanciones correspondientes de acuerdo con la ley disciplinaria.

sobre el conjunto de la actividad que desarrollan, con la sola salvedad de la reserva establecida en la ley¹⁷.

17 Artículo 5. Derechos de las personas ante las autoridades. En sus relaciones con las autoridades toda persona tiene derecho a:

Presentar peticiones en cualquiera de sus modalidades, verbalmente, o por escrito, o por cualquier otro medio idóneo y sin necesidad de apoderado, así como a obtener información y orientación acerca de los requisitos que las disposiciones vigentes exijan para tal efecto.

Las anteriores actuaciones podrán ser adelantadas o promovidas por cualquier medio tecnológico o electrónico disponible en la entidad, aún por fuera de las horas de atención al público. Conocer, salvo expresa reserva legal, el estado de cualquier actuación o trámite y obtener copias, a su costa, de los respectivos documentos.

Salvo reserva legal, obtener información que repose en los registros y archivos públicos en los términos previstos por la Constitución y las leyes.

Obtener respuesta oportuna y eficaz a sus peticiones en los plazos establecidos para el efecto. Ser tratado con el respeto y la consideración debida a la dignidad de la persona humana.

Recibir atención especial y preferente si se trata de personas en situación de discapacidad, niños, niñas, adolescentes, mujeres gestantes o adultos mayores, y en general de personas en estado de indefensión o debilidad manifiesta de conformidad con el artículo 13 de la Constitución Política.

Exigir el cumplimiento de las responsabilidades de los servidores públicos y de los particulares que cumplan funciones administrativas.

A formular alegaciones y aportar documentos u otros elementos de prueba en cualquier actuación administrativa en la cual tenga interés, a que dichos documentos sean valorados y tenidos en cuenta por las autoridades al momento de decidir y a que éstas le informen al interviniente cuál ha sido el resultado de su participación en el procedimiento correspondiente. Cualquier otro que le reconozca la Constitución y las leyes.

Artículo 7. Deberes de las autoridades en la atención al público. Las autoridades tendrán, frente a las personas que ante ellas acudan y en relación con los asuntos que tramiten, los siguientes deberes:

Dar trato respetuoso, considerado y diligente a todas las personas sin distinción.

Garantizar atención personal al público, como mínimo durante cuarenta (40) horas a la semana, las cuales se distribuirán en horarios que satisfagan las necesidades del servicio.

Atender a todas las personas que hubieran ingresado a sus oficinas dentro del horario normal de atención.

Establecer un sistema de turnos acorde con las necesidades del servicio y las nuevas tecnologías, para la ordenada atención de peticiones, quejas, denuncias o reclamos, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 6 del artículo 5 de este Código.

Expedir, hacer visible y actualizar anualmente una carta de trato digno al usuario donde la respectiva autoridad especifique todos los derechos de los usuarios y los medios puestos a su disposición para garantizarlos efectivamente.

Tramitar las peticiones que lleguen vía fax o por medios electrónicos, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 5 de este Código.

Atribuir a dependencias especializadas la función de atender quejas y reclamos, y dar orientación al público.

Adoptar medios tecnológicos para el trámite y resolución de peticiones, y permitir el uso de medios alternativos para quienes no dispongan de aquellos.

Habilitar espacios idóneos para la consulta de expedientes y documentos, así como para la atención cómoda y ordenada del público.

Todos los demás que señalen la Constitución, la ley y los reglamentos.

Artículo 8. Deber de información al público. Las autoridades deberán mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada, en el sitio de atención y en la página electrónica, y suministrarla a través de los medios impresos y electrónicos de que disponga, y por medio telefónico o por correo, sobre los siguientes aspectos:

El sentido de la reforma en este ámbito está signado por el hecho de que entre los nuevos deberes que se establecen para las autoridades esté el de “*expedir, hacer visible y actualizar anualmente una carta de trato digno al usuario donde la respectiva autoridad especifique todos los derechos de los usuarios y los medios puestos a su disposición para garantizarlos efectivamente*”.

Se trata en suma de hacer visible por todos los medios y en todos los sentidos que la tarea de la administración se enmarca en el respeto de los derechos, y ese es tal vez el elemento más importante de esta reforma en lo que a su primera parte se refiere.

-
1. Las normas básicas que determinan su competencia.
 2. Las funciones de sus distintas dependencias y los servicios que prestan.
 3. Las regulaciones, procedimientos, trámites y términos a que están sujetas las actuaciones de los particulares frente al respectivo organismo o entidad.
 4. Los actos administrativos de carácter general que expidan y los documentos de interés público relativos a cada uno de ellos.
 5. Los documentos que deben ser suministrados por las personas según la actuación de que se trate.
 6. Las dependencias responsables según la actuación, su localización, los horarios de trabajo y demás indicaciones que sean necesarias para que toda persona pueda cumplir sus obligaciones o ejercer sus derechos.
 7. La dependencia, y el cargo o nombre del servidor a quien debe dirigirse en caso de una queja o reclamo.
 8. Los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público. En todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general.
- Parágrafo. Para obtener estas informaciones en ningún caso se requerirá la presencia del interesado.

CONFLICTOS DE COMPETENCIAS
ADMINISTRATIVAS EN COLOMBIA

Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Magistrado de la Sala de Consulta y
Servicio Civil del Consejo de Estado
Expresidente de la Corporación

Hablar de las competencias administrativas implica remitirse a los antecedentes históricos de la limitación del poder político, punto cardinal de los sistemas democráticos.

Son de gran valor las denominadas declaraciones de derechos como las inglesas del siglo XVII, las americanas del mismo siglo, y la famosa Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, todas ellas presentes en los ideales libertarios de los países americanos como Colombia, y que a las postre fueron la génesis de los principios adoptados en las constituciones latinoamericanas.

Para el caso inglés, se encuentran la “*Petición de Derechos de 1628*”, la “*Ley de Habeas Corpus de 1679*” y la “*Declaración de Derechos de 1689*”, que supone una limitación del poder del monarca, al mismo tiempo que una afirmación del poder del parlamento a través de una limitación de funciones, privilegios y derechos.

En Norteamérica, la “*Declaración de Virginia del 12 de junio de 1776*” y la “*Declaración de Independencia*” del 4 de julio del mismo año, acuñaron principios como el de separación de poderes, la soberanía popular, la igualdad entre los hombres, la existencia de derechos inalienables, entre otros, todos ellos absorbidos por la Constitución Americana de 1787 en su esfuerzo por limitar el poder político.¹

Por su parte, la “*Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*”, que para el caso colombiano fue traducida del francés al castellano por don Antonio Nariño, pregonó principios como la libertad e igualdad, todos ellos extractados del ambiente de la Revolución Francesa.

Estos principios cobran cada día más vigencia, aún en el contexto jurídico internacional; es así que la Asamblea General de las Naciones Unidas

¹ Navas Castillo Antonia y Navas Castillo Florentina. El Estado Constitucional. Editorial Dykinson., Madrid 2009.

del 8 de septiembre de 2000 aprobó la ampliamente conocida “*Declaración del Milenio*”, que propugna por la democracia y el buen gobierno y llama a fortalecer el imperio del derecho.

A nivel interamericano se encuentra la Carta Democrática aprobada en el año 2001, que dispone que uno de los elementos esenciales de la democracia es que el acceso al poder y su ejercicio se haga con sujeción al estado de derecho, y que es necesaria la transparencia de las actividades gubernamentales y la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública; también llama a la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado y al respeto al estado de derecho por parte de todas las entidades y sectores de la sociedad.²

Puede entonces concluirse sin vacilaciones, que la limitación al poder político es un ingrediente principal y necesario de las democracias dentro de las cuales se encuentra matriculada la República de Colombia.

Aproximación de las competencias administrativas al Estado de Derecho

El concepto de estado de derecho es un modelo cuya principal característica es la limitación del poder estatal mediante el uso del derecho, hasta el punto de que puede sostenerse que su paradigma es el imperio de la ley.

Allí descansa el principio de la legalidad de la administración, según el cual su actuación se circunscribe a lo establecido por la ley, y para asegurar su obediencia, se encuentran establecidos los controles judiciales.

El estado de derecho es una manifestación concreta que comporta el reconocimiento de la supremacía firme e indefinida de la Constitución, que viene a significar que tanto gobernantes como gobernados están sometidos a la ley, claro está, con variantes en su aplicación, ya sea que se trate de las autoridades públicas o de los particulares.

Para las autoridades se predica que solamente podrán hacer lo que autorice la ley, no pueden dejar de hacer lo que ésta les ordene y no pueden ir más allá de los límites que ella misma les fije; para los particulares, la regla es distinta, pues pueden hacer todo lo que la ley expresamente no les prohíba.³

2 Artículos 3 y 4.

3 Velásquez Turbay Camilo. Derecho Constitucional. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2001.

El profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa explica que el estado de derecho es el punto de partida y determinante formal y sustancial de la totalidad de la actividad y función administrativa del Estado y, por lo tanto, se consolida como el referente del régimen jurídico aplicable para el ejercicio de dicha función, del cual se pueden vislumbrar algunos principios como el de legalidad, prevalencia del interés general, responsabilidad, prevalencia y respeto de los derechos fundamentales, división de poderes y control de la actividad pública.⁴

No obstante, el estado de derecho de corte liberal tiene un ámbito de actuación que se restringe a salvaguardar la propiedad privada y a garantizar los derechos y libertades fundamentales.

Como complemento, en algunas constituciones como la colombiana de 1991, se ha hecho tránsito al estado social de derecho, en el que el Estado asume un papel más activo, particularmente en la economía y la sociedad, en aras del logro de la igualdad de los ciudadanos.

Autores como Abendroth afirman que el carácter social del Estado está íntimamente vinculado a la idea de democracia social y económica, hasta el punto que serán los órganos del Estado en los que se encuentra representada la voluntad popular, los que tienen a su cargo dirigir el orden económico y social.⁵

Así las cosas, ya sea que se trate de un estado de derecho liberal o de un estado social de derecho, las competencias administrativas cumplen un papel central, comoquiera que constituyen una medida dirigida a limitar en la praxis el poder político que la administración pública detenta en virtud de la Constitución y la ley.

El concepto de competencia

Responde a las siguientes preguntas: ¿Qué puede hacer un órgano del Estado? o ¿Qué puede hacer el titular de ese órgano?⁶

Roberto Dromi considera que la competencia es *“la esfera de atribuciones de los entes y órganos determinada por el ordenamiento jurídico positivo.*

4 Santofimio Gamboa Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo – Introducción. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2003.

5 Abendroth; Fostohff Doering. El Estado Social. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1986.

6 Ibidem

Es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente.”

Explica el autor que *“El concepto de competencia, propio del Derecho público, es análogo pero no idéntico al de capacidad, propio del Derecho privado. Mientras que en el Derecho privado la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, en el Derecho público la competencia es la excepción y la incompetencia la norma”*⁷

Jesús González Pérez sostiene que la competencia es la facultad irrenunciable de emanar actos jurídicos, atribuida por una norma jurídica aplicable a la administración y a los órganos de cualquier poder público.⁸

El tratadista Libardo Rodríguez la define como *“la facultad o poder jurídico que tiene una autoridad para ejercer determinada función”*

Para el Consejo de Estado de Colombia, la competencia es un elemento subjetivo del acto administrativo que constituye un presupuesto indispensable para su conformación, que se traduce en la potestad, aptitud, habilidad, capacidad e idoneidad, que tiene un sujeto legalmente hábil, en este caso, una autoridad administrativa, para emitirlo.⁹

Se han identificado como factores que determinan la competencia: la materia, el territorio, el tiempo y la jerarquía.¹⁰

El factor material, también conocido como *“ratione materiae”*, se refiere a las tareas que legalmente puede desempeñar el órgano, según el carácter de la actividad encomendada por el ordenamiento jurídico para el logro de los fines del Estado.

El factor territorial, o *“ratione loci”*, es el ámbito espacial al que se circunscribe el ejercicio legítimo de la función.

El factor temporal, *“ratione temporis”*, es atinente al plazo u oportunidad para que la competencia sea ejercida, valga decir, es el ámbito temporal en que es legítimo el ejercicio de la función.

El factor jerárquico, o por el grado, obedece a la posición que ocupa el órgano dentro de la estructura jerárquica de organización estatal e implica que el inferior en grado está subordinado al superior.

7 Dromi Roberto. Derecho Administrativo. Hispania libros. Buenos Aires 2009

8 González Pérez Jesús. Procedimiento Administrativo común . Tomo I. Thomson Civitas 2003.

9 Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 28 de mayo de 1998. Expediente 10507.

10 Sobre los factores o clases de competencia, véase Dromi Roberto y Rodríguez Libardo, op.cit.

El caso colombiano

Generalidades

La Constitución de 1991 tiene tres artículos de la mayor trascendencia para el tema objeto de esta presentación. Son ellos el 6, el 121 y el 122, que a la letra disponen:

“ARTICULO 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

ARTICULO 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

ARTÍCULO 122, inciso primero. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.”

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, el estado de derecho prescribe como garantía suprema de la libertad de los ciudadanos frente al poder del Estado, que aquellos pueden hacer todo lo que la Constitución y la ley no le prohíben, en tanto que el Estado puede hacer, única y exclusivamente, lo que el ordenamiento expresa y claramente le permite.

De allí que las normas que asignan competencias a las autoridades públicas deben estar claramente determinadas y no son susceptibles de interpretarse en forma analógica o extensiva.¹¹

Se llama la atención, no obstante, que las competencias pueden ser regladas o discrecionales. Si la ley indica con exactitud las previsiones que el funcionario o autoridad debe tomar en una situación concreta, la competencia es reglada; pero si tan sólo se traza un derrotero general, dejando un margen para actuar, la competencia es discrecional.¹²

Para la Corte Constitucional, en el estado de derecho se parte de la base de que quien gobierna es la ley y no los hombres, y que todos los órganos del Estado, así como el gobernante, deben estar sometidos al derecho. Entonces, es la Constitución Política la que establece y determina la aptitud

11 Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 19 de noviembre del 2009. Expediente 2003-00453

12 Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 22 de junio de 1994. Expediente C 239

de un órgano estatal para ejercer unas específicas, concretas y delimitadas atribuciones y competencias, que por demás deben ser preexistentes.

La exigencia de que en un estado de derecho las competencias tengan que ser expresas, se fundamenta en la necesidad de establecer reglas de juego claras entre las autoridades y los gobernados, con el fin de salvaguardar y proteger las libertades y demás derechos y bienes de las personas, con miras a evitar la arbitrariedad de los gobernantes y de los órganos estatales.

Ha dicho la Corte Constitucional que *“en un Estado de Derecho no pueden existir competencias implícitas, por analogía o por extensión, porque ello permitiría que la autoridad pública se atribuya competencias según su voluntad y capricho, trazándose los límites de su propia actividad, invadiendo la órbita de actuación de las otras autoridades, abusando del poder y cercenando los derechos y libertades públicas”*.¹³

El hecho de que por principio en Colombia las competencias deban ser expresas, no significa que siempre exista absoluta claridad sobre el órgano o autoridad titular de la competencia para un caso concreto, pues suele suceder que las normas que las asignan, o no son absolutamente claras o contienen elementos de confusión, lo que hace que varias autoridades se sientan en un momento determinado y para un evento dado, depositarias de las atribuciones necesarias para resolver un asunto, sin que ello signifique un esquema de funciones implícitas, sino una falta de precisión en la formulación de competencias expresas.

Por otra parte, para garantizar el adecuado ejercicio de las competencias, el artículo 29 de la Carta Política de 1991 consagra el debido proceso, que no solamente se aplica en el ámbito judicial sino también en el administrativo. Dice el artículo constitucional: *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.”*

El anterior Código de lo Contencioso Administrativo, que es el cuerpo normativo que regulaba los procedimientos administrativos en Colombia, por ser un decreto expedido en 1984, es decir antes de la Constitución adoptada en el año 1991, no tenía explícitamente enunciado el principio del debido proceso, como sí ocurre con la ley 1437 de 2011 *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*.

En la nueva codificación, el artículo 3 establece que en virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán

13 Corte Constitucional. Sentencia C- 319 de 2007.

de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley.

No obstante, el decreto 01 de 1984 en su artículo 84 establecía como causal de nulidad de los actos administrativos, la expedición “*por funcionarios u organismos incompetentes*”. Igual causal la contempla el artículo 137 de la ley 1437 de 2011, cuando dispone que se podrá solicitar la nulidad de los actos administrativos expedidos sin competencia.

Debe aclararse que según la jurisprudencia del Consejo de Estado, la competencia constituye un requisito de validez de los actos administrativos más no comporta una condición para su existencia, a tal punto que, a pesar de haber sido expedido un acto por quien carecía de la facultad legal de decidir ese asunto, tal acto se conserva intacto e incólume, salvo revocatoria por parte de la Administración o declaratoria judicial de su nulidad.¹⁴

En algún momento de nuestra evolución doctrinaria y jurisprudencial, se sostuvo que la denominada “*violación grosera*” de la competencia daba lugar a la inexistencia del acto administrativo, como por ejemplo cuando una autoridad administrativa, sin autorización constitucional o legal, cumplía atribuciones propias de otras ramas del poder público. En estos casos realmente el juez no podía declarar mediante sentencia la inexistencia del acto, por cuanto ello comportaba una contradicción lógica (no se puede declarar algo sobre lo que no es, ni ha sido), sino que se limitaba a rechazar su demanda, aduciendo que lo hacía precisamente por que no había acto sobre el cual pronunciarse.

Es de anotar, como lo sostiene, entre otros, el autor Santofimio Gamboa, que en la actualidad en el derecho positivo colombiano no se hacen graduaciones respecto de los efectos de la incompetencia, ya que toda irregularidad en esta materia produce como único efecto la nulidad del acto. Es decir, en términos de competencia, no se distinguen causales de nulidad relativa o absoluta, como si se hace, por ejemplo en el derecho argentino, ni se distingue en sentido estricto entre causales de nulidad o de inexistencia

Bajo estos presupuestos, vale la pena observar que en Colombia la anulación del acto por vicios en la competencia, que es el tema especial que ocupa este análisis, corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, tal como se desprende, inicialmente, del artículo 237 de la Constitución al señalar que corresponde al Consejo de Estado desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, y posteriormente de las normas procesales relacionadas con la jurisdicción

14 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 17 de marzo de 2010. Expediente 16452

Contenciosa Administrativa, que según el artículo 83 del decreto 01 de 1984 “ *juzga los actos administrativos*”, fórmula que se repite en el artículo 104 de la ley 1437 de 2011 al decir que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para conocer de las controversias y litigios originados en actos sujetos al derecho administrativo.

De lo expuesto se concluye que la solución de los conflictos de competencias administrativas constituye, no sólo una institución en garantía de los derechos de los ciudadanos, sino una exigencia para evitar que los actos expedidos por servidores públicos carentes de la debida competencia, surjan de manera irregular a la vida jurídica, con un vicio de nulidad que hará que el juez competente deba excluirlos de la vida jurídica.

Evolución jurídica de la solución de los conflictos de competencias administrativas

La evolución de las normas que regulan la manera en que se resuelven los conflictos de competencia en Colombia, se puede sintetizar así:

La ley 147 de 1888 encomendaba a la Corte de Suprema de Justicia la atribución de resolver las cuestiones que se suscitaban entre dos o más departamentos sobre competencias administrativas, propiedades o cualquier otro asunto contencioso.

La ley 130 de 1913 asignó al Tribunal Supremo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las siguientes funciones:

- Conocer en única instancia de las cuestiones entre el Estado y uno o más departamentos o municipios sobre competencias administrativas.
- Conocer en única instancia de las cuestiones que se susciten entre dos o más departamentos sobre competencias.

Cuando se trataba de conflictos entre dos o más municipios o entre un departamento, intendencia o comisaría y un municipio, le correspondía resolver al Tribunal Administrativo Seccional de la respectiva jurisdicción.

Para el caso de conflictos entre municipios localizados en diferentes departamentos, intendencias o comisarías, debía resolver a prevención el Tribunal Seccional que tuviera jurisdicción sobre cualquiera de ellos.

El procedimiento ante el Tribunal Supremo en esencia consistía en que una vez remitido el asunto a la Corporación, se efectuaba el reparto y el magistrado sustanciador señalaba fecha y hora para audiencia, en la que intervenía el Procurador General de la Nación en representación de

la Nación y voceros especiales en representación de los departamentos; en el desarrollo de la audiencia se presentaban alegatos escritos y pasados tres días, el magistrado estaba obligado a presentar el proyecto de sentencia en la que se resolvía el asunto.

La ley 167 de 1941 asignaba al Consejo de Estado en su condición de Tribunal Supremo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la función de conocer privativamente y en única instancia de las cuestiones sobre competencias administrativas que se suscitaban entre el Estado y uno o más departamentos o municipios, o entre dos o más departamentos, o entre un departamento y una intendencia o comisaría. Se trataba, como sucedía en la legislación precedente, de un procedimiento de naturaleza judicial que culminaba con una sentencia.

El decreto ley 58 de 1964 encomendó a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el conocimiento de los conflictos de competencias administrativas entre la Nación y uno o más departamentos o municipios o entre dos o más departamentos o entre un departamento y una intendencia o comisaría, o entre cualquiera de las entidades mencionadas y un establecimiento público, o entre dos o más establecimientos públicos o empresas públicas. Es decir, al atribuir a la sala de Consulta la facultad para dirimir los conflictos de competencia, el trámite dejó de ser de carácter judicial y adquirió naturaleza administrativa.

Posteriormente, el decreto 01 de 1984, artículo 88, nuevamente estableció que la definición de competencias debía tramitarse como una acción judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través de la cual se podía pedir la suspensión o la anulación de actos, tanto de trámite como definitivos, y cuya finalidad consistía en definir cuál era la autoridad a la que correspondía la decisión, y el alcance de su competencia.

Lo anterior significa que la atribución para resolver los conflictos de competencia administrativas, para los casos que correspondían al Consejo de Estado, se asignó a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en lugar de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

El decreto 2304 de 1989 siguió refiriéndose a la definición de competencias como una acción que debía ser resuelta por la Sala Plena del Consejo de Estado.

El procedimiento previsto exigía que la entidad u órgano que se declaraba incompetente o aquellos que se consideraban competentes debían remitir la actuación al tribunal correspondiente o al Consejo de Estado; una vez repartido el asunto, se disponía el traslado a las partes por el término

común de 3 días para la presentación de alegatos; vencido el cual, comenzaba a correr otro de 10 días para que la Sala Plena Contenciosa o el tribunal correspondiente dictará la correspondiente sentencia resolviendo el conflicto y determinando la autoridad competente para conocer del asunto objeto de debate.

Nótese que a diferencia de la redacción del decreto 01 de 1984, mediante el procedimiento de definición de competencias ya no se podía solicitar ni decretar la suspensión o anulación de los actos.

La ley 954 de 2005, al modificar el artículo 33 del Código de lo Contencioso Administrativo, establece que los conflictos de competencias administrativas se resolverán por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de oficio, o por solicitud de la persona interesada.

En el caso de conflictos de competencia negativos, es decir cuando dos entidades consideran que carecen de competencia, el procedimiento es el que sigue: la entidad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si ésta también se declara incompetente remitirá la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Ahora bien, si dos entidades administrativas se consideran competentes para conocer y definir un determinado asunto, remitirán la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

En ambos eventos, recibida la actuación en la Secretaría de la Sala, se fijará por tres días hábiles comunes en lista con el fin de que los representantes de las entidades en conflicto y las personas que tuvieren interés en el asunto puedan presentar sus alegatos o consideraciones. Vencido el anterior término, la Sala decidirá dentro de los veinte (20) días siguientes.

Se destaca que con esta regulación se deja de lado la connotación de acción y de procedimiento jurisdiccional, y se convierte en un asunto típicamente administrativo que ya no será de conocimiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo sino de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Es de anotar que según los postulados de la ley 954 de 2005, el Consejo de Estado a través de la sala de Consulta y Servicio Civil, conoce de los conflictos de competencia que se presentan entre autoridades de carácter nacional o entre autoridades territoriales perteneciente a distintas jurisdicción, pues cuando se trata de estructuras administrativas que pertenecen a una misma jurisdicción territorial, el competente es el respectivo tribunal administrativo, sin que por ello pierda el carácter de procedimiento administrativo.

Rasgos principales de la definición de competencias administrativas

De conformidad con los diferentes pronunciamientos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, los siguientes son los rasgos principales de la institución jurídica en Colombia:

- Es una actuación administrativa que por su naturaleza no se tramita mediante un procedimiento judicial.
- No obedece a la función consultiva de la Sala, pues lo que en materia de definición de conflictos se decida tiene efectos vinculantes, sin perjuicio del control de legalidad del acto, que con posterioridad se pueda ejercer en sede jurisdiccional.¹⁵
- El conflicto a ser resuelto por la Sala de Consulta puede ser incluso de aquellos que surgen entre las entidades públicas y los particulares que para el caso concreto ejerzan función administrativa.
- El conflicto debe presentarse entre diferentes entidades, lo que excluye de decisión por parte del Consejo de Estado los que ocurran dentro de una misma entidad, caso en el cual se resolverán en su interior.¹⁶
- Si se trata de dos organismos o entidades que integran el mismo sector administrativo, resolverá el ministro o director de departamento administrativo correspondiente.¹⁷
- Es indispensable que las entidades se hayan manifestado expresamente respecto de su competencia o incompetencia para iniciar una actuación administrativa.¹⁸
- La definición de competencias es anterior a la conclusión de la actuación administrativa, lo que quiere decir que se produce durante el trámite, puesto que una vez expedido el acto administrativo definitivo, lo procedente es acusar su ilegalidad, pues cómo se observó anteriormente, la falta de competencia es una de las causales de nulidad del acto administrativo.¹⁹
- No es posible plantear un conflicto de competencias cuando ya ha habido un pronunciamiento judicial acerca de la legalidad del acto administrativo.²⁰

15 Ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión del 6 de noviembre de 2008 expediente 2008-00064.

16 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión 2006 – 00300.

17 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión 2008-00015.

18 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión 2010-00050.

19 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión 2008-00072.

20 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos 2004-01489 y 2007-00030.

- Los tribunales administrativos, dentro del territorio de su jurisdicción, tendrán a su cargo la definición de competencias administrativas entre entidades públicas del orden departamental, distrital o municipal o entre cualquiera de ellas.²¹

La Ley 1437 de 2011

Esta disposición contiene el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que comenzó a regir el 2 de julio del 2012.

El artículo 39 de la ley regula lo atinente a los conflictos de competencia administrativa, en los siguientes términos:

“Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional o al Tribunal Administrativo correspondiente en relación con autoridades del orden departamental, distrital o municipal. En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales, o autoridades territoriales de distintos departamentos, conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

De igual manera se procederá cuando dos autoridades administrativas se consideren competentes para conocer y definir un asunto determinado.

En los dos eventos descritos se observará el siguiente procedimiento: recibida la actuación en Secretaría se comunicará por el medio más eficaz a las autoridades involucradas y a los particulares interesados y se fijará un edicto por el término de cinco (5) días, plazo en el que estas podrán presentar alegatos o consideraciones. Vencido el anterior término, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado o el tribunal, según el caso, decidirá dentro de los veinte (20) días siguientes. Contra esta decisión no procederá recurso alguno.

Mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 se suspenderán.”

Este artículo conserva la esencia del artículo 33 del Código de lo Contencioso Administrativo anterior, en la medida de que a pesar de que los conflictos son resueltos por el Consejo de Estado, las decisiones al respecto

²¹ Ley 446 de 1998, artículo 39 numeral 3. Ver decisión del la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, expediente 2010-00010.

no son jurisdiccionales sino administrativas, continuando con la tendencia marcada por la ley 954 de 2005.

Al igual que la codificación anterior, la ley 1437 permite que los conflictos de competencia administrativa tanto negativos como positivos sean provocados de oficio o por solicitud de persona interesada.

No obstante, la ley 1437 incorpora en un solo artículo, la facultad de los tribunales administrativos para conocer de los conflictos relacionados con autoridades del orden departamental, distrital o municipal, y precisa que en caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales, o autoridades territoriales de distintos departamentos, su conocimiento corresponderá a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Respecto al trámite, la ley 1437 introdujo las siguientes modificaciones:

- Recibida la actuación remitida por la autoridad, se comunicará por el medio más eficaz a las autoridades involucradas y a los particulares interesados.
- Para presentar alegatos y consideraciones, se habilita el término de fijación del edicto que es de 5 días.
- Se aclara que contra la decisión del conflicto no procede recurso alguno.
- Finalmente, se establece que el término que tiene la administración para resolver las distintas modalidades de petición se suspende mientras el respectivo conflicto se decide.

Si bien el artículo 39 del nuevo Código dispone que mientras se soluciona el conflicto se suspenderán los términos indicados en el artículo 14 *ibidem* para resolver las distintas modalidades de peticiones, la verdad es que la nueva codificación guarda silencio respecto de las actuaciones administrativas iniciadas de oficio o en desarrollo de un procedimiento administrativo sancionatorio.

En especial respecto al segundo evento, habría que preguntarse qué sucede cuando la autoridad que inicia un procedimiento de investigación con el propósito eventual de imponer una sanción administrativa, se ve involucrada en un conflicto de competencia, bien porque la persona interesada lo provoque o la misma autoridad lo haga. Será que podrá continuar con el desarrollo de su trámite, o deberá suspender el mismo hasta que se decida el conflicto. Se trata de un inconveniente silencio que la propia doctrina de la Sala de Consulta deberá tratar de resolver para evitar confusiones futuras.

REVOCATORIA DIRECTA DEL ACTO
ADMINISTRATIVO

Carlos Alberto Zambrano Barrera
Magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado

Varias son las formas como un acto administrativo puede desaparecer de la vida jurídica, una de ellas es a través de la figura de la revocatoria directa, que le permite a la administración misma dejar sin efecto su propia manifestación de voluntad, por las causales y conforme al trámite consagrados al efecto en la ley.

El anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) regulaba el tema en el título V de su parte primera, esto es, a partir de su artículo 69 y hasta el 74, inclusive, indicando: las causales de revocación (artículo 69), cuándo era improcedente aplicar esta figura (artículo 70), la oportunidad o momento en que podía tener lugar (artículo 71), los efectos de la solicitud de revocatoria y de la decisión (artículo 72), las condiciones o requisitos para revocar (artículo 73) y, por último, el procedimiento a seguir para ello (artículo 74).

Por su parte el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), regula la materia en el capítulo noveno, del título III de su parte primera, es decir, a partir del artículo 93 y hasta el 97, inclusive, en los cuales se señalan las causales de revocación (artículo 93), cuándo es improcedente su aplicación (artículo 94), la oportunidad o momento en que puede tener lugar (artículo 95), los efectos de la solicitud de revocatoria y de la decisión (artículo 96) y, finalmente, las condiciones o requisitos para que se produzca la revocatoria (artículo 97).

Así las cosas, pareciera no existir mayor diferencia entre la regulación del Decreto 01 de 1984 y la de la Ley 1437 de 2011, y a fe que en buena parte aquélla se mantiene; no obstante, al adentrarse en la lectura de la nueva codificación, varios son los cambios que se detectan y que fueron introducidos en ésta en procura de modernizar y facilitar aún más la aplicación de esa institución jurídica.

Por consiguiente, resulta necesario revisar la forma como la figura de la revocatoria directa de los actos administrativos quedó regulada en la nueva legislación, pero haciendo un paralelo con la anterior, para así precisar lo que se mantiene y advertir los cambios introducidos.

Precisiones preliminares

Sea lo primero advertir que tan son susceptibles de revocatoria los actos administrativos de carácter particular, individual y concreto, como lo son los de carácter general, impersonal y abstracto¹, solo que, en relación con estos últimos, resulta más atinado hablar de derogatoria, que es el fenómeno que se produce cuando una norma posterior deja sin efecto, total o parcialmente, otra anterior, bien sea en forma expresa o ya de manera tácita.

La diferencia estriba en que la derogatoria de un acto de carácter general, impersonal y abstracto puede producirse en cualquier momento, con la simple expedición de otro acto que se limite a dejarlo sin efecto o que modifique su contenido o lo reemplace en su totalidad, sin que para ello se requiera nada más que la voluntad de la administración, al paso que la extinción y la modificación del acto particular, individual y concreto requieren, en cambio, del consentimiento del particular en cuyo favor fue expedido, por cuanto tal medida afecta o puede afectar los derechos de este último, los cuales deben serle adecuadamente protegidos, por lo mismo que, por mandato constitucional, deben protegerse los derechos adquiridos (artículo 58 de la Constitución Política) y respetarse siempre, esto es, en “toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, el derecho al debido proceso y sus connaturales derechos de audiencia y de defensa (artículo 29, *ibídem*).

Igualmente, la revocatoria directa debe diferenciarse de la anulación del acto², pues si bien las dos figuras tienen consecuencias idénticas, en la medida en que en ambos casos aquél desaparece de la vida jurídica, la primera la produce la propia administración y la segunda se produce en sede judicial.

1 Al respecto, ver: RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo: *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Octava edición. Bogotá, D.C. Editorial Temis, 1995, pág. 228.

2 *Ibídem*, pág. 227.

Funcionario competente

Según el viejo Código Contencioso Administrativo (art. 69), quienes están facultados para revocar un acto administrativo son el mismo funcionario que lo produjo y su superior inmediato; a su vez, la Ley 1437 de 2011 (artículo 93) dispone que quienes pueden hacerlo son la misma autoridad que lo expidió y “sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales”.

Si bien la redacción de las dos disposiciones se presenta en forma diferente, lo cual podría sugerir un cambio total al respecto, lo cierto es que no hay en ello tantos cambios como parece y que, por lo mismo, la situación se mantiene igual en lo básico.

En efecto, en primer lugar y conforme al artículo 2° de la Ley 1437, el vocablo “autoridad” se aplica a “todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas”; pero, ocurre que, según el artículo 1° del anterior Código Contencioso Administrativo, el mismo vocablo se aplicaba “a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público, a la Contraloría General de la República y contralorías regionales, a la Corte Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como a las entidades privadas, cuando unos y otros cumplan funciones administrativas”.

Pues bien, si se mira con cuidado el asunto, lo que se encuentra sin mucha dificultad es, sin duda, que cada uno de los órganos, corporaciones, dependencias y entidades descentralizadas a que alude la última de las normas citadas forma parte de alguna de “las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores o niveles”, o son “órganos autónomos e independientes del Estado”, o se trata de particulares que cumplen funciones administrativas, para utilizar la misma terminología empleada por la primera de tales normas.

Así, la novedad en este aspecto consiste en que la nueva norma (el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) no hace una relación tan detallada de quienes se consideran autoridades, como la que hacía la norma anterior (el Código Contencioso Administrativo), lo cual resulta perfectamente válido y sano o saludable si se tiene en cuenta que, hoy por hoy, no resulta extraña la eventual aparición o surgimiento de nuevas clases de órganos, corporaciones y entidades estatales

que, por no encajar con precisión en alguna de las categorías contenidas en dicha relación, bien podrían quedar por fuera de la misma y, por ende, generar duda acerca de su condición de autoridades, inconveniente que queda zanjado, tal parece que por completo, con la mención menos detallada y más genérica que al respecto trae la Ley 1437 de 2011.

Donde sí se evidencia un cambio sustancial es en que, en el Código anterior, la facultad de revocatoria por el superior de quien había emitido el acto siempre se entendió referida al superior jerárquico, esto es, a quien en el mismo órgano o entidad era el jefe del autor del acto a revocar, pues tal fue el sentido que se dio tradicionalmente a la expresión “sus inmediatos superiores”, motivo por el cual, por ejemplo, los ministros no podían revocar los actos de los directores, presidentes o gerentes de las entidades descentralizadas respecto de quienes aquéllos eran y siguen siendo superiores funcionales, mas no superiores jerárquicos.

La nueva disposición, que faculta también al superior funcional para revocar los actos del inferior, a no dudarlo puede contribuir a solucionar más que todo problemas de políticas administrativas, pero también puede contribuir en ocasiones a evitar pleitos judiciales, pues en no pocas oportunidades los superiores funcionales establecen pautas determinadas para el funcionamiento de la administración que, a la postre, se ven truncadas o, cuando menos, obstaculizadas con decisiones contrarias a ellas, adoptadas por quienes en las entidades ejecutoras de esas políticas tienen la responsabilidad de poner en marcha los derroteros trazados por los encargados de fijarlas, situación ante la cual solamente se contaba con las opciones de: (i) remover al inferior para designar en su lugar a otra persona que se aviniera a cumplir los dictados del superior funcional o (ii) demandar los actos contrarios a las decisiones de este último, para ajustar la normatividad a tales dictados.

Como se sabe, la primera de las dos opciones acabadas de mencionar podía terminar no siendo efectiva, en la medida en que, de no contarse con la aquiescencia del beneficiario del acto, éste debería continuar vigente aún ante la remoción de su autor y la segunda, a su vez, podría producir sus efectos en forma tardía, dada la demora con que podría producirse la decisión de anularlo, la cual, por lo demás, hasta podría no llegar, de no prosperar la demanda.

El artículo 93 de la Ley 1437 de 2011 da otra opción al superior funcional (ya no sólo al jerárquico), consistente en revisar si se configura alguna de las causales de revocatoria directa, para poner así fin a los efectos del acto, lo cual podría proporcionar una mayor agilidad en la corrección

del rumbo, pues se evitaría así, si el beneficiario de aquél lo facilita con su consentimiento, tener que adelantar el respectivo proceso judicial de anulación que, en todo caso, será necesario tramitar cuando dicho beneficiario se oponga a que la revocatoria tenga lugar.

Pero más que lo anterior, el real beneficiado con la nueva norma es el administrado afectado con el acto de cuya revocatoria se trate, pues bien se sabe que es muy remota la posibilidad de que quien lo ha producido acceda a reconocer sus propios errores o los errores o defectos de su decisión y, por lo mismo, lo más probable es que, en sus manos, ésta se mantenga, circunstancia que puede resultar diferente al entrar el superior funcional a estudiar, de manera objetiva e imparcial, la solicitud de revocatoria del acto, lo cual es una ventaja plausible para la garantía de los derechos del administrado.

Si bien podría argumentarse que esa objetividad y esa imparcialidad existen cuando la solicitud de revocatoria directa se formula ante el superior jerárquico de quien profirió el acto, lo cierto es que -en tal caso- ellas no existen o son mucho menores, por lo anotado al comienzo del párrafo que antecede, que cuando se da la posibilidad, como ahora, de acudir al superior funcional.

A lo anterior se suma que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo obliga a todas las autoridades, entendidas éstas en el sentido antes visto, a tener en cuenta el fenómeno de la extensión de la jurisprudencia de unificación, según dispone el artículo 102 de dicho Código, con lo cual la utilidad y los beneficios del cambio tal vez se verán reflejados en mayor medida en temas relacionados con la negativa o el errado reconocimiento de ciertas prestaciones o beneficios como la pensión de jubilación, que hoy por hoy resultan ser fuente de muchos litigios judiciales de larga duración.

Origen de la actuación para la revocatoria

La revocatoria del acto administrativo bien puede tener origen en una actuación oficiosa de la administración como en la iniciativa, es decir, en una solicitud del afectado con la decisión a revocar; en efecto, el viejo Código Contencioso Administrativo y el nuevo Código de Procedimiento Administrativo así lo disponen en sus artículos 69 y 93, respectivamente, cuya redacción en este punto, por lo demás, es idéntica: “Los actos administrativos deberán ser revocados ...de oficio o a solicitud de parte ...”.

Sobre el particular, valga decir que nada obsta para que, si la administración encuentra que alguno de sus actos debe ser revocado por darse

—a su juicio— alguna de las causales consagradas para ello en la ley, proceda a adelantar por su propia iniciativa los trámites encaminados al logro de tal propósito, pues es bien sabido que nadie está obligado a perseverar en su error y que las decisiones no ajustadas a derecho no tienen por qué atar de manera indefectible a quienes las han producido e, igual, nada debe impedir que el afectado con una decisión errada de la administración pida, bajo ciertas condiciones, que ella sea retirada de la vida jurídica y que así se haga en efecto, siempre que se dé también alguna de aquellas causales.

Respecto a esto último, no sobra advertir que la decisión que se adopte en torno a la solicitud de revocatoria directa de un acto administrativo carece de recursos, por así disponerlo el artículo 95 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Causales de revocatoria directa

En este punto no hay variación alguna, pues el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo conserva idénticas las causales del Código Contencioso Administrativo, de suerte que, ahora como antes, los actos administrativos son revocables en cualquiera de los siguientes casos: (i) “cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley”, (ii) “cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él” y (iii) “cuando con ellos se cause un agravio injustificado a una persona”.

En cuanto a la primera de estas causales, vale la pena resaltar que tiene que ver con la ilegalidad del acto³ y que la administración, cuando encuentra que éste es contrario a la Constitución o a la ley, lo que hace es retirarlo de la vida jurídica, dejarlo sin efecto mediante el mecanismo de la revocatoria, mas no declarar su inconstitucionalidad o ilegalidad, pues ello es tarea propia de los jueces, previa demostración ante éstos de la existencia de la violación de las normas superiores.

En relación con esta misma causal (“Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley”), debe ponerse de presente que, como lo indica la norma, no basta cualquier clase de oposición con las normas superiores, sino que debe tratarse de una oposición “manifiesta”, entendida

3 Al respecto, ver: *ibidem*, pág. 228.

por tal la que surge de bulto, en forma evidente, de la simple comparación de textos y sin necesidad de interpretación jurídica alguna.

Por su parte, las otras dos causales hacen relación a la inconveniencia del acto y a su repercusión entre el conglomerado o en relación con una determinada persona.

En efecto, la segunda de las causales que consagra el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se configura cuando el acto no se conforma con el interés público o social o atenta contra el mismo, cosa que normalmente ocurre – dicho sea de paso- ante actos discrecionales de carácter general, no ante actos reglados de orden individual; en cambio, la tercera de aquellas causales se da cuando el acto agravia sin justificación “a una persona”, sea ésta natural o jurídica, pública o privada, cosa que, si bien suele suceder igualmente cuando el acto no es reglado sino discrecional, se presenta más que todo ante actos de carácter individual y concreto.

Valga la pena anotar en este punto que, cuando se está frente a la última causal mencionada, esto es, frente a la que habla del “agravio injustificado a una persona”, es necesario medir la intensidad del mismo, pues es normal que los actos administrativos impongan alguna carga al administrado, lo que podría mirarse como un agravio, pero que sólo se torna injustificado cuando excede los límites de lo razonable o carece de sustento o justificación alguna⁴.

Improcedencia de la revocatoria directa

En este aspecto se detecta uno de los cambios más significativos en la regulación de la figura.

En efecto, el anterior Código Contencioso Administrativo sólo tenía una limitante para solicitar la revocatoria directa de un acto administrativo, cual era que el peticionario de aquélla no hubiera “ejercitado los recursos de la vía gubernativa” (artículo 70), limitante que conserva el artículo 94 de la Ley 1437 en cita, en cuanto éste dispone que “La revocación directa de los actos administrativos a solicitud de parte no procederá ... cuando el peticionario haya interpuesto los recursos de que dichos actos sean susceptibles

4 Ver: ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José: Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Segunda Edición Actualizada. Bogotá, D.C. Legis, 2012, págs. 149 y 150.

...”; pero, es importante tener en cuenta, en todo caso, que esta limitante ahora aplica solamente ante “la causal del numeral 1 del artículo anterior”, de suerte que nada obsta para que se solicite la revocatoria con sustento en alguna de las otras dos causales aunque en tales eventos se hayan interpuesto recursos contra el acto que se pide revocar⁵, situación que, en la práctica, se ve más probable que ocurra cuando el acto cause agravio a una persona que cuando no se avenga al interés público o social o atente contra él.

La razón para que el legislador haya consagrado aquella limitante parece obvia, pues es claro que, cuando el acto se cuestiona por razones de legalidad, el camino acertado para controvertirlo en sede administrativa es el de los recursos; por consiguiente, resultaría excesivo dar al interesado la posibilidad de pedir la revocatoria del acto que ha recurrido previamente por aquel tipo de razones, pues ello implicaría permitirle formular de manera reiterada, aunque en diferentes momentos y con distintos nombre y forma, una misma solicitud de dejar sin efectos el acto. Esta misma razón justificaría haber mantenido la referida limitante al menos para el caso en que el acto “cause un agravio injustificado a una persona”, pues es obvio que, en tal evento, muy seguramente ésta lo recurrirá.

Ahora bien, el nuevo Código introduce una nueva limitante que no tenía el anterior, consistente en que no se puede pedir la revocatoria del acto cuando “...haya operado la caducidad para su control judicial”, regla que: (i) no opera para la revocatoria de oficio, (ii) aplica ante cualquier causal y (iii) resulta tan lógica como que no se pueda acudir a la conciliación en el mismo evento, es decir, “cuando la correspondiente acción haya caducado” (parágrafo 2° del artículo 61 de la Ley 23 de 1991, como fue modificado por el 81 de la ley 446 de 1998).

Además, ningún sentido tiene el permitirle al interesado formular una solicitud de revocatoria directa de un acto de carácter particular —*si fuera de carácter general se hablaría más bien de una derogatoria, según ya se vio-* estando ya caducada la acción, si se tiene en cuenta que, conforme al artículo 62 de la Ley 23 de 1991, en la forma como lo modificó el artículo 71 de la ley 446 de 1998, “Cuando medie acto administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de

5 Ver: *Ibidem*, pág. 93 y GIL BOTERO, Enrique: La revocatoria directa: entre la seguridad jurídica y la necesidad de adaptación del obrar administrativo. En: Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– Memorias. Bogotá, D.C. Publicación del Consejo de Estado, con el apoyo de la Contraloría General de la República y de la Auditoría General de la República, 2011, pág. 226.

las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo⁶, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado”.

Ciertamente, si la conciliación de los efectos económicos de un acto administrativo particular implica su revocatoria y aquélla no puede darse estando caducada la acción respectiva, mal puede pensarse en que, ante esta última situación (caducidad), se pueda llegar al mismo punto (dejar total o parcialmente sin efecto el acto) por otra vía, como la de la solicitud de revocatoria directa, que al fin y al cabo está encaminada al mismo resultado de la desaparición total o parcial del acto, pues, con ello quedaría abierta la puerta para burlar la prohibición atrás mencionada del párrafo 2° del artículo 61 de la Ley 23 de 1991, según la cual –se insiste– no se puede conciliar “cuando la correspondiente acción haya caducado”.

Por otro lado, la consagración de esta nueva limitante a la solicitud de revocatoria directa deja en claro por vía legal lo que en varias ocasiones ha reiterado la jurisprudencia⁷, en el sentido de que tal solicitud no revive el término de caducidad de la acción, ahora por la sencilla razón de que, estando caducada ésta, ya ni siquiera es posible formular petición alguna en ese sentido, con lo cual, en buena hora, se acaba con la manía (que, por lo demás, congestiona innecesariamente a la administración y a la justicia) de pedir la revocatoria del acto por fuera del término con que se contaba para demandarlo y, en caso de ser negada esa petición, acudir ante la jurisdicción para demandar este último pronunciamiento y, por esa vía, intentar burlar la figura de la caducidad, pues el objetivo real de aquel proceder no es otro que lograr la anulación de la decisión inicial ya no demandable por la expiración del plazo establecido para ello, a pesar de lo dispuesto por el citado artículo 72 del Código anterior, norma que en esencia repite el artículo 96 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según el cual “Ni la petición de revocación ni la decisión que sobre ella recaiga revivirá los términos legales para demandar el acto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ni dará lugar a la aplicación del silencio administrativo”.

6 Léase ahora “artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

7 Al respecto, ver sentencia del 26 de julio de 2011, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 16131 (Mag. Ponente dr. Enrique Gil Botero), auto del 6 de mayo de 2010, de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expediente 1975-09 (Mag. Ponente dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez) y sentencia del 24 de mayo de 2007, de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, expediente 15580 (Mag. Ponente dra. Ligia López Díaz).

Oportunidad para solicitarla

Conforme al artículo 95 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, “La revocación directa de los actos administrativos podrá cumplirse aun cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda”.

Esta disposición conserva el sentido del artículo 71 del Código Contencioso Administrativo, según el cual “La revocación directa podrá cumplirse en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos en firme o aun cuando se haya acudido a los tribunales contencioso administrativos, siempre que en este último caso no se haya dictado auto admisorio de la demanda”.

Con todo, al menos tres (3) diferencias se observan en relación con este tema, la primera de las cuales consiste en que no basta con que se dicte el auto admisorio de la demanda para que la administración pierda competencia para revocar el acto demandado, sino que al efecto es necesario que se produzca su notificación, lo cual es apenas obvio, pues, antes de que ésta se surta, la administración no sabe o, al menos, no tiene por qué saber siquiera de la existencia de la demanda y menos de la de tal auto y que, por ende, carece de competencia para proferir el acto revocatorio.

No obstante, bajo la norma anterior se daba la paradoja o el absurdo de que, producida la revocatoria sin que la administración supiera que el acto revocado estaba demandado y que había auto admisorio de la demanda, aquélla quedaba afectada de nulidad por haber perdido competencia para producirla, precisamente por el solo hecho de existir ese auto hasta entonces desconocido⁸, situación que, por fortuna, corrige con acierto la nueva codificación, a cuyo amparo el acto revocatorio así proferido conserva su validez, pues ésta se afecta ahora, como es lo lógico, cuando el acto se produce notificado el auto admisorio, es decir, cuando la administración ya sabe de la existencia del pleito y, por ende, tiene certeza de su pérdida de competencia para la expedición de aquél.

8 Acá cabe recordar que la falta de competencia para la producción del acto es de tal gravedad que hasta la nulidad que ello apareja puede ser decretada de oficio por la jurisdicción. Al respecto, ver sentencia del 11 de mayo de 1999, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 10196 (Mag. Ponente dr. Ricardo Hoyos Duque), reiterada en sentencia del 16 de agosto de 2012, Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 24463 (Mag. Ponente dr. Mauricio Fajardo Gómez).

Otra diferencia estriba en que la nueva disposición elimina las expresiones según las cuales la revocatoria directa de los actos administrativos procedía “en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos en firme”.

La primera expresión (“en cualquier tiempo”) estaba consagrada en el Código Contencioso Administrativo más en aras de la claridad que por cualquier otra cosa, pues es evidente que, si la revocatoria directa podía tener lugar existiendo demanda ante la justicia administrativa, con la única condición de que aquélla no se hubiera admitido (hoy notificado), con mayor razón se podía y se puede revocar el acto si éste ni siquiera ha sido demandado, habida cuenta que, en tal caso, tampoco habría acto admisorio de la demanda, con lo cual quedaría satisfecha la mencionada condición; en todo caso, recuérdese que no es posible para el administrado pedir la revocatoria del acto si ya está caducada la acción respectiva.

Ahora, la segunda expresión (“inclusive en relación con actos en firme”) es de alguna manera redundante, pues es obvio que si el acto no está en firme es porque contra él aún proceden los recursos de la vía gubernativa o éstos se encuentran pendientes de decidir; en cualquiera de los dos casos, sobra contar con la posibilidad de pedir en esos momentos la revocatoria directa, pues lo procedente para entonces es la interposición de aquéllos o, según el caso, esperar que los mismos sean resueltos por la administración.

Así las cosas y por lo que hace a las dos expresiones eliminadas, no ha sucedido nada distinto que simplificar la redacción de la norma, sin alterar su alcance o contenido. Dicho de otro modo, se conserva lo esencial y realmente útil, es decir, la idea de que es posible revocar el acto “aun cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda”, momento a partir del cual la administración queda sin competencia para hacerlo por fuera del proceso.

Ahora, si con miras a que se produzca la revocatoria directa ha mediado solicitud del interesado, aparece un cambio en el querer del legislador, consistente en que la administración ya no cuenta con tres (3) meses para decidir (artículo 1 de la Ley 809 de 2003, que modificó el artículo 71 del ya anterior Código Contencioso Administrativo), sino apenas con dos (2), lo cual implicaría, en principio, que la administración debería actuar con más celeridad para el efecto.

No obstante, surge la inquietud de si la administración puede, vencido ese plazo de dos meses, pronunciarse en torno a la solicitud de revocatoria entonces pendiente de decidir, ante lo cual una lectura rápida de la norma sugeriría que no; sin embargo, no pareciera ser lógico impedirle a la administración pronunciarse por fuera de dicho término, máxime que, según el

artículo 96 del nuevo estatuto de procedimiento administrativo, tal solicitud no da lugar a la aplicación del silencio administrativo.

Además, ningún sentido tendría que, de no mediar solicitud de revocatoria, la limitante fuera la ausencia de notificación del auto admisorio de la demanda, el cual, de haberse demandado, podría proferirse con posterioridad al vencimiento de aquel plazo de dos meses y que, en caso de existir tal petición, éste fuera diferente.

Tal vez el señalamiento del término de dos meses para decidir lo que pretende es proteger al administrado de la eventual desidia o morosidad de la administración para pronunciarse sobre las peticiones de los particulares, pero es claro que, si de ser garantistas se trata, resulta mucho más conveniente para aquél permitir que en algún momento, así sea tarde, se dé alguna respuesta a su solicitud, pues de esa manera se privilegia el derecho fundamental de petición.

Acorde con lo acabado de expresar, nótese que el artículo 95 del Código nuevo permite que la administración, admitida la demanda y en cualquier estado del proceso, “hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público” (se resalta), formule “oferta de revocatoria de los actos administrativos impugnados previa aprobación del Comité de Conciliación de la entidad”.

Acá cabría preguntarse, entonces, si existiendo una solicitud al respecto, no resuelta y anterior al proceso, habría que formular necesariamente una nueva dentro de éste para que, en el curso del mismo, se pudiera dar aquella oferta por iniciativa del administrado, ante lo cual la respuesta negativa salta a la vista, pues ningún sentido tiene someter al interesado al imperativo de tener que formular dos veces la misma petición para que finalmente le sea resuelta, si bien sí sería necesario informar al juez acerca de la existencia previa de ésta, lo cual podría darse, por qué no, bajo la forma de una simple reiteración de la misma.

Ahora bien, si no hay demanda, es obvio que no podrá darse la figura de la oferta de revocatoria directa, pero también es claro que, como ya se vio, por vía de petición igual puede cumplirse o darse la revocatoria misma mientras no haya caducado la acción contra el acto a revocar, según dispone en forma expresa el artículo 94 de la Ley 1437, eventualidad que —se insiste— podría darse después de vencido el plazo de dos meses de que habla el artículo 95 atrás citado.

En efecto, nada obsta para que, por ejemplo, la solicitud de revocatoria de un acto que produzca un agravio injustificado a una persona se

produzca al día siguiente de quedar éste en firme por no haber sido recurrido, caso en el cual el plazo para demandar vencería al cabo de cuatro (4) meses (artículo 164, numeral 2, literal d del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), al paso que la administración quedaría impedida para decidir transcurridos dos meses, correspondientes al plazo de que trata el segundo inciso del artículo 95 ibídem, no obstante que, conforme al primer inciso de esta misma norma, en caso de demanda “La revocación directa ... podrá cumplirse ... siempre que no se haya notificado auto admisorio ...” de la misma; es decir, en el caso supuesto, si se diera aplicación estricta al segundo inciso de este artículo 95, su primer inciso quedaría sin efecto, ante lo cual cabe recordar que, conforme al principio del efecto útil de la ley, la interpretación que le permita tener consecuencias jurídicas se prefiere a aquella que se lo impida.

Revocatoria de actos de carácter particular y concreto

En el derogado Código Contencioso Administrativo, el artículo 73 establecía una regla general, según la cual, para revocar directamente un acto administrativo que hubiera “creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría”, era indispensable “el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular”.

La misma norma consagraba unos casos de excepción, así: “Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales ..., o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales” y “Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión”.

La nueva norma, esto es, el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011 mantiene la regla, aunque con unas pequeñas variaciones y, en cuanto a las excepciones, remite a lo que al respecto disponga la ley; en efecto, según el inciso primero del artículo citado, “Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, 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 previo, expreso y escrito del respectivo titular”.

La diferencia, en lo que toca a la regla general, es que la norma acabada de transcribir hace referencia al acto aclarando que éste puede ser “expreso o ficto”, aclaración o precisión que no contenía el artículo 73 del anterior Código y que se antoja más de forma que de fondo, en la medida en que, de no haberse hecho, igual habría que entender comprendidas ambas clases de actos, en aplicación del aforismo o principio que enseña que, “donde la ley no distingue, no le es válido al intérprete entrar a distinguir y menos para establecer restricciones”.

En cuanto a la exigencia de que el consentimiento del afectado con la revocatoria del acto sea previo a ésta, debe anotarse que ella resulta conveniente en la medida en que, si bien bajo la vigencia del anterior Código, siempre se entendió que así debía ser, una eventual revocatoria sin la manifestación previa del consentimiento podría generar dudas jurídicas en torno a la efectividad de la medida, que valía la pena disipar desde ya, para así evitar innecesarios pleitos judiciales sobre el particular; no obstante, queda la duda de si, producida la revocatoria, la aceptación posterior de la misma por parte del administrado, que es en últimas quien se perjudica o se beneficia con ella, no la convalida.

En realidad, no se ve la razón de ser de una respuesta negativa a la inquietud planteada; sin embargo, así como en otras materias se exige al administrado no generar hechos cumplidos para sacar provecho de la administración, tampoco se ve por qué no imponer la misma regla de conducta a esta última.

Ahora, si bien la nueva codificación, esto es, la Ley 1437 de 2011 no ordena cancelar las escrituras corridas para hacer valer el silencio administrativo, es obvio que ello debe hacerse, en aras de la claridad y para seguridad de la propia administración, pues no sería lógico que, revocado el acto, con el consentimiento del interesado, se mantuvieran vigentes las escrituras mediante las cuales este último podría invocar en su favor el acto ficto que de ellas se deriva.

El nuevo Código tampoco dice nada en torno a la orden de iniciar acciones penales y disciplinarias, revocado el acto administrativo presunto, de carácter individual y concreto, obtenido mediante silencio administrativo positivo, tema al cual se refería el artículo 74 del derogado Código Contencioso Administrativo; no obstante, se trata de una norma que era innecesario reproducir, pues tanto la legislación penal (artículo 25 del Código Penal) como la disciplinaria (artículo 34, numeral 24, de la ley 734 de 2002) obligan a toda persona, en general, y a los servidores públicos, en particular, a poner en conocimiento de las autoridades competentes la posible comisión de conductas constitutivas de delito o de falta disciplinaria, razón por la cual otra norma en el mismo sentido salía sobrando.

Ahora, es apenas obvio que se dé el caso en que el beneficiario de un acto administrativo de carácter individual y concreto no preste su consentimiento para que ocurra la revocatoria del mismo.

En este último caso, el artículo 97 del nuevo estatuto brinda la solución, diciendo 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”, solución que también será la procedente, según la misma norma, “Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos”, pues, de ser así, “lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional”.

En relación con esto último, es decir, con los actos obtenidos por medios ilegales o fraudulentos, se resalta que la nueva codificación consagra una excepción al requisito de procedibilidad de la conciliación previa, pues su referido artículo 97, luego de consagrar la regla conforme a la cual para revocar actos que hayan “creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría” se requiere del “consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular”, dispone en su tercer inciso que “Si la administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de la conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional”, de donde surge que en los demás casos es necesario satisfacer dicho requisito si es que, por supuesto, se presenta la necesidad de demandar por la falta del consentimiento para revocarlo.

Ahora, en cuanto a la revocatoria del acto ocurrido por medios ilegales o fraudulentos hay una gran diferencia con el derogado Código Contencioso Administrativo, pues, mientras ahora aplica para ello la regla mencionada en el párrafo que antecede, el segundo inciso del artículo 73 de dicho Código permitía revocarlo sin el consentimiento del interesado, bajo la condición de que “fuere evidente que... ocurrió por medios ilegales”, esto es, que la ilegalidad del medio para obtenerlo saltara a la vista, lo cual tenía la ventaja de castigar -por decirlo de alguna manera- en forma ágil la mala fe del beneficiario del acto, ya que evitaba la vía judicial para retirar este último de la vida jurídica, pero podía prestarse para abusos o arbitrariedades en cuanto era la propia administración la que definía si se daba la condición o no⁹.

9 En opinión del dr. Enrique Gil Botero, ha debido conservarse la norma anterior: Op. Cit., pág. 227.

Por último, no sobra poner de presente que, por tener que llegarse a la revocatoria a través de un trámite o procedimiento administrativo, la administración debe, según lo manda el párrafo del artículo 97 en cita, garantizar “los derechos de audiencia y defensa” de quienes hayan de resultar afectados con la revocatoria del acto, previsión esta que igual consagraba, aunque con otra redacción, el artículo 74 del Código Contencioso Administrativo recién derogado y que no es otra cosa que la reiteración del mandato del atrás citado artículo 29 de la Constitución Política, según el cual, como ya se vio (*supra*, numeral 2), “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

La oferta de revocatoria directa del acto

Acá se está frente a una figura novedosa e interesante, por cuyos resultados prácticos habrá que esperar un tiempo, a ver qué sucede, pues no debe olvidarse que, desafortunadamente, muchas veces los servidores públicos se abstienen de hacer uso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos (tal el caso de la transacción y de la conciliación, por ejemplo, que bien podrían tener una mayor utilización) y éste sería, de alguna manera, uno de tales mecanismos, habida cuenta que, de acogerse la oferta, el proceso llegaría a su fin.

Como ya se dijo atrás, el artículo 95 del Código nuevo (Ley 1437 de 2011) permite que, en caso de existir demanda contra el acto administrativo, en cualquier estado del proceso y “hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia”, la administración formule, “de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público, ... oferta de revocatoria de los actos administrativos impugnados ...”.

Para hacer tal oferta, la entidad respectiva deberá, según el párrafo de aquel artículo, contar con la aprobación previa de su Comité de Conciliación e indicar con toda precisión en ella “los actos y las decisiones objeto de la misma”, esto es, los que propone revocar –que deben ser al menos los acusados- y, además, la forma en que se ha de “restablecer el derecho conculcado o reparar los perjuicios causados con los actos demandados”, es decir, debe presentar una oferta de revocatoria lo más completa posible, de modo que no le quede duda alguna al administrado acerca de qué es lo que se le propone, cuáles son las condiciones concretas de la propuesta y a qué queda obligada la entidad e, incluso, él si es del caso.

A su turno, el juez debe revisar la oferta de revocatoria directa que presente la administración y, si encuentra que ella se ajusta en un todo al ordenamiento jurídico, debe también ordenar que la misma se ponga en conocimiento del demandante, para que, en el plazo que aquél le señale al efecto, el actor manifieste clara y expresamente si la acepta, “evento en el cual el proceso se dará por terminado mediante auto que prestará mérito ejecutivo, en el que se especificarán las obligaciones que la autoridad demandada deberá cumplir a partir de su ejecutoria” e, igualmente, se señalarán las obligaciones que quedan a cargo del demandante¹⁰, en caso de ser esto necesario, pues nada obsta para que, por ejemplo, la revocatoria quede condicionada al cumplimiento de una condición a cargo de este último.

Conclusiones

En esencia, la nueva legislación (Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) conserva la filosofía y buena parte de las disposiciones de la anterior normatividad (Decreto 01 de 1984 o Código Contencioso Administrativo), si bien algunas de éstas con ajustes en su redacción; por ejemplo, se conserva lo relativo al fin o propósito de la figura, al origen oficioso o no que puede tener la misma y a las causales por las cuales puede darse.

Se introducen, sin embargo, algunos cambios -varios de ellos sustanciales- en temas como el de la posibilidad de que quien revoque sea el superior funcional, el de la posibilidad de formular solicitud de revocatoria directa cuando se han interpuesto recursos (siempre que la causal invocada no sea la de la manifiesta oposición del acto a la Constitución Política o a la ley), el de la reducción del plazo para decidir tal solicitud, el de la imposibilidad de solicitarla estando caducada la acción, el de la necesidad de contar con el consentimiento del interesado para que pueda darse la revocatoria de actos obtenidos por medios ilegales o fraudulentos y el de la posibilidad de revocar mientras no se notifique el auto emisario de la demanda.

Finalmente, debe resaltarse que el nuevo Código consagra una institución novedosa, de aplicación en el ámbito judicial, cual es la de la oferta de revocatoria, cuyos beneficios reales se verán solo con el transcurso del tiempo, a medida que ella vaya teniendo acogida o no en la práctica.

¹⁰ Ver: ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José: Op. Cit., págs.. 152 y 153.

Bibliografía

Doctrina

Arboleda Perdomo, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Segunda Edición Actualizada. Bogotá, D.C. Legis, 2012.

Gil Botero, Enrique. La revocatoria directa: entre la seguridad jurídica y la necesidad de adaptación del obrar administrativo. En: Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011 – Memorias. Bogotá, D.C. Publicación del Consejo de Estado, con el apoyo de la Contraloría General de la República y de la Auditoría General de la República, 2011.

Rodríguez Rodríguez, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Octava edición. Bogotá, D.C. Editorial Temis, 1995.

Jurisprudencia

Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Auto del 6 de mayo de 2010, expediente 1975-09. Magistrada Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencias del 11 de mayo de 1999, expediente 10196. Magistrado Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 26 de julio de 2011, expediente 16131. Magistrado Ponente Dr. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 16 de agosto de 2012, expediente 24463. Magistrado Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado – Sección Cuarta. Sentencia del 24 de mayo de 2007, expediente 15580. Magistrada Ponente Dra. Ligia López Díaz,

EXTENSIÓN DE LAS SENTENCIAS DE
UNIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Danilo Rojas Betancourth

Magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado

Una de las novedades más importantes del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 18 de enero de 2011) –en adelante nuevo código– es el de la extensión de las sentencias unificación de la jurisprudencia. El propósito principal de este nuevo instituto es el de asegurar que la administración se tome en serio la jurisprudencia de sus jueces y su marco teórico lo constituye lo que se ha denominado el sistema de protección y garantía de los derechos de las personas en sede administrativa (Zambrano, 2011)¹.

Tocado del sistema de derechos y garantías de la Constitución del 91, el nuevo código debe leerse en esa clave de principios y protección de los derechos fundamentales, pues allí “el ciudadano se convierte entonces en el centro y núcleo de la actuación administrativa” (Álvarez, 2011: 31) y en donde se aboga porque sea la administración la que directamente proteja los derechos de las personas “sin necesidad de la intervención del juez” (Zambrano, 2011: 56).

La extensión y unificación de la jurisprudencia hace parte de ese sistema de garantías para la protección de los derechos en sede administrativa y enlaza con toda la parte dogmática de la Constitución, en especial con los principios de efectividad de los derechos de las personas (art. 2), de igualdad (art. 13), de buena fe (art. 83), y también con metas estatales como la colaboración con la justicia (arts. 95 y 113) y la eficiencia y eficacia de la administración (art. 209).

La presentación que aquí se hará de esta nueva figura tendrá dos partes: inicialmente habrá una síntesis meramente descriptiva de lo que finalmente quedó normado, en un esfuerzo de narrar articuladamente lo

¹ Especialmente el apartado titulado “A. Una nueva visión del papel del Estado y de la administración de su relación con las personas”, p. 43 y ss.

indicado en la primera (arts. 10 y 102) y la segunda parte del nuevo código (art. 269 especialmente); luego se presentarán los debates que el nuevo instituto ha generado y se dividirá en tres –solo por razones pedagógicas, pues bien podría verse como un solo y complejo debate– en tres: el dogmático, el normativo y el teórico.

En el debate dogmático se muestran algunos problemas que surgen de la sola lectura integral de los textos definitivos; en el normativo se incursiona en la pregunta sobre la validez constitucional de la nueva figura, lo que en buena parte ya está respondido por la Corte Constitucional luego de examinar la exequibilidad de las principales normas pertinentes; el resultado del anterior debate ambienta el teórico, pues aquí la pregunta central gira en torno a si con la nueva normatividad se ha alterado el sistema de fuentes en Colombia y cuáles son sus consecuencias, lo que genera un diálogo en torno a las perspectivas desde las que es posible discutir acerca de la jurisprudencia: la teórica, la política, la hermenéutica y la analítica.

El interés central del escrito es airear los debates existentes en torno a una novedosa figura no solo en el derecho colombiano, sino también en el comparado. Por ello, la descripción inicial debe entenderse solo como un abre bocas de lo que allí late. La pretensión final es que los destinatarios de las nuevas normas, al releerlas una vez conocidas las discusiones que las mismas generan, puedan aproximarse ahora con un renovado espíritu crítico orientado a mejorar el propósito general de tales regulaciones, cual es garantizar y proteger derechos ciudadanos primeramente en sede administrativa y solo de ser el caso, en sede judicial.

La nueva figura de la extensión de la jurisprudencia unificada

Como no se trata solo de hacer un comentario a cada uno de los artículos que consagran la extensión de las sentencias de unificación, sino de un registro del tema en general y como un todo, a continuación se hará un relato que comprenderá tres normas básicas: los artículos 10, 102 y 269 del código vigente.

El artículo 10 de nuevo código consagró como deber de las autoridades el aplicar la normatividad pertinente “de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos”. La perogrullada de esta disposición solo se justifica por la introducción de la segunda parte de la norma –en parte también obvia–, en virtud de la cual es también deber de

las autoridades “tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas”.

La obiedad consiste en que (i) al ejercer el poder, las autoridades no pueden hacer cosa distinta de lo que las normas disponen, pues el ejercicio de sus competencias se encuentra igualmente reglado (arts. 7 y 121 de la Constitución). Basta entonces recordar el contenido del principio de igualdad en su acepción más básica –igualdad ante la ley o igualdad de trato–, para entender que el mismo ha de incorporarse siempre en el ejercicio de competencias regladas y, como consecuencia de ello, aplicar las mismas normas a hechos semejantes². Así mismo (ii) la existencia de órganos autorizados para señalar el entendimiento que debe darse a una norma que en su aplicación resulte compleja, aparea tomarse en serio dicha autoridad, so pena de generar un costo alto en términos de seguridad jurídica, pues la alternativa es que cada órgano de aplicación le dé su propia (mejor) interpretación a la norma. A la postre el usuario de la administración es el que sufre las consecuencias de la desigualdad del trato otorgado merced a los manes de la hermenéutica.

Pero esta obiedad ha sido permanentemente desatendida por las autoridades encargadas de resolver asuntos de su competencia sobre casos semejantes, como se constata v.g. con el aumento de la litigiosidad en materia laboral, en donde a pesar de la existencia no solo de normas suficientes para resolver los conflictos, sino particularmente de una consolidada línea jurisprudencial en temas como pensiones, prestaciones y salarios, la administración continúa haciendo caso omiso a tales mandatos.

La norma es entonces una especie de redundancia necesaria y un intento adicional para fortalecer la tesis de que hay que tomarse en serio la jurisprudencia, pues no hacerlo tiene costos que van desde problemas prácticos como la congestión administrativa y judicial –aumento de litigiosidad– hasta cuestiones de principio como la garantía y protección de los derechos de las personas y el debilitamiento del Estado de derecho. Que la búsqueda de esta finalidad es el propósito de la norma lo confirman varios analistas de la nueva figura, que se expresan de distinta forma pero con sentido semejante sobre el particular.

2 Como recuerda Enrique Arboleda, miembro de la comisión redactora del código: “La idea de hacer obligatorio el seguimiento de la jurisprudencia en las decisiones administrativas surgió de varias situaciones: ante todo del principio de igualdad reforzado con el de confianza legítima, en tanto implica la igualdad de trato para las personas en la misma situación y el respeto por la natural expectativa de aquella que confía que se le conceda el mismo derecho que se le otorgó a quienes con anterioridad formularon una petición similar” (Arboleda, 2011: 29).

Así, además de que para algunos la extensión de la jurisprudencia es concebida como un “rígido régimen de deberes a cargo de las autoridades públicas” (Buitrago, 2011: 449), para otros dicha figura tiene como finalidad “generar mayor aplicación al principio de participación para descongestionar los despachos judiciales frente a las demandas que se puedan presentar por los mismos hechos y derechos” (Munar y Ortíz, 2011: 64)³. O como dice Hernando Torres en la misma línea: se trata de uno de los nuevos paradigmas “que coadyuvan a la superación de barreras que impiden a los ciudadanos acceder de manera oportuna y eficiente a la administración pública, de una parte, y estimulan una mejor actuación por parte de las entidades respecto al reconocimiento de derechos y garantías, lo cual ha de verse reflejado en la demanda de justicia contencioso administrativa” (Torres, 2011: 491).

También en ello coinciden las voces autorizadas de dos miembros de la comisión redactora del Código: Luis Fernando Álvarez, y Augusto Hernández Becerra. Para el primero “con esta disposición se busca, por una parte, que la administración decida de manera igual aquellas situaciones que presentan circunstancias idénticas⁴; y por otra, que el servidor público tenga la obligación de decidir lo ya resuelto por la justicia, evitando que el ciudadano deba acudir ante el juez para buscar un fallo sobre una situación que ya ha sido judicialmente resuelta. Con esta disposición sustancial, que se encuentra debidamente desarrollada a través de un procedimiento administrativo detalladamente regulado y un proceso judicial también adecuadamente reglamentado, se busca proteger los derechos de los asociados y evitarles que tengan que acudir ante la justicia para buscar decisiones sobre asuntos ya resueltos por esta (...) En síntesis, es importante recalcar que el procedimiento administrativo tiene que buscar un objetivo, y el objetivo es que el ciudadano no tenga que ir ante el juez para resolver los problemas que se plantean ante la administración. Como sucede en el derecho comparado, el éxito del nuevo procedimiento administrativo, dependerá de que se logre disminuir la necesidad que tiene el ciudadano de acudir a la sede

3 Estos mismos autores citan un texto de Ruth Stella Correa –“Acceso a la justicia en la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, en *Memorias del XXXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Libre, 2010- según el cual lo que se busca es “brindar seguridad jurídica al ciudadano, así como una justicia oportuna y eficaz que proteja sus derechos y libertades y, en especial, la igualdad de trato, cuando la Administración niegue una solicitud de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado” (Munar y Ortíz, 2011: 250).

4 La realización del principio de igualdad y el respeto general debido por la administración al ordenamiento jurídico, son aspectos que también se destacan como la finalidad de la extensión de la jurisprudencial en el texto de Zambrano, 2011, en especial en el capítulo sobre objetivos de la reforma.

judicial para resolver sus conflictos administrativos. Ese es el primer reto de la nueva regulación” (Álvarez, 2011: 32). Y para el segundo “el desarrollo de la doctrina del precedente jurisprudencial que se propone en la Ley 1437 contribuirá a garantizar de mejor manera el derecho colectivo a la seguridad jurídica, la certidumbre en el derecho de cada quien y la predecibilidad de los fallos judiciales. Su aplicación en sede administrativa redundará, por tanto, en mejor servicio, en eficaz garantía de los derechos de todas las personas, en disminución de la litigiosidad originada en actos ilegales y, por tanto, en menor congestión de la justicia” (Hernández, 2011: 243).

Por su parte el artículo 102 instituyó la petición especial de la extensión de las sentencias de unificación –en adelante: petición especial-, la que además de cumplir los requerimientos generales del derecho de petición, exige, esencialmente, (i) una justificación razonada que no es otra que la solicitud del reconocimiento de un derecho a partir de la existencia de un fallo unificado del Consejo de Estado –o de la Corte Constitucional, como adelante se verá- que igualmente reconoce un derecho, caso que el peticionario considera igual al suyo y por lo mismo susceptible de ser extendido en su favor; (ii) las pruebas que pretende hacer valer y (iii) la identificación precisa del fallo objeto de extensión.

Existen solo tres razones por las que la administración puede negar la solicitud especial de extensión de una sentencia de unificación, lo que permite afirmar que la regla es que la petición se conceda salvo esos tres casos, que son, en síntesis los siguientes: (i) que el peticionario no tenga el derecho solicitado, (ii) que el tema de que trata la jurisprudencia cuya extensión se pide no sea igual a la que es objeto de solicitud y (iii) que la administración no esté de acuerdo con la interpretación dada por el Consejo de Estado en el fallo correspondiente.

Sin perjuicio de lo que adelante se dirá en torno a la primera causal de rechazo de la petición de extensión de una sentencia de unificación –debate dogmático-, por ahora se destaca el hecho de que la misma lo que trata es de verificar que el solicitante está realmente amparado en normas jurídicas para hacer valer su pretensión sustancial a través de la petición de extensión de la jurisprudencia. Por ejemplo, si lo pretendido es el reconocimiento de una pensión de jubilación, es deber de la administración constatar que el peticionario cumple con todos los requisitos exigidos para el efecto, tales como la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Y allí puede encontrarse que, en efecto, el solicitante no tenga derecho a la pensión porque no cumple aún con alguno de los requisitos legales exigidos.

Si en cambio el solicitante tiene efectivamente el derecho a la pensión de jubilación –para continuar con el mismo ejemplo–, lo que sigue es verificar que el caso que se trae como sentencia de unificación para ser extendida sea igual al que se encuentre en trámite en la administración. Por ejemplo si el debate en la administración gira en torno a si determinada actividad debe computarse como tiempo de servicio para la pensión de jubilación, el fallo de unificación debe traer resuelto ese punto. A lo mejor tratará otros asuntos, pero lo que sería el objeto de extensión, en el ejemplo, es lo afirmado por el Consejo de Estado acerca de que una cierta actividad del peticionario puede ser considerada válida para el tiempo exigido en la pensión de jubilación.

En la base de la identificación del *caso igual* se encuentra toda la discusión acerca de la estructura de las providencias y particularmente de las sentencias de unificación de la jurisprudencia –sobre el que adelante se ahonda al hablar del debate teórico, específicamente en el apartado de la perspectiva analítica-. Por ahora basta señalar que el *caso igual* impone al Consejo de Estado un gran rigor en la elaboración de las sentencias de unificación, para evitar mensajes hermenéuticos ambiguos que hagan no solo difícil la extensión de la jurisprudencia, sino también para evitar que en sede judicial la propia Corporación se vea en la obligación permanente de hacer precisiones o rectificaciones evitables.

Pero la causal de rechazo de la petición de extensión de la jurisprudencia más controvertida es, por supuesto, la última, pues allí la administración reta el entendimiento dado con autoridad por el Consejo de Estado a una determinada regla del ordenamiento jurídico que deba aplicarse. Así, aunque la administración reconozca que el peticionario reúne los requisitos para la obtención del derecho y considere que el caso traído para ser extendido es igual al que se tramita, lo cierto es que no está de acuerdo con la interpretación hecha por el Consejo de Estado a las normas pertinentes. Siguiendo el ejemplo propuesto, no comparte la tesis de su máximo juez en torno a que una cierta actividad es computable como tiempo de servicio para efectos de la pensión de jubilación.

Así presentado el tema, parece un reto de la administración que da al traste con el objetivo ya señalado de la nueva figura, esto es, que la jurisprudencia del Consejo de Estado sea tomada en serio, en especial por quienes son los sujetos pasivos de su control. Sin embargo, se trata también de hacer notar que aún las sentencias de unificación de las altas Cortes son susceptibles de ser controvertidas por vías institucionales, con el propósito de que nuevos argumentos –a lo mejor no considerados originalmente- sean

examinados y eventualmente incorporados a la sentencia, con la consecuencia de ajustar y hasta modificar la misma. Es, sin duda, un reconocimiento al valor del debate en sede judicial.

En cualquier caso, concedida la petición especial de extensión de la jurisprudencia –que es lo realmente esperado- o negada total o parcialmente por alguna de las razones expuestas o porque la administración haga mutis por el foro y genere el silencio negativo –en ambos casos dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la petición-, se estará ante un acto administrativo igualmente especial, pues no es susceptible de recurso alguno, sin perjuicio del control que pueda ejercerse porque así lo considere la administración por la vía de la acción de lesividad. Y es igualmente especial el acto con el que se concluye esta petición, porque según la norma, en caso de respuesta negativa, no es posible demandarlo por el solicitante afectado, sino que el desacuerdo debe ventilarse ante el Consejo de Estado en un procedimiento especial habilitado por el artículo 269 del nuevo código⁵.

El Consejo de Estado es el órgano de cierre en el tema de la extensión de las sentencias de unificación –lo que es relevante resaltar sobre todo si, como adelante se verá, dicha jurisprudencia incluye la de la Corte Constitucional- y el nuevo código instituyó dicho proceso y procedimiento especial con miras a no hacer nugatoria la petición especial que acabamos de estudiar. De hecho, la existencia de los artículos 10 y 102 de un lado y el 269 de otro, es considerada como un “nexo entre lo administrativo y lo contencioso” (Álvarez, 2011: 35), o como lo sintetizó Luciano Parejo: se trata de “un proceso de retroalimentación-aprendizaje que resulta más acabado y mejor realizado aquí que en Europa. En efecto, tradicionalmente se han constatado dificultades en los distintos sistemas administrativos en cómo lograr, aparte de la programación que de la Administración hace el legislador, el aprendizaje de la propia Administración Pública para lograr salvar el desfase de tiempo que existe entre la actuación administrativa y su control judicial. Aprendizaje de ese programa normativo corregido aquí a través de la jurisprudencia Contencioso Administrativa y que me parece de especial interés. Se ha introducido pues, con la modificación del Código, una técnica que

5 No hay “control jurisdiccional respecto de lo negado”, según se indica en el inciso 12 del artículo 102. El hecho de que a continuación la norma disponga que lo procedente es que vaya al Consejo de Estado para que se surta el procedimiento especial del artículo 269 –una suerte de control jurisdiccional *sui generis*-, ha generado comentarios que suscribo tales como el siguiente: “Esto tiene todo el parecido a un medio de control adicional a los que regulan los artículos 135 y siguientes del nuevo código de lo contencioso administrativo” (Bastidas, 2011: 294).

indudablemente habrá de contribuir, si tiene éxito, a un aseguramiento real de la sujeción al Derecho de la actuación administrativa” (Parejo, 2001: 106).

En el procedimiento judicial especial (art. 269) sobresalen tres cosas: (i) el tratamiento informal que ha de imprimírsele al mismo, (ii) la celeridad y (iii) su carácter decisorio. De los dos primeros puntos da cuenta el hecho de que el escrito orientado a que, esencialmente, la administración obedezca lo dicho por el Consejo de Estado en su jurisprudencia de unificación, no debe dársele un trámite semejante al de una demanda –con su admisión o corrección–, sino que al mismo simplemente debe dársele traslado a la entidad para que alegue y pruebe lo pertinente. De lo que no se espera otra cosa que la reiteración de las razones por las que en sede administrativa negó la petición de extensión de la jurisprudencia. Seguidamente el Consejo de Estado convoca a una audiencia para alegatos y decisión. Todo en un término de 45 días. Infortunadamente, nuevas disposiciones del Código General del Proceso ampliaron estos términos, pues la aplicación de los artículos 10 o 102 del nuevo Código quedó sujeta a un concepto previo de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la que se tomará 10 días para informar “su intención de rendir concepto” el que se “deberá producir en un término máximo de veinte (20) días” (art. 614 del nuevo CGP).

Del tercero de los aspectos sobresalientes del nuevo procedimiento judicial especial da cuenta el hecho de que la decisión proferida tiene “los mismos efectos del fallo aplicado” (inciso 4 del artículo 269 del nuevo código). Incluso si la misma comporta un reconocimiento patrimonial, se debe disponer la liquidación por la vía del incidente que dispone la condena in genere, para que el juez o el tribunal la liquide en los 30 días siguientes.

Pero la decisión también puede ser adversa, en cuyo caso se ordenará devolver el expediente a la administración para que decida el fondo del asunto si aún no lo hubiere hecho, en aquellos eventos en donde la decisión administrativa deba hacerse mediante acto. En caso de que ya se hubiere resuelto el fondo del asunto o que la decisión no comporte un acto de la administración, simplemente vencerá el término de suspensión de la acción que sería procedente.

Como se puede observar, en cualquier caso, el finiquito de este procedimiento judicial especial tiene como uno de sus principales objetivos desestimular la acción: Ora de la administración a la que en caso de ordenársele la extensión de la jurisprudencia y, en consecuencia, el reconocimiento del derecho solicitado, le estará vedado seguir negando tales derechos ciudadanos y, por ende, pensar en acciones de lesividad; ora de los peticionarios

a quienes si se les niega la extensión de las sentencias de unificación –estos es, que la administración logró el cambio de jurisprudencia hasta entonces vigente-, tendrán que sopesar bien el hecho de que demandar a la administración –lo que seguirá siendo posible- en tal contexto, implica vencer su argumento ahora ratificado por el propio Consejo de Estado; o lo que es lo mismo: tanto la parte vencida como su abogado deberán evaluar el costo de demandar un asunto en el que acaba de cambiarse la jurisprudencia a favor de la administración.

Debates

La extensión de las sentencias de unificación de la jurisprudencia ha generado un importante debate que puede subdividirse en tres: el dogmático, el normativo y el teórico. Como se indicó, puede decirse que el debate es uno solo con distintas aristas, pero por razones pedagógicas puede presentarse de manera separada a condición de tener siempre en cuenta la existencia de diversos vasos comunicantes entre ellas. En lo que sigue se hará una referencia a cada uno de tales controversias, con el propósito de que la lectura de lo que quedó resulte más interesante.

Debate dogmático

El análisis de las normas que consagran la extensión y unificación de la jurisprudencia muestra al menos tres reflexiones (debates) que pueden destacarse: la primera está referida al conjunto de la figura consagrada en los artículos 10, 102 y 269 del nuevo código y tiene que ver con la afirmación según la cual en el primer artículo mencionado se entroniza el fenómeno, en el segundo su procedimiento administrativo y en el tercero su procedimiento judicial⁶. Este es también el parecer de la Corte sobre el tema:

6 Sería la tesis de Álvarez (2011) quien según se vio, le atribuye al artículo 10 el carácter de “disposición sustancial, que se encuentra debidamente desarrollada a través de un procedimiento administrativo detalladamente regulado y un proceso judicial también adecuadamente reglamentado” (ver cita completa en el párrafo 13). Pareciera ser igualmente lo afirmado por Enrique Arboleda a partir del siguiente análisis: “El artículo 10 debe ser leído al mismo tiempo que el 102, el 269 y el 270 del Código () Así, el artículo 10 contiene el deber de aplicar uniformemente la ley y la jurisprudencia, el 102 consagra un trámite especial para pedirle a la Administración que decida una petición aplicando uniformemente la ley y la jurisprudencia, y por último el 269 consagra una especie de interdicto judicial para que sea el Consejo de Estado el que defina si

Adicionalmente, en lo relacionado con el alcance del precepto, la Sala advierte que tiene un carácter de deber general de la administración pública, esto es, que sirve de principio rector para su funcionamiento. En efecto, el precepto hace parte del título sobre disposiciones generales y, entre ellas, los derechos, deberes, prohibiciones, impedimentos y recusaciones de la administración. Esta naturaleza legal de la disposición es importante, puesto que ese carácter general distingue al precepto de otros, que son desarrollos específicos dentro de la misma normatividad, del deber de considerar la jurisprudencia de los fallos de unificación del Consejo de Estado. Sobre el particular, el artículo 102 regula el procedimiento administrativo para que las personas soliciten a las autoridades que extiendan los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, en aquellos casos que el interesado acredite que cumple los mismos supuestos fácticos y jurídicos, y la pretensión judicial no haya caducado. A su vez, el artículo 269 señala el procedimiento jurisdiccional para que, en los casos que la administración niegue la extensión de los efectos de las sentencias de unificación, o la autoridad guarde silencio al respecto, el interesado pueda obtener el reconocimiento de esa extensión por parte de decisión del Consejo de Estado.

Este entendimiento, sin embargo, no debe perder de vista que la orden establecida en el artículo 10 para que las autoridades apliquen las normas y tengan en cuenta la jurisprudencia pertinente, comporta necesariamente una suerte de *procedimiento oficioso o protocolo, actuación o instructivo interno*⁸ que permita integrar efectivamente la jurisprudencia a las normas que han de ser aplicadas de manera uniforme, el que debería comprender al menos (i) el conocimiento y obtención de “las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas” (parte final del art. 10), lo que a su turno supone (ii) un monitoreo constante de la producción de tales sentencias de unificación; (iii) un

los efectos de una sentencia se deben extender al peticionario a quien la administración le negó la aplicación uniforme” (Arboleda, 2011: 28).

- 7 Sentencia C-634 de 2011. A pesar de lo dicho, a continuación la Corte señala: “Con todo, debe también resaltarse que la instancia administrativa y judicial de extensión de efectos difiere del deber general de observancia de la jurisprudencia, en tanto aquella no es oficiosa. Ello debido a que en los términos del artículo 102 de la Ley 1437/11, corresponde al interesado realizar la petición de extensión de efectos de la sentencia, cumplimentando los requisitos previstos en esa disposición”, con lo cual pareciera habilitar el entendimiento del carácter oficioso de la extensión de la jurisprudencia consagrado en el artículo 10, de donde a su turno y como se verá enseguida, es posible inferir o protocolo –o una suerte de procedimiento-igualmente oficioso.
- 8 Agradezco vivamente las precisiones y sugerencias hechas en este punto por el consejero de Estado Hugo Bastidas Bárcenas, además de las correcciones de estilo.

análisis de las mismas sentencias se impone igualmente como trabajo previo para ser aplicadas a los casos que la autoridad administrativa tenga a su cargo⁹ y (iv) la aplicación decidida –como parte de la política de la entidad- de la jurisprudencia de unificación a todos los asuntos de su competencia, pues solo así es posible acometer los fines de la norma¹⁰.

El *procedimiento oficioso interno* mencionado no excluye el que se genera por la petición especial de que trata el artículo 102, pero se diferencia de aquel esencialmente en que la sentencia de unificación que el peticionario solicita sea extendida, tiene que haber “reconocido un derecho” (inc. 1). Esto es una obviedad para el *procedimiento a petición de parte* que se genera por el uso y aplicación del artículo 102, no solo porque la norma así lo exige, sino porque no es concebible una solicitud de aplicación de una sentencia de unificación que, en lugar de reconocer un derecho –se supone que a una persona-, le dé la razón a la entidad demandada y, por lo mismo, niegue las pretensiones de lo demandado. En cambio, ello sí sería posible por la vía de aplicar el deber general establecido en el artículo 10, atendida la oficiosidad señalada, en donde dicha exigencia no se encuentra y la administración puede válidamente aplicar una tal jurisprudencia a condición de tratarse de una sentencia de unificación¹¹.

Por último, el artículo 269 instituye un *procedimiento judicial* especial en virtud del cual es posible impartir la orden de extender la jurisprudencia (inc. 4).

Los detalles de la forma de proceder en los artículos 102 y 269 no dejan dudas de la existencia de los *procedimientos a petición de parte y judicial*, respectivamente. Que tales desagregados no se encuentren en el artículo 10

9 No está demás decir que los anteriores puntos exigen un banco de datos jurisprudencial actualizado y de fácil consulta, lo que es una responsabilidad tanto del Consejo de Estado –que viene trabajando en el tema y ajustando su reglamento para ese efecto- como del Consejo Superior de la Judicatura, tal como lo ha entendido su actual presidente, para quien esta nueva institución les impone “el reto de la divulgación y conocimiento de la jurisprudencia, y la construcción de líneas jurisprudenciales que contribuyan a la seguridad jurídica, tanto para las propias autoridades judiciales como para la sociedad en general” (Monroy, 2011: 528).

10 La exigencia de este protocolo tiene aún mayor sentido si, como suele ocurrir, la administración concibe la jurisprudencia como un mero criterio auxiliar del imperio de la ley y se esfuerza en hacer notar que su deber (general) es la aplicación de ésta pero no necesariamente de aquella.

11 No es descartable el riesgo de que el procedimiento oficioso solo sea aplicable por la administración en este sentido porque p.e. se trate de jurisprudencia favorable a sus intereses; y que la jurisprudencia contraria al entendimiento suministrado por la administración solo quiera aplicarse a petición de parte. La buena fe, la razón de ser de la administración –servir a la comunidad– y los claros propósitos del nuevo código relativos a que se actúe en clave de derechos de las personas, serían las razones que deberían llevar a que la administración aplique oficiosamente todo tipo de sentencias de unificación de la jurisprudencia.

no impide señalar, como se demostró, la necesidad de incorporar al deber general aquí estipulado un *protocolo, instructivo o procedimiento oficioso interno*, con miras a asegurar la aplicación no solo rigurosa, sino recurrente y normalizada de una nueva figura que promete ser uno de los mejores instrumentos para que la administración actúe decididamente en clave de garantía de derechos de las personas¹².

La segunda reflexión (debate) tiene que ver específicamente con la forma como quedó redactada la primera causal estipulada para negar la solicitud de extensión de la jurisprudencia de unificación. Según dicha norma (inc. 9), podrá negarse la petición: “I. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el que tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados”. A diferencia de las otras dos causales para negar la solicitud de extensión de la jurisprudencia unificada, en donde se exige exponer razones para justificar (i) por qué el caso es distinto (inc. 10) y (ii) por qué no se está de acuerdo con el Consejo de Estado (inc. 11) y a partir de tales razones se llega a la decisión de rechazo de la solicitud, en este caso no se toma decisión alguna sino que se habilita un período probatorio que inicialmente inhibe desestimar la solicitud, pero que está orientado a que la administración pruebe la inexistencia del derecho y a partir de ello sí tomar la decisión de rechazo. A pesar de que se obliga a la administración a indicar “cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan”, lo cierto es que las pruebas así recaudadas tienen un carácter sumario, pues no se someten a contradicción alguna y, sin embargo, con base en ellas se puede rechazar la petición. No es claro, por cierto, la duración del período probatorio y se supone que el mismo suspendería el término para responder la petición de extensión, con las consecuencias nefastas por la dilación de la solicitud de extensión.

Así por ejemplo, si el peticionario argumenta tener derecho a la pensión de jubilación y solicita la extensión de una sentencia de unificación que reconoce un derecho semejante, la administración puede considerar sin derecho al solicitante porque aún le faltan semanas de cotización para la

12 La extensión de las sentencias unificación de la jurisprudencia constituye la “herramienta” clave otorgada “a la administración para que sea ella directamente la que proteja en sede administrativa los derechos sin necesidad de la intervención del juez” Zambrano (2011: 58).

pensión. Al efecto, deberá habilitar el periodo probatorio y decretar como prueba la certificación respectiva, la que una vez allegada permitirá negar la petición si se corrobora la hipótesis de la administración sobre el no derecho del solicitante. Como no está prevista la contradicción de la prueba, el solicitante se verá obligado a acudir al procedimiento del artículo 269 para que sea el Consejo de Estado el que resuelva, lo que pudo obviarse con la permisión del debate probatorio –el contradictorio de la prueba– en sede administrativa.

La pregunta que queda entonces es si al momento de conocer el asunto el Consejo de Estado, puede entrar a examinar, precisamente, no solo si el peticionario tiene o no el derecho (a la pensión p.e.) sino si con el proceder de la administración en el que se obtuvieron pruebas no controvertidas por el peticionario y a partir de ellas concluye su no derecho, se violó el debido proceso.

Por cierto que adicionalmente a esta cuestión procesal, el procedimiento así habilitado desdice de los principios centrales de la primera parte del nuevo código, en especial los del debido proceso, celeridad, coordinación, eficacia y economía.

Y un tercer debate posible gira en torno a los tiempos que se cruzan entre las tres actuaciones que se pueden generar con ocasión de la petición especial que se estudia. De un lado, la petición de extensión de la jurisprudencia supone la existencia de un derecho susceptible de ser reclamado en tiempo. Sería el caso en que se haya hecho una solicitud de reconocimiento de una prima especial, la administración haya respondido negativamente y dentro de los cuatro meses siguientes a ésta respuesta, se haga la petición de extensión de la jurisprudencia. Ese sería el escenario típico en donde funcionaría una regla como la contenida en el inciso 2 del artículo 102 en virtud de la cual la petición especial puede hacerse “siempre que la pretensión judicial no haya caducado”.

Lo anterior no es óbice para que la petición especial pueda hacerse antes de que la administración se pronuncie sobre alguna solicitud previa de un derecho –v.g. una prima especial–, en cuyo caso no aplica la regla de caducidad mencionada, sino la consagrada en el inciso 6 de la misma norma, según el cual, “al resolverse la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud”.

Esto quiere decir que la petición especial se puede hacer esté o no en trámite previo alguna solicitud de reconocimiento de un derecho ante la administración y a pesar de que la administración se haya pronunciado

negativamente sobre el mismo. En el primer caso, esto es, con solicitud previa en trámite sin que aún haya decisión, habrá un solo pronunciamiento que cobijará tanto la solicitud previa como la de la petición especial (inciso 6 citado); en el último caso, esto es, cuando la solicitud previa se haya respondido negativamente por la administración, la petición especial procederá siempre que se encuentre dentro del término de caducidad (inciso 2). En ambos casos no parece haber controversia, pues las normas son claras sobre el punto.

No ocurre lo mismo respecto del segundo caso, esto es, cuando se realiza la petición especial sin que esté en trámite solicitud previa alguna. Como este es un escenario posible que se da v.g. cuando estando en preparación una solicitud a la administración —como la prima especial—, el solicitante se entera de la existencia de una sentencia de unificación de las que trata el artículo 102 del nuevo código, lo que le genera un cambio en la estrategia de la solicitud pensada inicialmente y prefiere pedir que se extiendan a su caso los efectos de la reciente jurisprudencia y, en consecuencia, se reconozca el derecho solicitado. A pesar del parecido que tiene este escenario con los anteriormente analizados, lo decisivo aquí es que no se aplica ninguna de las reglas que regulan aquéllos, pues no hay un trámite previo para fallar conjuntamente con la petición especial (inciso 6), ni mucho menos ha habido respuesta de la administración para vigilar entonces la caducidad (inciso 2).

Lo que debe hacer la administración, simplemente, es resolver la petición especial así propuesta (inciso 7). Pero en este caso no es posible pensar en la aplicación de la regla de caducidad cuando lo que se espera de la administración es un pronunciamiento formal por medio de un acto administrativo, porque precisamente este no se ha producido. Esta situación lleva a considerar que en el evento descrito, la mencionada regla de caducidad solo sería el caso tomarla en cuenta cuando la petición especial envuelva un hecho de la administración o un contrato.

En los casos en donde es necesario tomar en cuenta la caducidad de la acción, esto es cuando la petición especial se hace luego de proferido el acto de la administración o cuando la misma está inmersa en una situación de responsabilidad contractual o extracontractual, habrá suspensión de términos para presentar la eventual demanda procedente (inciso 13). Esta suspensión opera en dos sentidos: será de 30 días si el peticionario no hace uso del procedimiento especial del artículo 269 (incisos 12 y 14 del artículo 102) o al término del procedimiento del artículo 269 cuando este sea desfavorable al peticionario.

Un corolario de esta reflexión sobre el momento en que puede ser presentada la petición especial es esa suerte de yuxtaposición de suspensiones del término de caducidad de la acción que se genera también por la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad de la acción. Como es posible imaginar el caso en el que se esté preparando una demanda en contra de la administración, para lo que se da inicio a la conciliación prejudicial –que suspende el término de caducidad de la acción– y antes de la presentación de la demanda aparece una sentencia de unificación que motiva la petición especial de su extensión por parte de la administración –que también suspende el término de caducidad–, la pregunta aquí es ¿cómo se computan los términos de suspensión de la caducidad de la acción?

El caso extremo se presentará cuando, a punto de vencerse los tres meses establecidos para el trámite conciliatorio –tiempo durante el que ha operado la suspensión del término de caducidad–, se dan las condiciones para elevar la petición especial de extensión de la jurisprudencia. No se ve por qué no se pueda agregar a la suspensión ya transcurrida por cuenta del trámite conciliatorio, el término de 30 días previsto para resolver la petición especial.

Lo otro que queda por resolver es el número de oportunidades que es posible insistir en la petición especial y ello será tantas veces cuantas sentencias de unificación se profieran. Como ya se vio, dicha solicitud podrá hacerse estando o no en trámite una petición anterior sobre un derecho y con o sin pronunciamiento de la administración. Ahora se agrega que incluso podrá hacerse cuando se encuentre en trámite un proceso en contra de la entidad, pues la alternativa sería adelantar una conciliación judicial, pero como se sabe, existen derechos ciertos y consolidados que no pueden ser objeto de conciliación, de modo que lo único procedente será o que el proceso termine aplicando la nueva sentencia de unificación, con el costo de tener que esperar el paso del tiempo para que se surta el turno correspondiente a ese proceso, o extender la nueva jurisprudencia por parte de la entidad demandada, para que se termine del proceso.

Por último, habría que preguntar ¿si por virtud de la regla de caducidad establecida en el inciso 2 del artículo 102, sería el caso rechazar de plano la solicitud, pues las causales para negar la petición especial son taxativas y en ellas no está la caducidad? Como no parece viable el rechazo de plano en este caso –ni en ninguno otro en el que se consideren presupuestos del reconocimiento del derecho, tales como la legitimación para actuar, la prescripción, etc.–, habría que incluir estos asuntos en la primera causal para negar la petición especial –esto es, la que habilita el periodo probatorio

orientado a demostrar que no se tiene el derecho-, con lo que se pondría de presente que la razón para el rechazo es no solo la falta del derecho en términos sustantivos, sino también la imposibilidad adjetiva de acceder a él.

Esto comporta una dificultad en el trámite del procedimiento del artículo 269, pues el mismo está previsto para que el Consejo de Estado ordene o no la extensión de la jurisprudencia, pero no para que decida cuestiones procesales tales como si procede o no la caducidad de la acción o si hay legitimación en la causa, circunstancias que, sin embargo, podrán ser de su conocimiento si así se lo solicita el peticionario, cuando la administración niegue la extensión de la jurisprudencia basado en alguno de estos presupuestos procesales y amparado en la primera causal de rechazo establecida en el artículo 102. Así las cosas, el Consejo de Estado se vería avocado a conocer dos veces el mismo asunto: primero para resolver cuestiones adjetivas y luego para fallar de fondo sobre la extensión de la jurisprudencia.

A partir de lo actualmente normado, la salida más razonable para evitar ese doble pronunciamiento es que al iniciar el trámite del 269 y disponer el traslado para alegatos y pruebas, se prevenga a la administración para que responda no solo la cuestión procesal, sino también el fondo de la petición especial. Esto es, que sin perjuicio de considerar caducada la acción –que llevó al rechazo de la solicitud de extensión-, indique igualmente si hay razones sustanciales de rechazo: que no tiene el derecho, que la jurisprudencia objeto de extensión no es igual, o que no está de acuerdo con la interpretación dada por el Consejo de Estado-. Solo así, esta Corporación podría tomar una sola decisión y resolver tanto la cuestión procesal como la de fondo. Sobra decir que si prospera la primera no será necesario entrar a analizar la segunda, pero sí a la inversa.

Un resultado semejante se produciría si es la administración la que actúa de igual forma sin necesidad de que así lo disponga el Consejo de Estado al momento del traslado para alegatos y pruebas. Eso quiere decir que cuando la administración advierta la existencia de la caducidad de la acción o el incumplimiento de algún presupuesto procesal que impida el reclamo del derecho sustancial, al resolver la petición de extensión de la jurisprudencia debe hacerlo considerando tanto lo adjetivo como lo de fondo. Proceder así puede llevar sin embargo a considerar procedente la extensión de la jurisprudencia, pero tener dudas sobre la caducidad o sobre la legitimación para actuar, en cuyo caso la procedencia de la petición especial estaría sujeta a que el Consejo de Estado resuelva (solo) la cuestión procesal que se plantea.

Todas las reflexiones hechas anteriormente (debate dogmático) lo que ponen de presente es la urgencia de reglamentar la nueva figura, para evitar los vaivenes que se puedan producir por la falta de claridad de algunos aspectos normativos como los estudiados.

Debate normativo

La pregunta central aquí está relacionada con la validez constitucional de las normas creadoras del nuevo fenómeno de extensión y unificación de la jurisprudencia. Como el argumento principal de quienes considera(ba)n inconstitucional los artículos 102 y 269 (especialmente) se tejía en torno a la (supuesta) violación del artículo 230 de la Constitución, en razón a que habría una violación al sistema de fuentes allí establecido, la respuesta dada por la Corte –aún antes de declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 10-, ha girado en torno al carácter obligatorio que por virtud del principio de igualdad tiene la jurisprudencia. Esto hace que, materialmente, la jurisprudencia sea algo más que un mero criterio auxiliar de la actividad judicial.

Con todo, las opiniones doctrinarias se encuentran divididas. Unos persisten en que, conforme al mandato del artículo 230 constitucional, la norma positiva –el imperio de la ley- es la única fuente de derecho aplicable en Colombia, o al menos la fuente por antonomasia y relegan la jurisprudencia a un papel asaz secundario –con resalto de su carácter de criterio auxiliar¹³. Otros en cambio acentúan su papel de fuente: “Que el Estado actúe según las orientaciones de la jurisprudencia es, pues, no solo regla de justicia, sino también máxima de racionalidad, puesto que los desvíos de la administración, tarde o temprano, serán corregidos por el juez” (Hernández, 2011: 234), quien

13 Es p.e. la tesis sostenida insistentemente por Arboleda al analizar las normas sobre extensión de la jurisprudencia: “...se corrigió la redacción del artículo 10 en el sentido de incluir que la jurisprudencia interpreta el derecho positivo existente, y que se aplica éste con la interpretación dada por la sentencia de unificación, pues la jurisprudencia por sí mismo no es creadora de derecho en el sistema positivo colombiano” (Arboleda, 2011: 30). “Se insiste en que se pretende *extender los efectos, mas no aplicar la sentencia*, pues la ley no reconoce que la sentencia sea por sí misma creadora de derecho y por tanto *aplicable* a un caso” (Ib: 153). “...la sentencia no crea, para normar, la relación jurídica sustancial de las partes, tan solo aplica la ley que la regula, de manera que no existe creación de derecho por parte de los jueces o del Consejo de Estado, sino aplicación e interpretación del mismo. No se altera por tanto la definición de las fuentes del derecho que contiene el artículo 230 de la Constitución Política” (Ib: 154). “...en la sentencia administrativa no hay creación de normas jurídicas sino aplicación de las existentes, con base en las cuales la misma Administración había negado la petición al particular” (Ib: 155). “...resaltar nuevamente que la sentencia de unificación no crea derecho, pues la decisión final se adopta con base en las normas constitucionales, legales y reglamentarias propias del fondo del asunto, es decir, de la relación sustancial existente entre el particular y la Administración” (Ib: 157).

incluso ve en las normas pertinentes del nuevo código –artículos 10, 102, 269, 270 y 271– “una revalorización de la jurisprudencia”, “un práctico sistema de reglas que convierte a la jurisprudencia en guía segura para que el Estado dé a los ciudadanos un trato más igualitario y justo”, el que “tiene como eje una especial categoría de sentencia, la Sentencia de Unificación Jurisprudencial”, con lo que se “construye una visión innovadora de la jurisprudencia como fuente de Derecho, dirigida a orientar tanto la actividad de las autoridades administrativas como la de los propios jueces” (Hernández, 2011: 235-236).

Adelante terciaré en el asunto (debate teórico) a favor de este segundo entendimiento. Por ahora basta registrar que el tema plantea una tensión entre la autonomía (interpretativa) de los jueces y el respeto por los derechos fundamentales, particularmente la igualdad, el que ha sido resuelto por la Corte a favor de éstos para asegurar un valor constitucional importante como es la aplicación integral y coherente del ordenamiento jurídico: “De aceptarse la tesis según la cual lo expresado por la Corte Constitucional en un fallo de revisión llega tan solo hasta los confines del asunto particular fallado en las instancias, sin proyección doctrinal alguna, se consagraría, en abierta violación del art. 13 de la Carta, un mecanismo selectivo e injustificado de tercera instancia, por cuya virtud algunos pocos de los individuos enfrentados en procesos de tutela gozarían del privilegio de una nueva ocasión de estudio de sus casos, al paso que los demás –la inmensa mayoría– debería conformarse con dos instancias de amparo, pues despojada la función del efecto multiplicador que debe tener la doctrina constitucional, la Corte no sería sino otro superior jerárquico limitado a fallar de nuevo sobre lo resuelto en niveles inferiores de la administración” (T-068/00).

Esta ha sido una jurisprudencia constante de la Corte, que ha hecho valer incluso con costos institucionales importantes como cuando utiliza la tutela contra providencias judiciales –especialmente contra altas Cortes– para asegurar la coherencia hermenéutica del sistema jurídico. Lo propio ha hecho a través del control abstracto de constitucionalidad, asegurando que sus sentencias sean en todo caso aplicables. Así, cuando en el artículo 114 de la Ley 1395 se excluyó la jurisprudencia de la Corte Constitucional como parte del contenido normativo allí estipulado, se condicionó su exequibilidad en los siguientes términos:

(iv) Así mismo, esta Corporación evidencia que si bien es una alternativa válida dentro del margen de configuración del legislador, comenzar por imponerle a las autoridades administrativas que tengan en cuenta el precedente judicial

en los ámbitos de la jurisdicción ordinaria y contencioso administrativa, también lo es que las materias a que alude la norma igualmente pueden ser objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, evento en el que su interpretación debe ser vinculante para las autoridades administrativas. Por tanto, el legislador incurrió en este caso en una omisión legislativa al no tener en cuenta la obligatoriedad y los efectos erga omnes de los fallos de constitucionalidad de esta Corte, consagrada en los artículos 241 y 243 de la Constitución, como tampoco las reglas que se imponen en las sentencias de unificación de jurisprudencia en materia de protección de derechos fundamentales, temas en los cuales la Corte Constitucional es órgano de cierre.

(v) En consecuencia, la Sala concluye que el Legislador omitió incluir en la norma el precedente constitucional dictado por la Corte Constitucional tanto en control abstracto como concreto de constitucionalidad, de manera que desconoce la competencia constitucional -art.241 superior- confiada a la Corte Constitucional y los efectos de cosa juzgada constitucional de sus fallos señalados en el artículo 243 superior.

Por tanto, esta Corte declarará la exequibilidad condicionada de la expresión “que en materia ordinaria o contenciosa administrativa” contenida en el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, en el sentido de que se entienda que los precedentes jurisprudenciales a que se refiere la norma, deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional¹⁴.

Tesis que fue reiterada y fortalecida con ocasión del estudio de constitucionalidad del artículo 10 del nuevo código, pues luego de citar in extenso la sentencia C-531/11 en donde como se vio se dispuso “respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional”, ahora considera que su jurisprudencia es prevalente:

21.3. (...) En consecuencia, acreditados los presupuestos antes explicados, corresponde a la Corte adoptar una sentencia aditiva que integre al ordenamiento jurídico el supuesto normativo omitido por el Congreso. Así, la Sala declarará la exequibilidad de la disposición demandada por los cargos analizados

14 Sentencia C-531 de 2011. El artículo demandado decía lo siguiente: “Artículo 114. Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos”.

en esta sentencia, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las decisiones de unificación del Consejo de Estado y de manera preferente, en razón de la jerarquía del sistema de fuentes previsto en la Carta y la vigencia del principio de supremacía constitucional, las decisiones de la Corte que interpreten las normas superiores aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto, por supuesto, sin perjuicio de las sentencias que adopta esta Corporación en el marco del control abstracto de constitucionalidad, las cuales tienen efectos obligatorios erga omnes, según lo prescribe el artículo 243 C.P. y, por lo tanto, no pueden ser ignoradas o sobreesidas por ninguna autoridad del Estado, ni por los particulares. Esto habida consideración que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional¹⁵.

En ambos casos, la Corte acudió a la figura de la condicionalidad de la constitucionalidad de los artículos¹⁶ para asegurar que su mandato sea entendido no solo como *ratio* sino también como *decisum*. De modo que en la jurisprudencia de unificación objeto de extensión por parte de la administración –y de obediencia en general por jueces y demás usuarios del derecho, se puede agregar–, es no solo la del Consejo de Estado –como originalmente lo consagraban los artículos 10, 102 y 269 del nuevo código–, sino también y preferentemente la de la Corte Constitucional, con lo que se asegura la aplicación integral y coherente del sistema jurídico.

No hacerlo así, habría llevado a situaciones previsibles y nefastas como la negativa de la administración a extender la jurisprudencia del Consejo de Estado, esgrimiendo una tesis jurisprudencial igualmente unificada de la Corte, lo que a su turno llevaría a un pronunciamiento del Consejo de Estado por la vía del artículo 269, que de insistir en ratificar su jurisprudencia, terminaría a la postre en una tutela contra dicho pronunciamiento por parte de la Corte, con los costos institucionales que una situación extrema como esa conlleva.

58. Lo decisivo en todo este debate es que por vía jurisprudencial y con la autoridad que le concede el ordenamiento jurídico a la Corte en los fallos de constitucionalidad, tanto el artículo 10 como los artículos 103 y 269, deben leerse y aplicarse en el sentido de incorporar preferencialmente las sentencias de unificación de la Corte Constitucional¹⁷.

15 Sentencia C-634 de 2011.

16 A la misma condición quedó sujeta la constitucionalidad de lo pertinente del artículo 102, según dispuso la sentencia C-816 de 2011, tesis reiterada en la sentencia C-588 de 2012 que resolvió otros aspectos de constitucionalidad de la norma citada.

17 Las preguntas que quedan por analizar son las siguientes: como el artículo 102 exige que la sentencia de unificación objeto de extensión debe ser de aquellas que reconocen un derecho, ¿quiere decir ello que en el caso de las sentencias de la Corte solo aplicarían las de tutela? De

Debate teórico

La afirmación de que la jurisprudencia –particularmente de las altas Cortes– tiene un rol protagónico en la vida de un país, parece formar ya parte de la tópica jurídica o al menos se trata de una conclusión razonable. Y ello comporta un análisis acerca de la jurisprudencia y de quienes la producen, pues la visibilidad y el poder social de los jueces y su producido, al paso que los hace blanco de críticas, exacerbaban la responsabilidad de sus protagonistas. Los temas que serán tratados en este punto, bien pueden considerarse conjuntamente, dada su estrecha relación. También por razones pedagógicas serán analizados por separado, pero teniendo claro que las fronteras entre uno y otro no siempre son nítidas. Con esta aclaración, puede afirmarse que el debate teórico comprende varias perspectivas de análisis: (i) la teórica propiamente dicha que indaga por la concepción del derecho que mejor podría explicar la extensión y unificación de la jurisprudencia –v.g. iuspositivismo, iusnaturalismo, iusrealismo–, (ii) la perspectiva política caracterizada por el poder que adquiere el juez especialmente por la ruta del activismo judicial, (iii) la hermenéutica que permite al juez de cierre decir la última palabra sobre el entendimiento normativo y (iv) la perspectiva analítica, que pone de presente el debate en torno al contenido (y la estructura) de la sentencia de unificación.

Teoría jurídica y extensión de las sentencias de unificación

En otro lugar se sostuvo que el nuevo código muestra una mixtura teórica, de modo que además del obvio positivismo que lo gobierna, allí se pueden hallar rasgos iusnaturalistas, realistas e incluso propios de las teorías críticas del derecho (Rojas, 2011). Pero un sistema jurídico y unas prácticas jurídicas que tienen en la jurisprudencia una suerte de regla de reconocimiento –en sentido hartiano (Hart, 1963)–, permitiría afirmar que su funcionamiento puede ser mejor explicado por el iusrealismo, por lo menos a partir de una de sus tesis centrales: que el derecho es lo que los jueces dicen que es; que la Constitución es lo que el juez constitucional dice que es.

Esta constatación no riñe con la crítica que pueda hacerse al carácter ambivalente que pueda tener el producido jurisprudencial de las altas Cortes en función de su composición cambiante y a la necesidad de tomársela en serio, tal como lo hace el ex consejero de Estado Julio Uribe Acosta ahora en calidad de Decano de la Universidad Católica de Colombia, al hacer la

otro lado, como el Consejo de Estado es el órgano de cierre de la nueva figura, ¿puede imponer su criterio cuando no esté de acuerdo con las sentencias de unificación de la Corte?

presentación del libro Munar y Ortíz, 2011-13: “Resta preguntar qué va a pasar cuando la jurisprudencia unificada sea fruto de una magistratura de corte positivista y los relevos en la misma estén formados en la escuela iusnaturalista o realista. ¿Se les obligará a éstos a fallar, con vocación de pretérito, para que la jurisprudencia tenga vocación de eternidad¹⁸? ¿Va a impedir el recurso extraordinario de unificación de la jurisprudencia, que los jueces, en un momento dado, hagan la justicia del caso concreto, fallando en equidad?”

Por ahora lo que habría que decir es que cualquiera sea el apoyo teórico de que se sirve la sentencia, ésta afirma un entendimiento autorizado sobre una norma constitucional, legal o reglamentaria que, salvo mejor opinión –tal como lo permite la tercera causal consagrada en el artículo 102 del nuevo código para rechazar la extensión de la jurisprudencia- debe ser obedecida por los operadores jurídicos en general, empezando por la administración pública y los jueces. Si con la extensión de las sentencias de unificación se pretende que la administración atienda la jurisprudencia de las altas Cortes, entonces la pretensión es que se tome en serio lo que dicen sus jueces al interpretar y aplicar las normas jurídicas de derecho positivo; reconozcan –nuevamente en sentido hartiano- el producido hermenéutico de los jueces en un ámbito judicial reglado, que es en lo que consiste finalmente la jurisprudencia. Y ello es precisamente lo que caracteriza al iusrealismo.

Es una práctica cada vez más extendida –no solo una pretensión jurídica- el uso de la jurisprudencia; el uso de lo que dicen los jueces al interpretar y aplicar con autoridad normas jurídicas, como razones para actuar (Raz, 1991), tal como se constata en los escritos jurídicos de los abogados, que apoyan sus demandas en lo interpretado por las altas Cortes, o en las propias decisiones judiciales que en muchos casos –especialmente en los difíciles- se apoyan en los precedentes verticales u horizontales, con lo que

18 La referencia a lo universal y eterno la trae Uribe Acosta recordando que esa es la vocación real del legislador, citando a Carbonnier: “El goce del loco legislador es de una especie mucho más rara. Lo que le atrae de la ley es lo universal y lo eterno. La ley tiene vocación para regir a todos los hombres, y para regirlos siempre. Dar leyes para el futuro y colocar los pasos de las generaciones futuras en la línea que uno mismo ha trazado constituye el sueño secreto del legislador por pasión, que proyecta así su voluntad de vivir en la inmensidad de los tiempos”. Jean Carbonnier, *Derecho flexible*, Madrid, Temos, 1974, p. 299. En esa misma línea, Uribe Acosta ve la creación del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia “para que en el futuro, los magistrados de los tribunales administrativos no se aparten de la pasión recogida en las sentencias de unificación que profiera el Consejo de Estado también en vocación de universalidad y de eternidad; así quedarán enraizados en la historia”, razón por la cual, adicionalmente, el nuevo código “más parece una roca que una pauta o sendero para regular la conducta humana” (p. 13).

puede afirmarse materialmente el carácter de fuente formal del principal producido de los jueces y no un mero criterio de la actividad judicial.

Por cierto que el entendimiento dado por la Corte al contenido del artículo 10 del nuevo Código no deja dudas sobre su postura reiterada en torno al reconocimiento de fuente de derecho que tiene la jurisprudencia:¹⁹

II. El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto.²⁰ Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante²¹.

Y por si fuera poco, la constatación de que los jueces constitucionales actúan, al ejercer el control normativo, no solo como legisladores negativos sino también como positivos, pone de presente la fuerza normativa del producto principal de ese juez: la decisión judicial en forma de sentencia. En efecto, el control constitucional que ejercen los tribunales constitucionales actualmente, les permite no solo declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas, sino la de condicionar su constitucionalidad, con lo que se muestra claramente que en manos del juez está el último eslabón de la cadena de validez normativa y también el carácter normativo de su decisión (negativa o

19 "(...) al ser la Corte Constitucional el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, 'sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta', se vuelve a leer en la ya citada sentencia C-539/11 en donde se hace una buena síntesis de lo avanzado por la Corte en el punto.

20 [7] Esta conclusión es evidente, incluso desde el positivismo jurídico, que para el caso colombiano es recurrentemente asimilado, de manera errónea, al formalismo o a la exégesis. Así, en términos de Hans Kelsen, "... el tribunal hace algo más que declarar o constatar el Derecho y contenido en la ley, en la norma general. Por el contrario, la función de la jurisdicción es más bien constitutiva: es creación de Derecho, en el sentido auténtico de la palabra. Pues la sentencia judicial crea por completo una nueva relación: determina que existe un hecho concreto, señala la consecuencia jurídica que debe enlazarse a él, y verifica en concreto dicho enlace. Así como los dos hechos –condición y consecuencia– van unidos por la ley en el dominio de lo general, tienen que ir enlazados en el ámbito individual por las sentencias judiciales es norma jurídica individual: individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta, continuación del proceso de creación jurídica, de lo general en lo individual; sólo el prejuicio según el cual todo Derecho se agota en la norma general, sólo la errónea identificación del Derecho con ley pueden oscurecer una idea tan evidente. Vid. KELSEN, Hans. (2009) *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*. Editorial Reus. Zaragoza, pp. 69-70.

21 Sentencia C-634 de 2011.

positiva), que al moldear la regla emitida por el legislador y ser acatada social e institucionalmente, adquiere por fuerza el carácter de fuente formal.

Política y activismo judicial

Como un sucedáneo de la constatación de que la jurisprudencia es fuente de derecho y entonces del poder del juez de regular la conducta humana no solo en casos individuales, sino mediante reglas generales, la actual labor del juez se quiere ver como un desvío de lo que en sentido estricto le correspondería: aplicar la ley. Se trata de un viejo y no acabado debate que gira en torno a la competencia para establecer las reglas jurídicas de comportamiento social. En términos de Bourdieu (2000): un campo de lucha en el que se determina quién dice el derecho.

El juez que tiene la capacidad de ejercer el control judicial de normas es, necesariamente, un activista judicial. Incluso cualquier juez lo es. El primero porque es un legislador negativo o positivo en el sentido ya explicado y el segundo porque su rol institucional y social ha cambiado dramáticamente en pocos años, conforme a una historia que podría sintetizarse en el siguiente dictado: “de la boca de la ley a la garantía de los derechos”.

En efecto, el juez de los albores de la Revolución era una garantía para el nuevo régimen, sí y solo si se atení a la voluntad del rey –antiguo régimen-, sino a la voluntad general constituida en asamblea revolucionaria encargada de establecer ahora las reglas de regulación social. De allí que la opción hermenéutica más plausible para ese juez era la exégesis y la literalidad, pues solo así se aseguraba actuar como boca de la ley. Ser garante del nuevo régimen no era otra cosa que asegurar el cumplimiento a pie juntillas de la ley hecha por los revolucionarios, como expresión de la voluntad soberana. La irrelevancia social del juez y su sometimiento al nuevo mandato legal y no imperial, caracterizaron esa etapa histórica, lo que obviamente hacía impensable un juez poderoso, creador de derecho o activista.

Pero al menos tres sucesos relevantes cambian el rol social e institucional del juez²²: la cuestión social, la ruptura del mito de la coherencia y unidad del sistema jurídico y el avance del constitucionalismo. Lo primero porque los movimientos sociales que irrumpieron desde mediados del siglo XIX –como el de obreros en Europa a propósito de la revolución industrial o el racista luego en Norteamérica-, obligaron a que las decisiones judiciales

22 Aquí sigo a Santos, 2001, quien hace una buena caracterización del tema en el capítulo 1 de su trabajo: “Los jueces y el Estado moderno”.

que en ese entorno se produjeron, tuviesen un impacto allende el caso concreto, lo que hizo más visible la labor del juez y su producido. Lo segundo porque el crecimiento de la burocracia —en sentido weberiano (Weber, 1977)-trajo aparejado una eclosión normativa que hizo imposible mantener el ideal de unidad y coherencia del sistema jurídico, pues uno es el escenario en el que exista el monopolio del establecimiento de normas jurídicas a cargo de un solo cuerpo, como la asamblea revolucionaria -venero de los parlamentos modernos-, en el que es posible mantener la tesis de la integralidad jurídica, y otro bien distinto es aquel en donde ese monopolio se quiebra y, por el contrario, es permitido que toda la estructura burocrática de un Estado pueda producir normas: desde el máximo jerarca hasta funcionarios de nivel medio y bajo, lo que hace imposible en la práctica saber a ciencia cierta, en un momento determinado, cuál es el régimen jurídico vigente, máxime si a ello se suma la técnica de legislar por la vía de la derogación tácita. Y lo tercero porque desde que en Colombia se entronizó en 1910 el control de normas por parte del juez constitucional²³ —y lo propio se hizo en Europa desde 1920 en la Constitución austriaca, de la mano de Kelsen (1931), para no hablar del judicial review norteamericano-, el juez adquirió un gran poder y se ha hecho cada vez más visible socialmente.

Es en ese sentido que hay que entender el activismo judicial: un juez no marginado como el de la Revolución francesa, unas decisiones judiciales con consecuencias no solo inter partes y una legitimación proveniente de una atribución constitucional relativa a la garantía y defensa de los derechos que le permite, como ya se indicó, ser el guardián de la validez normativa y por esa ruta ser legislador negativo y positivo. Como se ve, ni siquiera resulta necesario para caracterizar el activismo judicial, el papel aún más audaz de los jueces constitucionales contemporáneos que meten baza en el diseño de las políticas públicas lo que, por supuesto, constituye el caso extremo del activismo²⁴.

23 Para análisis recientes sobre el punto ver Zambrano 2011a, Hernández 2011a, Arenas 2011 y Rojas 2010 y 2011a.

24 En esa tendencia también estarían los jueces que, como el Consejo de Estado-Sección Tercera, se preocupan porque con sus fallos se incida en ámbitos muy precisos de las políticas públicas, como ocurre cuando se prefiere estudiar un caso a la luz de la falla del servicio, a pesar de ser posible hacerlo con base en un título de imputación objetiva de responsabilidad, a fin de que la administración sepa en lo que consistió la falla, haga los ajustes necesarios y contribuir con ello a evitar la repetición de conductas futuras semejantes a partir de las orientaciones institucionales pertinentes.

Perspectiva hermenéutica

El poder del juez de decir el derecho se ve más nítidamente cuando se trata de un órgano de cierre —como ocurre con las altas Cortes—. En ese sentido, el juez constitucional es el intérprete auténtico en sentido kelseniano (Kelsen, 1961), por ser quien cierra la cadena de validez de las normas jurídicas. Al hacerlo, no solo resuelve un caso concreto, sino que atribuye el sentido constitucional de la norma aplicable y con él construye el precedente. Atribuir, por vía hermenéutica, un sentido normativo con desprecio de otros posibles y razonables constituye la muestra clara del poder del juez de decir (crear) el derecho, el que se legitima con el reconocimiento institucional que lleva a que los destinatarios de tal (nuevo) constructo jurisprudencial se obedezca.

La tesis de que el juez lo que hace es desentrañar el contenido genuino del derecho y no crearlo²⁵, se ve erosionada no solo ante (i) el hecho de que basta un nuevo escenario de poder —v.g. una reconfiguración de los miembros de un órgano judicial colegiado como una alta Corte— para que quienes postularon un entendimiento diferente y minoritario de la norma, eventualmente su tesis alcance la mayoría requerida para hacerla prevalecer como el nuevo precedente jurisprudencial; sino también ante (ii) la constatación del papel del juez constitucional contemporáneo como legislador positivo.

Y es que no puede entenderse sino como una auténtica creación del derecho el claro agregado normativo a una regla que originalmente no tenía, y en donde hacer caso omiso a dicho agregado (condición) tiene como consecuencia la inconstitucionalidad de la norma original. Son muchos los ejemplos hechos en ese sentido por la Corte y admitidos por la comunidad

25 Como es sabido, se trata de una de las tesis sostenidas por algunas versiones del iusnaturalismo. Es p.e. la tesis sostenida insistentemente por Arboleda al analizar las normas sobre extensión de la jurisprudencia: "...se corrigió la redacción del artículo 10 en el sentido de incluir que la jurisprudencia interpreta el derecho positivo existente, y que se aplica éste con la interpretación dada por la sentencia de unificación, pues la jurisprudencia por sí mismo no es creadora de derecho en el sistema positivo colombiano" (Arboleda, 2011: 30). "Se insiste en que se pretende *extender los efectos, mas no aplicar la sentencia*, pues la ley no reconoce que la sentencia sea por sí misma creadora de derecho y por tanto *aplicable* a un caso" (Ib: 153). "...la sentencia no crea, para normar, la relación jurídica sustancial de las partes, tan solo aplica la ley que la regula, de manera que no existe creación de derecho por parte de los jueces o del Consejo de Estado, sino aplicación e interpretación del mismo. No se altera por tanto la definición de las fuentes del derecho que contiene el artículo 230 de la Constitución Política" (Ib: 154). "...en la sentencia administrativa no hay creación de normas jurídicas sino aplicación de las existentes, con base en las cuales la misma Administración había negado la petición al particular" (Ib: 155). "...resaltar nuevamente que la sentencia de unificación no crea derecho, pues la decisión final se adopta con base en las normas constitucionales, legales y reglamentarias propias del fondo del asunto, es decir, de la relación sustancial existente entre el particular y la Administración" (Ib: 157).

jurídica y los destinatarios específicos de la norma en particular, pero para los efectos de este escrito, basta recordar los agregados hechos por la Corte para salvar la constitucionalidad de los artículos 10 y 102 del nuevo código, en donde, como ya se analizó, se indicó que las sentencias de unificación allí señaladas incluyen no solo las proferidas por el Consejo de Estado, sino “de manera preferente” las de la Corte Constitucional.

Perspectiva analítica

El debate general existente en torno a la estructura de una sentencia judicial es particularmente relevante en este caso, pues el asunto práctico más importante respecto de la extensión y unificación de la jurisprudencia quizá sea el de saber el contenido de la sentencia que ha de ser extendida y lo que debe entenderse como unificación jurisprudencial.

Ya es un lugar común afirmar que una sentencia judicial la componen el *decisum*, la *ratio* y el *obiter* y que éste último componente no es obligatorio pues constituyen reflexiones marginales a lo que se problematizó y decidió en el fallo²⁶. Pero también es conocida la dificultad que en muchas ocasiones aparece el hallazgo y la distinción entre la *ratio decidendi* y el *obiter dicta dictum* en una sentencia. Es más, hay quienes encuentran en el *obiter* la expresión de una pedagogía jurídica necesaria de una sentencia, así no toque directamente con el asunto objeto de debate.

No es este el espacio para entrar a debatir a fondo la validez y pertinencia de una tesis así concebida. En lo que sigue simplemente esbozaré los rasgos generales de lo que considero es el entendimiento que debe tener el tema²⁷, en un escenario específico como el de la extensión de las sentencias de unificación proferidas por las altas Cortes.

Como el papel principal del juez es resolver problemas jurídicos —no sociales, ni políticos, ni morales, sin perjuicio que sus decisiones incidan en estos asuntos— y la sentencia debe reflejar esencialmente los argumentos que sirven de base para tomar la decisión —no hacer pedagogías sobre asuntos diferentes a los que el problema a resolver envuelve—, no es descaminado decir que las afirmaciones marginales (*obiter dicta*) deben evitarse en una sentencia. Ello no quiere decir que una sentencia no afirme pedagogías y refiera contextos para darle sentido a los argumentos (razones) en que se

26 Una buena síntesis del debate puede verse en la sentencia de la Corte Constitucional, T-766/08.

27 Este esbozo fue presentado en el artículo de prensa titulado, precisamente, “Sobre el *obiter dictum*”, publicado en *Ámbito Jurídico* n.º 313, 17 al 30 de enero de 2011, p. 15.

fundamenta la decisión. Pero tal pedagogía la debe constituir el conjunto de reflexiones que se hagan para resolver el problema planteado y explícitamente resuelto. No otro asunto. Y es saludable que en una sentencia se hagan contextos para entender mejor el problema, la hermenéutica que eventualmente se esté proponiendo y/o el análisis de los hechos.

Esto impone caracterizar bien el *obiter dicta/dictum*, pues no puede entenderse como tal el conjunto de afirmaciones de contexto, en la medida en que éstas de alguna forma se encuentran conectadas con los argumentos directamente relacionados con el problema a resolver. Son algo así como argumentos no centrales, pero sí de segundo orden. En cambio el *obiter* es o algo dicho de paso o un argumento claramente marginal; y quizá la mejor forma de identificarlo es teniendo claro el problema planteado y resuelto en la sentencia. Así, los argumentos o afirmaciones que en nada apunten a sustentar o controvertir el problema resuelto, serán *obiter dicta* de la sentencia.

La práctica judicial muestra con frecuencia el uso de argumentos que son auténticos *obiter dicta*, quizá por razones bien intencionadas de aprovechar la temática general de que trata el caso —no el problema jurídico concreto— para decir cosas que tardarían en ser tratadas como auténticos problemas jurídicos, v.g. cuando entra a regir una nueva normatividad en relación con la que la comunidad jurídica en general y los jueces en particular esperan las luces oportunas de sus máximos y autorizados intérpretes. Ello estaría bien de no ser porque, de un lado como ya se dijo, el papel del juez no es el de aprovechar las sentencias para dar opiniones de todo y, de otro, tales pedagogías pueden tener usos perversos, como afirmar que como ello fue dicho por una alta Corte, constituye no su opinión sobre un tema, sino un precedente judicial que debe ser aplicado en casos posteriores en donde el problema jurídico concreto sí sea precisamente el asunto de que trató anteriormente el *obiter*.

Y aquí se encuentra el enlace que se busca con la extensión de las sentencias de unificación, pues a pesar de que un cierto concepto u opinión haya sido expresado por una alta Corte en una sentencia, no necesariamente ello constituye el precedente que deberá ser tenido en cuenta. A partir de la distinción hecha entre *ratio* y *obiter* y de la indicación problemática de incluir éstos en las sentencias, puede afirmarse entonces que para efectos del cumplimiento de los mandatos establecidos en los artículos 10, 102 y 269 del nuevo código, solo deberá ser objeto de extensión aquella parte de las sentencias de unificación que constituyan la *ratio decidendi* de la misma

y, por supuesto, el *decisum*²⁸. Corolario de ello, habrá que afirmar que los argumentos, opiniones, pedagogías tipo *obiter*, en la medida en que no encuentran relación alguna con el problema jurídico planteado en la sentencia, no pueden ser objeto de extensión, ni oficiosa, ni por petición de parte, ni mucho menos por decisión judicial.

En este último caso se suscita la pregunta siguiente: como el Consejo de Estado puede ordenar la extensión de su jurisprudencia una vez hecha la solicitud correspondiente por el peticionario a quien se le negó la misma por la administración al encontrar precedente alguna de las causales señaladas en la norma para el efecto, ¿puede en ese momento incorporar como *ratio decidendi* lo que claramente es un *obiter* que pretende hacerse extensivo por la vía del artículo 102 del nuevo código? La respuesta es necesariamente negativa porque en el procedimiento especial del artículo 269 *ibídem*, el Consejo de Estado no está resolviendo un caso contencioso en donde debe plantearse y decidirse en torno a un problema jurídico concreto, sino examinando los argumentos señalados por las partes a efectos de aplicar o no por la administración una sentencia de unificación anteriormente proferida y en donde el problema resuelto fue otro. Uno bien diferente al referido por el *obiter*.

Este escenario en cambio sí pone de presente que el primer paso que debe realizar el Consejo de Estado en este procedimiento especial, es determinar si el reclamo versa sobre la sentencia de unificación, es decir sobre su *ratio*, o sobre dichos de paso, opiniones o pedagogías contenidas en la misma, esto es sobre *obiter*. Solo una vez solventado ese presupuesto —y los asuntos procesales analizados anteriormente—, tiene sentido examinar el fondo del asunto, esto es, verificar si (I) el peticionario tiene derecho, (II)

28 O como dice la doctrina: “es necesario precisar que la disparidad de interpretación que se advierta entre la sentencia recurrida y la de unificación que se repute contrariada, debe estar referida esencialmente a la ‘ratio decidendi’ de una y de otra y no a cualquier otro tipo de consideración o motivación presente en ellas” (Chahín, 2011: 379). Y quizá en la misma línea de preocupación se enmarca el interrogante acerca del grado de especificidad de la sentencia de unificación, atendido el mandato de “los mismos supuestos fácticos y jurídicos” (art. 112 del nuevo código): “Entonces la sentencia de unificación tendrá que ser muy cuidadosa al precisar los supuestos fácticos y jurídicos. En un proceso laboral tendría que decir ¿para qué entidades aplica?, ¿para qué funcionarios, de qué nivel o cargo?, ¿dirá que aplica para la reestructuración del año tal?, ¿podrá ser extensiva entonces a otra entidad? ¿No podrá ser extensiva a otra reestructuración o funcionarios de otro nivel o cargo? Pero también es asunto esencial que las sentencias de unificación dejen el rastro en la misma providencia de las pruebas y su valoración, porque resulta que para ejercer la petición de extensión de jurisprudencia, se aporta copia de la sentencia o de la respectiva referencia, no copia del expediente, y claro, como bajo el antiguo adagio ‘dame las pruebas y te daré el derecho’, ante qué pruebas: testimonios, documentos o realidades, se deberá hacer el reconocimiento” (Gómez Lee, 2011: 481).

el caso es igual al suyo o (III) si la interpretación distinta propuesta por la administración es válida.

Conclusiones

La novedosa figura de la extensión y unificación de la jurisprudencia debe ser aplicada por la administración a través de la vía oficiosa (art. 10), con ocasión de una petición especial (art. 102) o por orden judicial (art. 269).

Esta figura ha generado debates en torno al entendimiento insular y/o en conjunto de las normas (dogmático), la validez constitucional de las mismas (normativo) y el sistema de fuentes en Colombia (teórico), que permiten entenderla de mejor forma y de proyectar adecuadamente su aplicación.

Existen una serie de retos a cargo del Consejo de Estado como órgano encargado de la unificación de la jurisprudencia que debe ser extendida por la administración –aplicada por los jueces y observada por la comunidad jurídica en general, se agrega-, dentro de los que descuelga la vigilancia en la estructura de la sentencia, de modo que pueda distinguirse, de ser el caso, la *ratio* del *obiter* en cualquier sentencia, no sin recomendar vivamente la exclusión definitiva de cualquier *obiter*, por el uso perverso de que puede ser objeto al aplicar o pedir la extensión de las sentencias de unificación.

También es imperiosa la consolidación y actualización de la información sobre sentencias de unificación, a fin de que tanto las autoridades administrativas como los jueces y la comunidad jurídica en general, sepan cuáles son las sentencias que se consideran como unificadoras de las posiciones jurisprudenciales existentes. Se tratará de una suerte de listado que no debe ser taxativo, atendido el hecho de que puede ser permanentemente enriquecido, a condición de que el estatus de sentencia de unificación le sea atribuido a través de alguna fórmula institucionalizada.

El debate dogmático puso de presente la necesidad de reglamentar pronto algunos aspectos de la extensión de las sentencias de unificación, como lo demuestran muchas hipótesis que se pueden producir a la hora de aplicar esta nueva figura y respecto de las que no existe total regulación normativa.

Bibliografía

- Álvarez Jaramillo Luis Fernando, 2011. “Antecedentes y presentación general de la Ley 1437 de 2011”, en *Memorias del Seminario Internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011*, Bogotá, Consejo de Estado y Contraloría General de la República, p. 31-36.
- Arboleda Perdomo Enrique José, 2011. *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011*, Bogotá, Legis.
- Arenas Monsalve Gerardo. 2011. “La reforma constitucional de 1910 y la Constitución de 1991: dos trascendentes momentos constitucionales”, en *Instituciones judiciales y democracia. Reflexiones con ocasión del bicentenario de la Independencia y del centenario del Acto Legislativo 3 de 1910*, Bogotá, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 2011, p. 393-410.
- Bastidas Bárcenas Hugo Fernando, 2011. “Los medios de control en la Ley 1437 de 2011”, en *Memorias del Seminario Internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011*, Bogotá, Consejo de Estado y Contraloría General de la República, p. 293-310.
- Bourdieu Pierre, 2000. *La fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre, colección Pensamiento Jurídico.
- Buitrago Valencia Susana, 2011. “Aportes del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al ordenamiento jurídico colombiano”, en *Memorias del Seminario Internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011*, Bogotá, Consejo de Estado y Contraloría General de la República, p. 449-458.
- Chahín Lizcano Guillermo, 2011. “Recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia”, en *Memorias del Seminario Internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011*, Bogotá, Consejo de Estado y Contraloría General de la República, p. 373-384.
- Correa Palacio Ruth Stella, 2010. “Acceso a la justicia en la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, en *Memorias del XXXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Libre.
- Gómez Lee Iván Darío, 2011. “La incidencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el mejora-

- miento de la gestión pública”, en *Memorias del Seminario Internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011*, Bogotá, Consejo de Estado y Contraloría General de la República, p. 469-481.
- Hart H.L.A., 1963. *El concepto de derecho*, traducción del inglés de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Hernández Becerra Augusto, 2011. “La jurisprudencia en el nuevo Código” en *Memorias del Seminario Internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011*, Bogotá, Consejo de Estado y Contraloría General de la República, p. 233-244.
- _____, 2011a. “Cien años del Acto Legislativo n.º 3 de 1910”, en *Instituciones judiciales y democracia. Reflexiones con ocasión del bicentenario de la Independencia y del centenario del Acto Legislativo 3 de 1910*, Bogotá, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 2011, p. 384-392.
- Kelsen Hans, 1931. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, traducción del alemán de Roberto J. Brie, con supervisión técnica de Eugenio Bulygin, segunda edición 1999, Madrid, Tecnos.
- _____. 1961/1991. *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa.
- Monroy Church Ricardo, 2011. “Implementación del nuevo Código. Retos y perspectivas”, en *Memorias del Seminario Internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011*, Bogotá, Consejo de Estado y Contraloría General de la República, p. 523-534.
- Munar Castellanos Lucelly Rocío y Ortiz Arciniegas Luis Roberto, 2011. *Nuevo régimen administrativo especial y procesal. Comentario al Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Ley 1437 de 18 de enero de 2011*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia.
- Parejo Alfonso Luciano, 2011. “El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo desde la perspectiva del derecho comparado”, en *Memorias del Seminario Internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011*, Bogotá, Consejo de Estado y Contraloría General de la República, p. 105-110.
- Raz Joseph, 1991. *Razón práctica y normas*, traducción de Juan Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Rojas Betancourth Danilo. 2010. “El carácter elitista de la acción pública de inconstitucionalidad”, en *Pensamiento Jurídico* n.º 28, Bogotá, Univer-

- sidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, p. 105-118.
- _____, 2011. “Legitimidad, validez y eficacia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, en *Memorias del Seminario Internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011*, Bogotá, Consejo de Estado y Contraloría General de la República, p. 441-448.
- _____, 2011a. “El control de constitucionalidad de los actos de la administración: El aporte de la jurisdicción contencioso administrativa a la defensa del principio de supremacía constitucional”, en *Instituciones judiciales y democracia. Reflexiones con ocasión del bicentenario de la Independencia y del centenario del Acto Legislativo 3 de 1910*, Bogotá, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 2011, p. 432-459.
- Santos Boaventura de Souza. 2001, “Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas”, en *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia y/o, T.I.
- Torres Corredor Hernando, 2011. “El nuevo Código. En búsqueda de la confianza ciudadana”, en *Memorias del Seminario Internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011*, Bogotá, Consejo de Estado y Contraloría General de la República, p. 483-505.
- Weber Max. 1977. *Economía y sociedad*, Tomo II, México, Fondo de Cultura Económica.
- Zambrano Cetina William, 2011. “Fundamentos y objetivos de la reforma del libro primero del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, en *Memorias del Seminario Internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011*, Bogotá, Consejo de Estado y Contraloría General de la República, p. 37-77.
- 2011a. “La Constitución de Cundinamarca de 1811 y el control de constitucionalidad en la perspectiva histórica”, en *Instituciones judiciales y democracia. Reflexiones con ocasión del bicentenario de la Independencia y del centenario del Acto Legislativo 3 de 1910*, Bogotá, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 2011, p. 295-334.

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN
JURISPRUDENCIAL. FUERZA VINCULANTE
DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Alfonso Vargas Rincón

Magistrado de la Sección Segunda del Consejo de Estado

Me propongo abordar un tema aparentemente breve, no obstante involucra elementos que buscan replantear nuestra cultura jurídica alrededor del concepto tradicional de las fuentes formales del derecho: “*Fuerza vinculante del precedente judicial*”.

Durante el siglo XX hemos convivido con una cultura jurídica arraigada en la convicción de que esencialmente la fuente formal de derechos es la Ley. El legislador es la autoridad con capacidad de regular la vida colectiva, el legislador se presume sabio.

Entonces en el derecho positivo encontramos preceptos tales como: “*Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas.*” (C.C. artículo 17).

Por mandato constitucional, el juez en sus decisiones sólo está sometido al imperio de la Ley. La jurisprudencia es criterio auxiliar en la actividad judicial.

Antecedentes del valor del precedente judicial

Breve referencia al derecho positivo

-Ley 169 de 1896. Sobre reformas judiciales.

Recurso de casación

Artículo 1º. Con el fin principal de unificar la jurisprudencia y de enmendar los agravios inferidos a las partes, se concede recurso de casación para ante la Corte Suprema de Justicia contra las sentencias definitivas de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

Artículo 4º. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituye doctrina probable y los jueces podrán aplicarla en casos análogos lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones administrativas.

En el contencioso administrativo, el ordenamiento registra algunos antecedentes que han venido fijando cierto valor al precedente, aunque no con la fuerza vinculante que hoy le ha dado la Ley 1437 de 2011, así:

Ley 11 de 1975

Artículo 2º.- Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso respecto del auto interlocutorio o de la sentencia dictados por una de las secciones en los que, sin la previa aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia.

En el escrito en que se proponga el recurso se indicará precisamente la providencia en donde conste la jurisprudencia que se reputa contrariada. El recurso podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del auto o del fallo.

Decreto 2304 de 1989

Artículo 130.- Recursos Extraordinarios y Asuntos Remitidos por las Secciones. Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, excluidos los Consejeros de la Sala que profirió la decisión, contra los autos interlocutorios o las sentencias proferidas por las Secciones, cuando, sin la aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación.

Ley 446 de 1998

Artículo 194.- Del recurso extraordinario de súplica. El recurso extraordinario de súplica, procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por cualquiera de las Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado. Es causal del recurso extraordinario de súplica la violación directa de normas sustanciales, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea de las mismas. Los miembros de la Sección o Subsección falladora estarán excluidos de la decisión, pero podrán ser oídos si la Sala así lo determina.

Ley 954 de 2005

Artículo 20. Recurso extraordinario de súplica. Derógase el artículo 194, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, del Código Contencioso Administrativo.

Ley 1395 de 2010

Artículo 114. Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.” (expresiones subrayadas demandadas).

Un paso a la fuerza vinculante

El Estatuto de Procedimiento Administrativo (Ley 1437 de 2011) al regular los deberes de las autoridades, prescribe:

“... al adoptar las decisiones de su competencia deberán tener en cuentas las sentencias de unificación del Consejo de Estado.”

Y en el título V “Extensión de la Jurisprudencia del Consejo de Estado”, señala:

Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

La ley enunció cuáles sentencias tienen el carácter de “UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL”, que al tenor del artículo 270, son:

Las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por:

- Importancia jurídica
- Trascendencia social o económica
- Necesidad de unificar jurisprudencia
- Las proferidas al decidir recursos extraordinarios
- Las relativas al mecanismo de revisión eventual

Las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos

que provengan de las subsecciones de la Corporación o de los tribunales, según el caso.

Objeto de las sentencias de unificación

Como antes señalamos, la Ley 1437 de 2011, no definió lo que se entiende por sentencia de unificación jurisprudencial pues se limitó a enunciar cuáles sentencias tienen ese carácter. Para el mecanismo de revisión eventual, sí lo hizo en los siguientes términos:

La finalidad de la revisión eventual ... es la de unificar la jurisprudencia, en tratándose de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo y en consecuencia, lograr la aplicación de la Ley en condiciones iguales frente a la misma situación fáctica y jurídica.

Armonizando los preceptos a que hemos venido haciendo referencia, podemos afirmar que las sentencias de unificación jurisprudencial tienen por finalidad garantizar la aplicación de la Constitución, la Ley y el reglamento, de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

El valor vinculante del precedente judicial

Concepto

Con respeto y convencido de que este importante paso significará un serio aporte a la descongestión judicial, quiero abordar el tema del valor vinculante del precedente judicial, a partir de la naturaleza y alcance de las sentencias de unificación jurisprudencial, con el propósito de afirmar su importancia dado que, no obstante autorizados debates que se presentarán a este respecto, su instauración en el ordenamiento jurídico implicará, además, un cambio en el concepto tradicional de la Ley como fuente formal de derechos.

Ley 1437 de 2011

Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las

sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

La Corte Constitucional se declaró INHIBIDA de fallar sobre este artículo por ineptitud de la demanda, mediante Sentencia C-818-11 según Comunicado de Prensa de la Sala Plena de 10. de noviembre de 2011, Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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

*Artículo 102. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. *Inciso declarado exequible* Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.*

Inciso declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-816-11 según Comunicado de Prensa de la Sala Plena de 10. de noviembre de 2011, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo, 'entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia'

Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:

1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.

2. *Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.*

3. *Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor.*

Si se hubiere formulado una petición anterior con el mismo propósito sin haber solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado deberá indicarlo así, caso en el cual, al resolverse la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud.

La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.

Esta decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción, y las autoridades podrán negar la petición con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. *Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.*

2. *Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.*

3. *Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269. Contra el acto que reconoce el derecho no proceden los recursos ni administrativos correspondientes, sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiere lugar. Si se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o la autoridad guarda silencio sobre ella, no habrá tampoco lugar a recursos administrativos ni a con-*

*trol jurisdiccional respecto de lo negado. En estos casos, el solicitante podrá acudir dentro de los treinta (30) días siguientes ante el Consejo de Estado en los términos del artículo 269 de este Código. *Inciso declarado executable* La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*

Inciso declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-816-11 según Comunicado de Prensa de la Sala Plena de 10. de noviembre de 2011, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo, 'entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia'

Los términos para la presentación de la demanda en los casos anteriormente señalados se reanudarán al vencimiento del plazo de treinta (30) días establecidos para acudir ante el Consejo de Estado cuando el interesado decidiere no hacerlo o, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de este Código.

Artículo 269. Procedimiento para la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros. Si se niega la extensión de los efectos de una sentencia de unificación o la autoridad hubiere guardado silencio en los términos del artículo 102 de este Código, el interesado podrá acudir ante el Consejo de Estado mediante escrito razonado, al que acompañará la copia de la actuación surtida ante la autoridad competente.

Del escrito se dará traslado a la administración demandada por el plazo de treinta (30) días para que aporte las pruebas que considere. La administración podrá oponerse por las mismas razones a que se refiere el artículo 102 de este Código.

Vencido el término de traslado referido anteriormente, se convocará a una audiencia que se celebrará en un plazo máximo de quince (15) días contados a partir de la notificación a las partes; en dicha audiencia se escuchará a las partes en sus alegatos y se adoptará la decisión a que haya lugar.

Si la solicitud se estima procedente, el Consejo de Estado ordenará la extensión de la jurisprudencia y el reconocimiento del derecho a que hubiere lugar. Esta decisión tendrá los mismos efectos del fallo aplicado.

Sin embargo, si la extensión del fallo implica el reconocimiento de un derecho patrimonial al peticionario, que deba ser liquidado, la liquidación se hará mediante el trámite incidental previsto para la condena in genere y el escrito que lo promueva deberá ser presentado por el peticionario, ante la autoridad judicial que habría sido competente para conocer la acción que dio lugar a la extensión de la jurisprudencia, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la decisión del Consejo de Estado.

Si el mecanismo para la reclamación del derecho sustancial fuera el de nulidad y restablecimiento del derecho, negada la solicitud se enviará el expediente a la autoridad administrativa para que resuelva el asunto de fondo, según las reglas generales, si no lo hubiere decidido con anterioridad. Si ya existiere decisión administrativa de fondo, o si el mecanismo judicial para la reclamación fuere diferente al de la pretensión de nulidad restablecimiento del derecho, con la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado se reanudará el término para demandar, conforme a las reglas establecidas para la presentación de la demanda.

Artículo 270. Sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

Artículo 271. Decisiones por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia. Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.

En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso.

Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia económica o social o a necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.

Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia. En este caso, la solicitud que eleve una de las partes o el Ministerio Público para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso no suspenderá su trámite, salvo que el Consejo de Estado adopte dicha decisión.

La instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recursos.

El precedente en la Corte Constitucional

Sentencia C-037 de 1996

Artículo 48. Alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. Sólo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República tiene carácter obligatorio general.

2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.

Consideraciones de la Corte

La jurisprudencia -como se verá más adelante- ha sido clara en definir que la labor de la Corte Constitucional, encaminada a guardar la supremacía y la integridad de la Carta (Art. 241 C.P.), hace que ella sea la responsable de interpretar con autoridad y de definir los alcances de los preceptos contenidos en la Ley Fundamental. En ese orden de ideas, resulta abiertamente inconstitu-

cional el pretender, como lo hace la norma que se estudia, que sólo el Congreso de la República interpreta por vía de autoridad. Ello es válido, y así lo define el artículo 150-1 de la Carta, únicamente en lo que se relaciona con la ley, pero no en lo que atañe al texto constitucional. Por lo demás, no sobra agregar que la expresión “Sólo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República tiene carácter obligatorio general”, contradice, en este caso, lo dispuesto en el artículo 158 superior, pues se trata de un asunto que no se relaciona con el tema de la presente ley estatutaria, es decir, con la administración de justicia.

La razones expuestas llevarán a la Corte a declarar la inexecutable de las expresiones “Sólo” y “el Congreso de la República”, bajo el entendido de que, como se ha expuesto, la interpretación que por vía de autoridad hace la Corte Constitucional, tiene carácter obligatorio general.

...

De lo dicho, se desprende claramente la exequibilidad de la norma que se revisa, excepto, como antes se ha explicado, las expresiones señaladas en la parte final del numeral 10. En efecto, sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece la norma, esta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella.

Por lo demás, cabe puntualizar que las sentencias judiciales a través de las cuales se deciden acciones de tutela, sólo tienen efectos en relación con las partes que intervienen en el proceso (Decreto 2591/91, art. 36). Sin embargo, la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución. El principio de independencia judicial, tiene que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad. La jurisprudencia

de los altos órganos jurisdiccionales, por medio de la unificación doctrinal, persigue la realización del principio de igualdad. Por consiguiente, sin perjuicio de lo observado respecto de la doctrina constitucional, la exequibilidad del segundo numeral del artículo 48, materia de examen, se declarará bajo el entendido de que las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad.

Evolución del precedente y su valor vinculante en la Corte Constitucional

Control de constitucionalidad

Esta Corporación al ejercer el control automático de constitucionalidad de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), reiteró el contenido legal, es decir que, la parte motiva de estas sentencias constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. Sólo son de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive.

De 1996 hasta la fecha, ha dado pasos importantes sobre la materia, incluso ha llegado a señalar que en sistema de fuentes, sus sentencias prevalecen sobre las leyes. Así lo precisó por ejemplo, en sentencia TY-254 de 30 de marzo de 2006:

Si en sistema de fuentes las sentencias de la Corte Constitucional por ser manifestaciones autorizadas y necesarias de la voluntad inequívoca de la Constitución, prevalecen sobre las leyes, ellas igualmente resultan vinculantes para las distintas autoridades judiciales, que no pueden a su arbitrio sustraerse a la fuerza normativa de la Constitución, la cual se impone y decanta justamente en virtud de la actividad interpretativa de su guardián, tal y como se refleja en sus fallos. (Sublíneas fuera del texto).

Se aprecia entonces un importante avance en esta materia, pues ya la parte motiva de estas sentencias, es sólo un criterio auxiliar para la actividad judicial, sino que en ella se revela fuerza vinculante u obligatoria, la cual sustenta en el siguiente razonamiento:

La parte resolutive de las sentencias de la Corte sólo es la consecuencia inexorable y puntual de las razones y criterios que en ellas se expone sobre el contenido o alcance de un determinado precepto constitucional. Por eso la doctrina constitucional, en lo que se refiere a las sentencias de exequibilidad o inexequibilidad, ha señalado que la cosa juzgada se extiende también al argumento que sirve de sustento indubitable al fallo que se pronuncia.

...

Las sentencias de la Corte Constitucional, en este sentido, por ministerio de la propia constitución, son fuentes obligatorias para discernir cabalmente su contenido.

A diferencia de lo que acontece con los demás órganos judiciales, las sentencias de la Corte Constitucional tienen la virtualidad de desplazar o incluso de excluirla del ordenamiento, cuando no la mantienen dentro de ciertas condiciones, todo en razón de su calidad de juez del Congreso.

Avance del precedente y su valor vinculante en materia de tutela

En este aspecto, sin pretender registrar su evolución histórica en detalle, ni en el orden que pudiera ser el deseado, destacamos lo siguiente:

La Ley Estatutaria de Administración de Justicia, en el artículo 48, al señalar los efectos de estas sentencias, dispuso:

...

2) Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces. (Se destaca).

La Corte Constitucional en sentencia C-037 de 1996, al ejercer el control automático de constitucionalidad, reiteró este precepto legal, es decir, que tales sentencias sólo tienen efectos en relación con las partes que intervienen²⁹ y puntualizó:

... las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio

²⁹ Artículo 36.- Efectos de la revisión. Las sentencias en que se revise una decisión de tutela sólo surtirán efectos en el caso concreto y deberán ser comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia, el cual notificará la sentencia de la Corte a las partes y adoptará las decisiones necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por ésta.

auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad.

Luego en interesante avance sostiene la Corte Constitucional una nueva tesis. Ya no que las sentencias a través de las cuales se deciden acciones de tutela sólo tienen efectos con relación a las partes que intervienen en el proceso sino que la *ratio decidendi* en ellas contenida también vinculan a los jueces ordinarios en sus providencias. Sobre el particular, entre otras, en la sentencia T-254/06, se lee:

Así como las consideraciones inescindibles de la parte resolutive de las sentencias de constitucionalidad atan a los jueces ordinarios en su interpretación, la ratio decidendi de las sentencias de tutela de la Corporación también vinculan a los jueces ordinarios en sus providencias judiciales pues, para no desconocer la Constitución en el ámbito de los derechos fundamentales se hace necesario seguir los lineamientos que la Corte Constitucional, como intérprete de la Carta, le ha dado a través del carácter objetivo o unificador de la tutela en sede de revisión.

Creo firmemente que con la evolución legislativa a que brevemente he hecho referencia, y la fuerza vinculante que el derecho positivo viene imprimiendo al precedente jurisprudencial, estamos abriendo el camino hacia una eficaz política de descongestión judicial y una sincera realización de la justicia.

Muchas gracias.

MEDIOS DE CONTROL

Olga Mélida Valle de De La Hoz

Magistrada de la Sección Tercera del Consejo de Estado

La idea del nuevo Código Contencioso Administrativo surgió en el año de 2007, ante la necesidad de adecuar la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a los cambios sociales, económicos y culturales, y a los nuevos lineamientos del Estado Social de Derecho que estatuyó la Constitución Política de 1991, respetando los derechos fundamentales.

En efecto, la motivación fundamental de la reforma en materia Contencioso Administrativo, fue la necesidad de adaptar las previsiones del Código a las disposiciones de la Constitución de 1991, en la cual se había producido un importante proceso de constitucionalización del derecho Administrativo que requería ser reflejado en el texto del Código.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consta de 309 artículos divididos en dos partes; la primera parte (artículos 1 a 102) regula los procedimientos administrativos; la segunda parte (artículos 103 a 309) se refiere a la organización de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y sus funciones jurisdiccional y consultiva.

Uno de los temas que más se debatió en la Comisión de Reforma fue el relacionado con los medios de Control, entendiéndolos como la regulación de las acciones, recursos o vías judiciales para el control de la actividad administrativa.

Vale la pena recordar que la noción de una Jurisdicción Especializada tuvo su origen en el derecho Francés, a partir de la llamada inmunidad real que se trasladó a la Administración Pública, al asumirse que con base en el principio de legalidad las autoridades no debían equivocarse, a lo que se adicionó que en razón de la tridivisión de poderes el juez ordinario no podía juzgar a la administración porque se adentraría en asuntos ajenos a su competencia.

Con base en estos postulados se fue construyendo una Jurisdicción especializada ante la cual se accedía a través de los recursos y la vía judicial.

En Colombia a partir de la institucionalización de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativa mediante la Ley 130 de 1913 se definieron unos recursos judiciales contra los actos administrativos, lo que se mantuvo en el Código de 1941 (que conservó la estructura de la jurisdicción y el carácter tanto consultivo como jurisdiccional del Consejo de Estado) con la denominación de acciones y así lo estableció el Código Contencioso Administrativo de 1984.

En este orden de ideas, y para el tema que nos interesa, es necesario analizar la definición de los términos acción y pretensión, como también lo relacionado con las denominadas acciones constitucionales y su influencia en el control judicial de la administración. Estas tesis justifican los cambios en este Título III referente a los medios de control.

Acción y pretensión

En vigencia del Código Contencioso Administrativo de 1984 se criticó la utilización de la expresión *acción*, ya que se consideraba que este Estatuto regulaba verdaderas pretensiones. Empero, también se presentaba un grupo de autores que defendían con base en la especificidad del Derecho Administrativo la institución de las acciones contencioso administrativas.

La Comisión Redactora, al debatir el tema advirtió que es de común aceptación que el ejercicio de la “*acción*” genera un vínculo o relación jurídica entre el demandante y el Estado, consistente en que aquel tiene el derecho a exigir y este la obligación de producir una sentencia determinada frente a la demanda; mientras que la “*pretensión*” crea una relación jurídica entre el demandante y el demandado, esto es lo que exigimos de otro.

Con los anteriores razonamientos concluyó la Comisión Redactora que para controlar la *acción de la Administración* es antitécnico instituir un conjunto de acciones contencioso administrativas así como hablar de una acción única contencioso administrativa y por tanto se hizo necesario regular *pretensiones contencioso administrativas*.

Aquí se presenta un cambio a partir del cual se estructura el control judicial de la administración, ya que el Código Contencioso Administrativo lo hace sin tener en cuenta el tipo de derecho vulnerado, mientras que

la Constitución instituyó acciones para cada uno de los derechos allí considerados.

Así las cosas, la Comisión decidió mantener los procedimientos especiales que existen en la legislación vigente como se observa en el texto del nuevo ordenamiento y del artículo 309 que ordena las derogaciones de la legislación preexistente.

La Comisión de Reforma, luego de un extenso debate y análisis, decidió suprimir las antiguas acciones e instituir pretensiones con los efectos jurídicos de esta institución procesal, incluyendo en el Título III no sólo las llamadas acciones del Código Contencioso Administrativo de 1984 sino las de origen constitucional tales como la acción de tutela, instituida con la finalidad de proteger los derechos fundamentales, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; la acción popular, para proteger los derechos e intereses colectivos; la acción de cumplimiento para hacer efectivas las leyes y los actos administrativos; la acción de grupo para proteger el daño causado a un determinado grupo de personas; la de responsabilidad por el daño antijurídico; la de repetición, a fin de recuperar el pago de los perjuicios causados por la culpa grave del funcionario; la de anulación, por inconstitucionalidad de los decretos del gobierno; la de pérdida de investidura de los congresistas y la electoral.

En el nuevo Código Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 18 de enero de 2011), el Título III de la parte segunda determinó los Medios de Control ante la Jurisdicción de la siguiente manera:

- Nulidad por Inconstitucionalidad (art. 135)
- Control Inmediato de Legalidad (art. 136)
- Simple nulidad (art. 137)
- Nulidad y Restablecimiento del Derecho (art. 138)
- Nulidad Electoral (art. 139)
- Reparación Directa (art. 140)
- Controversias Contractuales (art. 141)
- Repetición (art. 142)
- Pérdida de Investidura (art. 143)
- Protección de los derechos e intereses colectivos (art. 144)
- Reparación de los perjuicios causados a un Grupo (art. 145)
- Cumplimiento de normas con fuerza material de ley (art. 146)
- Nulidad de Cartas de Naturaleza y de las Resoluciones de Autorización de Inscripción. (art 147)
- Control por vía de excepción (art. 148)

En la actualidad, los medios de control antes mencionados se encuentran determinados en varios de los títulos del Código Contencioso Administrativo, entre ellos el denominado Medios de Control, que incluye las acciones de simple nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, repetición, y controversias contractuales.

El nuevo Código hace una descripción sucinta de cada uno de los medios de control, restringiéndolos en algunas oportunidades a determinadas pretensiones, estableciendo expresamente los casos en que excepcionalmente procede su interposición de acuerdo con el fin perseguido. Así tenemos:

Nulidad por inconstitucionalidad

El artículo 135 del Nuevo Ordenamiento Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece la nulidad por inconstitucionalidad que podrá ser ejercida por cualquier ciudadano a nombre propio o a través de representante legal, en cualquier tiempo, contra los Decretos que expida el Gobierno Nacional cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

En este sentido, escapan de la competencia Constitucional del Consejo de Estado los Decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno Nacional en uso de facultades extraordinarias (art 150 Numeral 10 Constitucional), los del Plan Nacional de Desarrollo (art 341 Constitucional) y los Legislativos dictados en Estados de Excepción. (arts. 212 a 215 Constitución Política).

El segundo inciso del artículo 135 del Nuevo Código, también permite pedir la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que expidan entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional, cuando la Constitución Política les atribuya en forma expresa la posibilidad de expedirlos.

En el párrafo de la norma mencionada, se le concedió al Consejo de Estado la facultad de proferir sentencia sin limitación a los cargos planteados en la demanda pudiendo fundar la declaratoria de nulidad en la violación de cualquier norma constitucional; igualmente, podrá pronunciarse sobre aquellas normas que conforman una unidad normativa con las demandadas.

Control inmediato de legalidad

El artículo 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo reproduce el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, a través de la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia.

Esta Ley de carácter estatutario, le confiere a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la competencia para revisar las medidas dictadas por las Autoridades en desarrollo de los Decretos Legislativos dictados en el marco de los estados de excepción.

El trámite del control inmediato de legalidad, regulado en el artículo 185 del Código, inicia con el envío de los actos administrativos a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a más tardar dentro de las 48 horas siguientes a su expedición, si no se envían, se actuará de oficio. La sentencia deberá analizar la legalidad de estos actos administrativos frente a la Constitución Política, la ley y en especial frente a los Decretos Legislativos que pretendan desarrollar y reglamentar.

Nulidad

El artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula la nulidad en relación con los actos administrativos de carácter general. Se mantienen las causales de nulidad establecidas en el artículo 84 del decreto 01 de 1984 -C.C.A.-

Esto es, la nulidad, como medio de control de los actos de carácter general, puede ser incoada por cualquier persona en nombre propio o a través de apoderado judicial, cuando el acto haya sido expedido con infracción de las normas en que debía fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o con falsa motivación o desviación de las atribuciones de quien lo profirió.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo restringió el ejercicio de la nulidad a los actos administrativos de carácter general, circulares de servicio, de certificación y registro, para evitar que la misma sea instaurada en forma abusiva para controvertir actos de carácter particular cuando la acción propia para demandarlos ha caducado.

Para evitar tal abuso, el texto del nuevo Código establece cuatro casos en los que se podría incoar la acción de nulidad contra actos de contenido particular, así:

1. Cuando no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo.
2. Cuando se trata de recuperar bienes de uso público.
3. Cuando los efectos nocivos del acto afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.
4. Cuando la Ley lo disponga expresamente.

En la Comisión Redactora, frente a esta norma, se presentaron dos debates a saber:

- a) En el primer tema se discutió la conveniencia de exigir que toda demanda judicial pasara primero por una decisión administrativa, de manera que se suprimiera la posibilidad de acceder directamente ante el Juez sin necesidad de obtener una respuesta previa contenida en un acto administrativo, el cual debería ser el objeto único de los juicios ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- b) El segundo tema debatido fue la posibilidad de demandar la simple nulidad de los actos administrativos de contenido particular, pretensión que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha denominado como la teoría de los móviles y finalidades.

Las excepciones incluidas en el artículo 137 del nuevo Código, son producto de la aplicación de la doctrina denominada de los móviles y finalidades.

Antecedentes de la doctrina de los Móviles y Finalidades

En vigencia de la Ley 167 de 1941, y más o menos hasta el año de 1959, el Contencioso de anulación sólo era viable contra los actos de contenido general o abstracto.

El de plena jurisdicción, por el contrario, sólo era susceptible contra los actos de alcance particular, o aquellos creadores de situaciones individuales o concretas.

Sin embargo, el Consejo de Estado previo a un amplio debate, profirió una jurisprudencia que está contenida en el fallo de 10 de agosto de 1961, M.P. Dr. Carlos Gustavo Arrieta, que con algunas variantes es aplicada a la fecha. En esta doctrina se señalaron los siguientes lineamientos:

- Los motivos y fines de la impugnación determinan la acción a incoar.
- Para la defensa de la legalidad procede la acción de nulidad o de plena jurisdicción
- Si opera restablecimiento del derecho automático no procede la acción de nulidad salvo que se intente dentro de los cuatro meses
- Si se busca la protección de derechos particulares la acción a incoar es la de plena jurisdicción
- Los motivos y finalidades del acto deben estar en consonancia con los motivos y finalidades que las normas asignan a la acción.

Se precisó que los únicos motivos determinantes del contencioso popular de anulación son los de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en esos estatutos superiores, y que sus finalidades son las de someter a la administración pública al imperio del derecho objetivo. Pero como la causa y objeto de la acción son incompatibles con la protección de derechos particulares, al utilizarla con ese último propósito se desnaturaliza la esencia del sistema. Habría una simulación de motivos, de intereses y de fines que los textos rechazan implícitamente. La aceptación de ese sistema traería como consecuencia el desconocimiento de los mandatos legales sobre caducidad de la acción privada.

En el año de 1972, la Sala Plena del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Humberto Mora Osejo, profirió el auto de 21 de agosto en el que se hicieron importantes precisiones a la anterior doctrina, así:

- Si bien la acción de nulidad procede contra todos los actos administrativos, generales y particulares, cuando se pretenda el restablecimiento de derechos particulares se debe acudir a la acción de plena jurisdicción.
- La ley determina el régimen de las acciones teniendo en cuenta su índole o naturaleza. Tal es el caso de las acciones contenciosas administrativas, entre las cuales se encuentran las de nulidad y plena jurisdicción.
- La diferencia fundamental de las acciones de nulidad y plena jurisdicción radica en que en la primera (nulidad), el objeto es la tutela del orden jurídico abstracto, origina un proceso que en principio no implica litigio (el interés del actor se confunde con el de la colectividad); en la segunda, plena jurisdicción, la finalidad es la garantía de los derechos civiles o administrativos violados o conculcados al titular por la actividad de la administración.

Estas precisiones resultaron muy adecuadas después de la expedición del Decreto 01 de 1984, que reguló el tema en los artículos 84 y siguientes.

Así, en auto de 2 de agosto de 1990, reiterado en sentencia de 28 de agosto de 1992, expedida por la Sección Primera, se concluyó que los actos de contenido particular, en principio, no son susceptibles de ser atacados en ejercicio de la acción de nulidad simple, salvo en aquellos eventos expresamente determinados por la ley como los relacionados con la expedición de Cartas de Naturaleza y actas de escrutinio de los jurados de votación (artículos 221 y 223 del C.C.A.), en ese sentido, la acción de simple nulidad podía ser utilizada excepcionalmente para acusar actos diferentes de los de contenido general.

En sentencia de 26 octubre 1995, la Sección Primera del Consejo de Estado, con ponencia del Doctor Libardo Rodríguez, determinó que la acción de simple nulidad también procede cuando el acto demandado a pesar de afectar una persona determinada, represente un interés para la comunidad por afectar el orden público, social o económico, caso en el cual es necesario vincular al perjudicado.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 18 abril 1996, retomó la versión original de la doctrina, reconociendo plena vigencia a la jurisprudencia de 10 agosto 1961, advirtiendo que la acción de simple nulidad procede contra *todos los actos generales y particulares excepto en los casos en que la nulidad implique un restablecimiento automático*, evento en el cual el afectado con la decisión deberá incoar la acción pertinente dentro del término de caducidad.

En sentencia de 29 de octubre de 1996, la Sala Plena del Consejo de Estado, afirmó que la acción de simple nulidad procede contra los actos de carácter general y particular en dos casos:

- a) Cuando expresamente lo consagre la ley
- b) Cuando el acto despierte un especial interés para la comunidad que trascienda el mero interés de la legalidad en abstracto, comprometiendo el orden público, social o económico del país.

Esta última tesis fue entendida como restrictiva de la que venía desarrollando la teoría de los móviles y finalidades dado que limitó el ejercicio de la acción de nulidad simple contra actos particulares a los eventos en que el acto implicara el resquebrajamiento grave del orden jurídico y el desmejoramiento del patrimonio económico, social o cultural de la Nación, y a los casos en que la ley expresamente lo permita; manifestación que no constituye un criterio jurisprudencial sino el mero acatamiento de un mandato legal.

La decisión de la Corte Constitucional

Con motivo de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 84 del C.C.A., la Corte Constitucional en sentencia C-426 de 29 mayo 2002, lo declaró exequible “*siempre y cuando se entienda que la acción de nulidad también procede contra los actos de contenido particular y concreto cuando la pretensión es exclusivamente el control de la legalidad en abstracto*”.

En esa oportunidad, la Corte Constitucional consideró que la jurisprudencia del Consejo de Estado según la cual la acción de nulidad simple procede contra los actos de contenido particular en dos casos, a saber, cuando la ley lo consagre expresamente o cuando estos representen interés para la comunidad; es contraria a las garantías constitucionales de defensa y acceso a la administración de justicia dado que restringe el ejercicio de la misma a situaciones que no están fijadas en el texto legal.

En ese sentido, la teoría de los móviles y finalidades es violatoria del derecho de acceso a la administración de justicia en razón a que el texto del artículo 84 del C.C.A. no establece limitante para el ejercicio de la acción de nulidad y sólo prevé que la nulidad será declarada por cualquiera de las causales de anulación allí descritas. No distingue entre actos de contenido general o particular y menos si estos tienen trascendencia social o no.

Agregó que la tesis así entendida, viola el derecho al debido proceso porque ignora que la norma permite demandar por la vía de la nulidad simple, los actos administrativos expedidos con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, que evidentemente no sólo afectan a los de contenido general sino también a los de carácter particular.

Posición del Consejo de Estado frente al fallo de la Corte Constitucional

La Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de marzo de 2003, con ponencia del Doctor Manuel Santiago Urueta Ayola, al decidir la acción de nulidad de que trata el artículo 84 del C.C.A., ejercida por la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, refutó la sentencia de la Corte Constitucional por las siguientes razones:

1. Desconoce el carácter de orden público de las normas procesales, al permitirle al actor escoger a voluntad el juez de conocimiento de su causa, alterando así las reglas de competencia.
2. Institucionaliza la vía de hecho al considerar que puede existir un pronunciamiento judicial respecto a la legalidad en abstracto

del acto particular manteniendo intangible el derecho, es decir, que en los casos en que proceda la nulidad la situación particular queda sin respaldo jurídico.

3. Pasa por alto la figura del decaimiento del acto administrativo cuando desaparecen sus fundamentos de hecho y de derecho porque obliga a mantener situaciones particulares que se originan en el acto declarado nulo.
4. No tiene en cuenta la legitimación en la causa de la parte demandante al permitirle a cualquier ciudadano incoar la acción de nulidad contra actos de carácter particular.
5. Desconoce el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.
6. Desnaturaliza el procedimiento de la vía gubernativa en actos administrativos particulares.
7. Confunde los intereses general y particular al desconocer que las normas procesales son de orden público y por tanto no pueden ceder al interés del actor.
8. Desconoce las normas legales sobre nulidad contra actos administrativos de contenido particular al permitir que estos también sean demandados a través de la acción de nulidad simple sin tener en cuenta las distinciones hechas por el propio legislador.

Luego de las anteriores precisiones, la Sala Plena concluyó que el acto acusado creó una situación jurídica de carácter particular consistente en el reconocimiento de una personería jurídica que no es controvertible, según la ley y la jurisprudencia de la Corporación, a través de la acción de simple nulidad por no comportar *“un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad”*, y en tal sentido, no merece la aplicación del contencioso objetivo, en los términos de la sentencia de 29 de octubre de 1996. Por lo anterior, en aras de la prevalencia del derecho sustancial, la acción incoada por la actora se interpretó como de nulidad y restablecimiento del derecho.

Conclusión

El anterior recuento jurisprudencial permite concluir que la doctrina de los móviles y finalidades concebida desde el año 1961 en un sentido amplio, ha sido reiterada en varias oportunidades por las diferentes Secciones de la

Corporación en razón a que constituye un instrumento importante para determinar, en los casos que lo requieran, el medio de control idóneo para controvertir actos administrativos de carácter particular *de acuerdo con el fin perseguido*.

Así lo entendió esta Corporación al redactar el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, al aplicar la teoría de los móviles y las finalidades en su sentido primigenio, atendiendo el objetivo perseguido por el demandante al ejercer la nulidad y no la naturaleza del acto acusado.

En tal sentido, el nuevo Código determina que el medio de control de *nulidad*, podrá ser incoado excepcionalmente contra actos administrativos de contenido particular siempre que “*no se persiga*” o genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo para el demandante, caso en el cual, la demanda deberá tramitarse conforme a lo dispuesto para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho respetando el término de caducidad.

Nulidad y restablecimiento del Derecho (Art 138 Ley 1437 de 2011)

Este medio de control tiene su origen en el artículo 85 del C.C.A. Puede ser incoado por cualquier persona que se sienta lesionada por un acto particular expreso o presunto, para restablecer su derecho o lograr la reparación del daño.

Las causales de procedencia de este medio de control son las mismas establecidas para el de nulidad de actos de carácter general.

En aplicación de la teoría de los móviles y finalidades, se incluyó la posibilidad de demandar a través de este medio de control, actos administrativos generales siempre que la persona que pretenda el restablecimiento del derecho o la reparación del daño causado haya presentado la demanda dentro de los cuatro meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de dicho acto administrativo de carácter general.

El término de caducidad (*oportunidad para presentar la demanda*) antes mencionado está regulado en el literal d) del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, contado

a partir de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo.

Se entiende que los actos generales demandables a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho serán exclusivamente aquellos que generen una afectación particular con motivo de un acto expreso de ejecución o de cumplimiento del general y por tal razón es que también están sometidos a término de caducidad (oportunidad), situación que no ocurre con los generales atacables a través del medio de control de nulidad, precisamente porque a través de éste se persigue exclusivamente el estudio de legalidad que procede en cualquier tiempo.

Nulidad electoral

El artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a diferencia de lo establecido en el artículo 223 del C.C.A –decreto 01 de 1984-, incluye la definición de éste medio de control como aquel que puede ejercer cualquier persona para pedir la nulidad de actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales o de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden, al igual que los actos de llamamiento para proveer vacantes en las Corporaciones Públicas.

También procede contra actos expedidos en etapas de elección que resuelvan reclamaciones o irregularidades siempre que se demande el de elección, para tal efecto, el demandante deberá señalar las etapas o registro electorales que inciden en el acto final (de elección).

Se sustenta en la reforma constitucional dispuesta mediante el Acto Legislativo 01 de 2009, que le incluyó al artículo 237 de la Constitución Política, un numeral 7, según el cual el Consejo de Estado tendrá además la atribución de “conocer de la acción de nulidad electoral”.

Cuando este medio de control sea ejercido con base en causales de nulidad por anomalías en el proceso de votación y en el escrutinio, es *requisito de procedibilidad* que tales irregularidades hayan sido sometidas al examen de la autoridad administrativa correspondiente (Consejo Nacional Electoral) y que los actos que las definan sean incluidos en la demanda.

Tal previsión impone una forma de “*agotamiento de vía gubernativa*” obligatoria para incoar el medio de control de nulidad electoral cuando el mismo se sustente en irregularidades en los procesos de votación y escrutinios

que deberán ser resueltos en primer lugar por la autoridad administrativa constituida por el Consejo Nacional Electoral.

También exige requisito de procedibilidad el artículo 161 numeral 6 –ley 1437 de 2011–, cuando se invoquen como causales de nulidad del acto de elección por voto popular aquellas contenidas en los numerales 3 y 4 del artículo 275 del Código.

En relación con el término de caducidad para incoar este medio de control, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, lo amplía de 20 a 30 días contados a partir del día siguiente de la audiencia pública en que se declare la elección o el siguiente al de la publicación, o siguiente al de la confirmación (artículo 164 numeral 2).

Las decisiones de contenido electoral sólo podrán ser controvertidas a través del medio de control de nulidad electoral excluyendo de manera expresa el ejercicio de los mecanismos para proteger los derechos e intereses colectivos regulados en la ley 472 de 1998.

Reparación directa

Este medio de control tiene su fuente directa en el artículo 90 de la Constitución Política, en razón a que es éste precepto el que le impone al Estado la obligación de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos causados con motivo de la acción u omisión de las autoridades públicas.

Cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos, el Estado deberá repararlo siempre que sea imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo instrucciones de un ente público.

El texto del nuevo Código determina expresamente que las entidades públicas también podrán incoar este medio de control cuando resulten perjudicadas por una entidad del mismo carácter o un particular.

En los casos en que el daño antijurídico se impute al Estado y a un particular, la norma prevé que en la sentencia que así lo declare, se deberá fijar la proporción a cargo de cada una según la influencia aplicada al hecho u omisión.

Según este medio de control, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción

u omisión de los Agentes del Estado, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política.

De conformidad con lo anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

También deberán las entidades públicas promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

El término de caducidad dispuesto para el medio de control de reparación directa es de dos años contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión, o desde cuando se tuvo conocimiento del mismo.

En relación con este punto, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el artículo 164, literal i), determina expresamente que en el evento de que el medio de control de reparación derive del delito de desaparición forzada, el término de caducidad podrá contarse a partir de la fecha en que aparezca la víctima o desde la ejecutoria del fallo proferido en el proceso penal, sin perjuicio de que pueda intentarse desde el momento en que ocurren los hechos que generan la desaparición.

Tal previsión se sustenta en la desafortunada necesidad de tipificar dicha conducta a través de la Ley 589 de 2000, a través de la cual se insertan varios tipos en el Código Penal.

Controversias contractuales

Este medio de control tiene su origen en el artículo 87 del C.C.A. Tiene como finalidad resolver aquellas controversias derivadas de los contratos estatales.

Puede ser ejercido por cualquiera de las partes de un contrato con el fin de que se declare la existencia o nulidad del acto contractual, se ordene su revisión, se declare su incumplimiento o se decrete la nulidad de los actos que se expidan en el curso de la actividad contractual.

También podrá ser ejercido con el fin de que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios causados. El texto del nuevo Código determina expresamente que también procederá para exigir la liquidación judicial del contrato cuando ésta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la Entidad Estatal no la haya liquidado unilateralmente dentro de los plazos legales o contractuales.

Este medio de control no procede contra los actos proferidos *antes de la celebración* del contrato, pues éstos sólo son demandables a través de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho.

El texto del nuevo Código le permite al Juez Contencioso declarar de oficio la nulidad absoluta de los contratos cuando se encuentre plenamente demostrada y hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.

El término de caducidad fijado para este medio de control es de dos años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que sirvan de fundamento a la pretensión. En los demás casos, el cómputo de los términos de caducidad se mantiene.

Repetición

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, este medio de control puede ser incoado cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de resolución de conflictos, generada por la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público o ex servidor, o particular con funciones públicas, casos en los cuales la Entidad pública respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado.

Para lograr la pretensión de repetición, la entidad pública podrá usar la figura del llamamiento en garantía del servidor o ex servidor generador del daño, dentro del proceso de reparación directa.

El Código Contencioso actual incluye la pretensión de repetición en el texto del artículo 86 que regula la acción de reparación directa, situación que cambió el nuevo Código al fijar como medio de control independiente el de “*repetición*”.

El texto del nuevo Código, precisa que cuando se ejerza la pretensión *autónoma* de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones, en la que conste que la Entidad realizó el

pago, será prueba suficiente para iniciar la pretensión contra el funcionario responsable del daño.

El término de caducidad de este medio de control es de dos años, contados a partir del día siguiente al de la fecha del pago o, desde el vencimiento del plazo que tiene la Administración para el pago de la condena conforme a lo previsto en el Código.

Pérdida de investidura

Este medio de control tiene su origen en el artículo 183 de la Constitución Política que determina las causales por las cuales los Congresistas perderán su investidura. El Nuevo Código la extiende expresamente a otros servidores públicos de elección popular como Diputados, Concejales y ediles.

Podrá ser ejercido por la Mesa Directiva de la Cámara que corresponda, de la Asamblea Departamental, del Concejo Municipal o de la junta administradora local, o por cualquier ciudadano con fundamento en las causales establecidas en la Constitución Política.

En nuestro criterio debe entenderse que también la mesa directiva del Concejo Distrital, podrá pedir la pérdida de investidura de los concejales distritales, así no lo diga la norma de manera expresa.

La Ley 144 de 1994, establece el procedimiento de pérdida de investidura de los Congresistas de que conoce la Sala Plena del Consejo de Estado según lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 98 del C.C.A.

Protección de los derechos e intereses colectivos

El artículo 144 del nuevo Código inserta como “*Medio de Control*” la “*acción*” a la que se refiere el artículo 88 de la Constitución Política para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza. Dicho mecanismo es denominado en el Carta Política como “*acciones populares*”, regulada en la Ley 472 de 1998.

Según el texto del nuevo Código, cualquier persona tendrá la posibilidad de pedir la protección de los derechos e intereses colectivos y además solicitar la adopción de las medidas necesarias para evitar el daño

contingente, cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio de los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Esta protección podrá ser incoada cuando la conducta vulnerante provenga de un acto administrativo o un contrato, casos en los cuales el Juez no podrá anularlos, sólo adoptará las medidas necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

Como *requisito de procedibilidad* de este medio de control, el demandante deberá solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones públicas, que adopte las medidas necesarias para proteger el derecho o interés colectivo amenazado o violado. La petición deberá ser resuelta dentro de los 15 días siguientes a la solicitud. (Conc. Art 161 numeral 4).

Podrá obviarse el requisito previo en los casos en que exista un inminente peligro de que ocurra un perjuicio irremediable.

Reparación de perjuicios causados a un grupo

El Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo en el artículo 145, incluye como “*Medio de Control*” el de reparación de los perjuicios causados a un grupo, permitiéndole a cualquier persona que pertenezca a un conjunto en el que todas tengan condiciones uniformes respecto a la causa que originó perjuicios individuales, solicitar en nombre de todas la declaratoria de responsabilidad del Estado y el reconocimiento y pago de indemnización de perjuicios.

Cuando un acto administrativo afecte a 20 o más personas, podrá solicitarse su nulidad cuando sea necesaria para determinar la responsabilidad siempre que uno de los integrantes del grupo haya agotado el recurso administrativo obligatorio.

Es del caso precisar que el medio de control en cita está consagrado en el artículo 88 de la Constitución Política como una “*acción*” que podrá presentarse por daños ocasionados a un número plural de personas.

Es la Constitución Política la que le atribuye el carácter de acción al mecanismo antes citado, imponiéndole al Legislativo la reglamentación de dicha materia que efectivamente se cumplió con la Ley 472 de 1998.

Cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos

El artículo 146 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo le da el carácter de “*Medio de Control*” a la posibilidad que tiene toda persona de acudir ante la “*Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*” para hacer efectivo el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos, previa *constitución de renuencia*.

En relación con este medio de control es necesario remitirse nuevamente a la Constitución Política, que en su artículo 87 le da el carácter de “*acción*” a la solicitud que interponga cualquier persona ante “*la autoridad judicial*” con el fin de hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo.

En el texto de la Carta Política se lee que en caso de “*prosperar la acción*”, en la sentencia se ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.

A mi juicio, los últimos tres “medios de control”, no debieron incluirse en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo bajo esa denominación porque la Constitución Política les da el carácter de “*acciones constitucionales*” que fueron objeto de desarrollo legal a través de las Leyes 393 de 1997 y 472 de 1998.

Así, las acciones populares, de grupo y de cumplimiento, están definidas en la Constitución y la Ley y por tanto era innecesaria una definición adicional en el nuevo Código y menos cuando ésta se hace en el capítulo de medios de control.

A lo sumo, la mención de estas acciones debió realizarse en relación con los asuntos de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dado que las leyes que las regulan imponen su conocimiento a los Jueces y Tribunales Administrativos en los casos en que la acción u omisión que genera el daño provenga de la Administración Pública; en los demás la competencia está asignada a la Jurisdicción Civil.

Nulidad de las cartas de naturaleza y de las resoluciones de inscripción

Según lo establecido en el artículo 147, este medio de control puede ser ejercido por cualquier persona en la oportunidad y por las causales previstas en

la ley 43 de 1993, que regula la adquisición, renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana.

Las causales de nulidad y el trámite del procedimiento están regulados en los artículos 20 y 21 de la Ley 43 de 1993. Según lo dispuesto en el literal b) del artículo 164, el término de caducidad para acudir a este medio de control es de 10 años contados a partir de la fecha de expedición de la carta de naturaleza o resolución de autorización de inscripción.

Control por vía de excepción

Se refiere a la facultad dispuesta en el artículo 4 de la Constitución Política que permite a los jueces en general inaplicar una ley o norma que sea incompatible con la Constitución.

El artículo 148 del nuevo Código, concreta esta figura constitucional estableciendo que en los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el Juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos *inter partes* los *actos administrativos* cuando vulneren la Constitución Política o la Ley.

La decisión en ese sentido, sólo tendrá efectos en el proceso dentro del cual se adopte.

Conclusiones

1. Uno de los propósitos del nuevo Código Contencioso Administrativo fue articular el nuevo procedimiento administrativo con la Constitución de 1991 y con las realidades socioeconómicas del nuevo modelo de Estado y de la administración, garantizando el respeto a los derechos fundamentales.
2. Con esta finalidad se incluyeron en el nuevo Código todas las leyes especiales que trataban las acciones constitucionales, en particular la tutela, las acciones de grupo, popular, cumplimiento y pérdida de investidura, sin embargo, a mi juicio, este punto no era de trascendencia si se tiene en cuenta que estas acciones constitucionales tienen reglamentación especial y además a nivel de seguridad jurídica el tema ha sido decantado a través de la Jurisprudencia.

3. Se introdujeron prácticamente todas las normas del Código de Procedimientos Civil aplicables al proceso Contencioso Administrativo, para evitar las remisiones que en el estatuto actual son muy frecuentes.
4. Se elevó a norma legal la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado denominada como teoría de los móviles y finalidades.
5. Se presenta un cambio importante en el sentido de que a partir del nuevo Código se habla de medios de control como único mecanismo para reclamar las pretensiones autorizadas.
6. El nuevo código no crea ningún medio de control de los ya existentes.

TEORÍA DE LOS MÓVILES Y FINALIDADES
Y SU INFLUENCIA EN EL NUEVO CÓDIGO
CONTENCIOSO

Bertha Lucía Ramírez de Páez

Magistrada de la Sección Segunda del Consejo de Estado

En vigencia del Código Contencioso Administrativo de 1984 se criticó la utilización de la expresión acción, ya que se consideraba que este Estatuto regulaba verdaderas pretensiones. Empero, también se presentaba un grupo de autores que defendían con base en la especificidad del Derecho Administrativo la institución de las acciones contencioso administrativas.

La Comisión Redactora, al debatir el tema advirtió que es de común aceptación que el ejercicio de la “*acción*” genera un vínculo o relación jurídica entre el demandante y el Estado, consistente en que aquel tiene el derecho a exigir y este la obligación de producir una sentencia determinada frente a la demanda; mientras que la “*pretensión*” crea una relación jurídica entre el demandante y el demandado, esto es lo que exigimos de otro.

Ante tales planteamientos, la Comisión Redactora concluyó que la acción de la Administración debe estar regulada por pretensiones contencioso administrativas atendiendo el tipo de derecho vulnerado.

Así las cosas, el nuevo Código Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 18 de enero de 2011), determinó los Medios de Control ante la Jurisdicción de la siguiente manera:

1. Nulidad por Inconstitucionalidad
2. Control Inmediato de Legalidad
3. Simple nulidad
4. Nulidad y Restablecimiento del Derecho
5. Nulidad Electoral
6. Reparación Directa
7. Controversias Contractuales
8. Acción de Repetición
9. Acción de Pérdida de Inversión

10. Acción Popular
11. Acción de Grupo
12. Acción de Cumplimiento
13. Nulidad de Cartas de Naturaleza y las Resoluciones de Autorización de Inscripción.
14. Control por vía de excepción

En la actualidad, los medios de control antes mencionados se encuentran determinados en varios de los títulos del Código Contencioso Administrativo, entre ellos el denominado Medios de Control, que incluye las acciones de simple nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, repetición, y controversias contractuales.

El nuevo Código Contencioso Administrativo hace una descripción sucinta de cada uno de los medios de control, restringiéndolos en algunas oportunidades a determinadas pretensiones y establece expresamente los casos en que procede su interposición de acuerdo con el fin perseguido.

Así, el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula la nulidad en relación con los actos administrativos de carácter general con base en lo establecido en el artículo 84 del C.C.A.

La nulidad, como medio de control de los actos de carácter general, puede ser incoada por cualquier persona en nombre propio o a través de apoderado judicial, cuando el acto haya sido expedido con infracción de las normas en que debía fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o con falsa motivación o desviación de las atribuciones de quien lo profirió.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo restringió el ejercicio del medio de control de nulidad a los actos administrativos de carácter general, circulares de servicio y, de certificación y registro, para evitar que la misma sea instaurada en forma abusiva para controvertir actos de carácter particular cuando la acción propia para demandarlos ha caducado.

Para evitar tal abuso, el texto del nuevo Código establece cuatro casos en los que se podría incoar la acción de nulidad contra actos de contenido particular, así:

1. Cuando no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo.
2. Cuando se trata de recuperar bienes de uso público.

3. Cuando los efectos nocivos del acto afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.
4. Cuando la Ley lo disponga expresamente.

En la Comisión Redactora, frente a esta norma, se presentaron dos debates a saber:

- a) En el primer tema se discutió la conveniencia de exigir que toda demanda judicial pasara primero por una decisión administrativa, de manera que se suprimiera la posibilidad de acceder directamente ante el Juez sin necesidad de obtener una respuesta previa contenida en un acto administrativo, el cual debería ser el objeto único de los juicios ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- b) El segundo tema debatido fue la posibilidad de demandar la simple nulidad de los actos administrativos de contenido particular, pretensión que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha denominado como la teoría de los móviles y finalidades.

Las excepciones incluidas en el artículo 137 del nuevo Código, son producto de la aplicación de la doctrina denominada de los móviles y finalidades.

Antecedentes de la doctrina de los Móviles y Finalidades

En vigencia de la Ley 167 de 1941, y más o menos hasta el año 1959, el Contencioso de anulación sólo era viable contra los actos de contenido general o abstracto.

El de plena jurisdicción, por el contrario, sólo era susceptible contra los actos de alcance particular, o aquellos creadores de situaciones individuales o concretas.

Sin embargo, el Consejo de Estado previo a un amplio debate, profirió una jurisprudencia que está contenida en el fallo de 10 de agosto de 1961, M.P. Dr. Carlos Gustavo Arrieta, que con algunas variantes es aplicada a la fecha. En esta doctrina se señalaron los siguientes lineamientos:

- Los motivos y fines de la impugnación determinan la acción a incoar.
- Para la defensa de la legalidad procede la acción de nulidad o de plena jurisdicción
- Si opera restablecimiento del derecho automático no procede la acción de nulidad salvo que se intente dentro de los cuatro meses

- Si se busca la protección de derechos particulares la acción a incoar es la de plena jurisdicción
- Los motivos y finalidades del acto deben estar en consonancia con los motivos y finalidades que las normas asignan a la acción.

Se precisó que los únicos motivos determinantes del contencioso popular de anulación son los de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en esos estatutos superiores, y que sus finalidades son las de someter a la administración pública al imperio del derecho objetivo. Pero como la causa y objeto de la acción son incompatibles con la protección de derechos particulares, al utilizarla con ese último propósito se desnaturaliza la esencia del sistema. Habría una simulación de motivos, de intereses y de fines que los textos rechazan implícitamente. La aceptación de ese sistema traería como consecuencia el desconocimiento de los mandatos legales sobre caducidad de la acción privada.

En el año de 1972, la Sala Plena del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Humberto Mora Osejo, profirió el auto de 21 agosto en el que se hicieron importantes precisiones a la anterior doctrina, así:

- Si bien la acción de nulidad procede contra todos los actos administrativos, generales y particulares, cuando se pretenda el restablecimiento de derechos particulares se debe acudir a la acción de plena jurisdicción.
- La ley determina el régimen de las acciones teniendo en cuenta su índole o naturaleza. Tal es el caso de las acciones contenciosas administrativas, entre las cuales se encuentran las de nulidad y plena jurisdicción.
- La diferencia fundamental de las acciones de nulidad y plena jurisdicción radica en que en la primera (nulidad), el objeto es la tutela del orden jurídico abstracto, origina un proceso que en principio no implica litigio (el interés del actor se confunde con el de la colectividad); en la segunda, plena jurisdicción, la finalidad es la garantía de los derechos civiles o administrativos violados o conculcados al titular por la actividad de la administración.

Estas precisiones resultaron muy adecuadas después de la expedición del Decreto 01 de 1984, que reguló el tema en los artículos 84 y siguientes.

Así, en auto de 2 de agosto de 1990, reiterado en sentencia de 28 de agosto de 1992, expedida por la Sección Primera, se concluyó que los actos de contenido particular, en principio, no son susceptibles de ser atacados

en ejercicio de la acción de nulidad simple, salvo en aquellos eventos expresamente determinados por la ley como los relacionados con la expedición de Cartas de Naturaleza y actas de escrutinio de los jurados de votación (artículos 221 y 223 del C.C.A.), en ese sentido, la acción de simple nulidad podía ser utilizada excepcionalmente para acusar actos diferentes de los de contenido general.

En sentencia de 26 octubre 1995, la Sección Primera del Consejo de Estado, con ponencia del Doctor Libardo Rodríguez, determinó que la acción de simple nulidad también procede cuando el acto demandado a pesar de afectar una persona determinada, represente un interés para la comunidad por afectar el orden público, social o económico, caso en el cual es necesario vincular al perjudicado.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 18 abril 1996, retomó la versión original de la doctrina, reconociendo plena vigencia a la jurisprudencia de 10 agosto 1961, advirtiendo que la acción de simple nulidad procede contra *todos los actos generales y particulares excepto en los casos en que la nulidad implique un restablecimiento automático*, evento en el cual el afectado con la decisión deberá incoar la acción pertinente dentro del término de caducidad.

En sentencia de 29 de octubre de 1996, la Sala Plena del Consejo de Estado, afirmó que la acción de simple nulidad procede contra los actos de carácter general y particular en dos casos:

- c) Cuando expresamente lo consagre la ley
- d) Cuando el acto despierte un especial interés para la comunidad que trascienda el mero interés de la legalidad en abstracto, comprometiendo el orden público, social o económico del país. Esta última tesis fue entendida como restrictiva de la que venía desarrollando la teoría de los móviles y finalidades dado que limitó el ejercicio de la acción de nulidad simple contra actos particulares a los eventos en que el acto implicara el resquebrajamiento grave del orden jurídico y el desmejoramiento del patrimonio económico, social o cultural de la Nación, y a los casos en que la ley expresamente lo permita; manifestación que no constituye un criterio jurisprudencial sino el mero acatamiento de un mandato legal.

La decisión de la Corte Constitucional

Con motivo de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 84 del C.C.A., la Corte Constitucional en sentencia C-426 de 29 mayo 2002, lo declaró exequible “*siempre y cuando se entienda que la acción de nulidad también procede contra los actos de contenido particular y concreto cuando la pretensión es exclusivamente el control de la legalidad en abstracto*”.

En esa oportunidad, la Corte Constitucional consideró que la jurisprudencia del Consejo de Estado según la cual la acción de nulidad simple procede contra los actos de contenido particular en dos casos, a saber, cuando la ley lo consagre expresamente o cuando estos representen interés para la comunidad; es contraria a las garantías constitucionales de defensa y acceso a la administración de justicia dado que restringe el ejercicio de la misma a situaciones que no están fijadas en el texto legal.

En ese sentido, la teoría de los móviles y finalidades es violatoria del derecho de acceso a la administración de justicia en razón a que el texto del artículo 84 del C.C.A. no establece limitante para el ejercicio de la acción de nulidad y sólo prevé que la nulidad será declarada por cualquiera de las causales de anulación allí descritas. No distingue entre actos de contenido general o particular y menos si estos tienen trascendencia social o no.

Agregó que la tesis así entendida, viola el derecho al debido proceso porque ignora que la norma permite demandar por la vía de la nulidad simple, los actos administrativos expedidos con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, que evidentemente no sólo afectan a los de contenido general sino también a los de carácter particular.

Posición del Consejo de Estado frente al fallo de la Corte Constitucional

La Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de marzo de 2003, con ponencia del Doctor Manuel Santiago Urueta Ayola, al decidir la acción de nulidad de que trata el artículo 84 del C.C.A., ejercida por la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, refutó la sentencia de la Corte Constitucional por las siguientes razones:

1. Desconoce el carácter de orden público de las normas procesales, al permitirle al actor escoger a voluntad el juez de conocimiento de su causa, alterando así las reglas de competencia.
2. Institucionaliza la vía de hecho al considerar que puede existir un pronunciamiento judicial respecto a la legalidad en abstracto

- del acto particular manteniendo intangible el derecho, es decir, que en los casos en que proceda la nulidad la situación particular queda sin respaldo jurídico.
3. Pasa por alto la figura del decaimiento del acto administrativo cuando desaparecen sus fundamentos de hecho y de derecho porque obliga a mantener situaciones particulares que se originan en el acto declarado nulo.
 4. No tiene en cuenta la legitimación en la causa de la parte demandante al permitirle a cualquier ciudadano incoar la acción de nulidad contra actos de carácter particular.
 5. Desconoce el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho
 6. Desnaturaliza el procedimiento de la vía gubernativa en actos administrativo particulares
 7. Confunde los intereses general y particular al desconocer que las normas procesales son de orden público y por tanto no pueden ceder al interés del actor.
 8. Desconoce las normas legales sobre nulidad contra actos administrativos de contenido particular al permitir que estos también sean demandados a través de la acción de nulidad simple sin tener en cuenta las distinciones hechas por el propio legislador.

Luego de las anteriores precisiones, la Sala Plena concluyó que el acto acusado creó una situación jurídica de carácter particular consistente en el reconocimiento de una personería jurídica que no es controvertible, según la ley y la jurisprudencia de la Corporación, a través de la acción de simple nulidad por no comportar *“un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad”*, y en tal sentido, no merece la aplicación del contencioso objetivo, en los términos de la sentencia de 29 de octubre de 1996. Por lo anterior, en aras de la prevalencia del derecho sustancial, la acción incoada por la actora se interpretó como de nulidad y restablecimiento del derecho.

Conclusión

El anterior recuento jurisprudencial permite concluir que la doctrina de los móviles y finalidades concebida desde el año 1961 en un sentido amplio, ha sido reiterada en varias oportunidades por las diferentes Secciones de la Corporación en razón a que constituye un instrumento importante para determinar, en los casos que lo requieran, el medio de control idóneo para

controvertir actos administrativos de carácter particular *de acuerdo con el fin perseguido*.

Así lo entendió esta Corporación al redactar el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, al aplicar la teoría de los móviles y las finalidades en su sentido primigenio, atendiendo el objetivo perseguido por el demandante al ejercer la nulidad y no la naturaleza del acto acusado.

En tal sentido, el nuevo Código determina que el medio de control de *nulidad*, podrá ser incoado excepcionalmente contra actos administrativos de contenido particular siempre que “*no se persiga*” o genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo para el demandante, caso en el cual, la demanda deberá tramitarse conforme a lo dispuesto para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho respetando el término de caducidad.

EL RÉGIMEN DE MEDIDAS CAUTELARES
EN LA LEY 1437 DE 2011

Gustavo Eduardo Gómez Aranguren
Presidente del Consejo de Estado

En primer lugar debe señalarse que *“Las medidas cautelares son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada”*¹.

Con fundamento en lo anterior puede afirmarse que las medidas cautelares constituyen un tipo de tutela procesal que se concede durante la tramitación de un proceso principal, dentro de lo que se ha denominado proceso cautelar, cuya función principal es asegurar el cumplimiento de la sentencia que posteriormente se dictará.

Tales instrumentos no fueron concebidos como sanciones contra la parte frente a quien se promueven, sino como mecanismos de protección de los derechos, que operan de manera anticipada e independiente de la decisión de fondo que se llegue a adoptar en el proceso.

En materia de medidas cautelares la Ley 1437 del 18 de enero de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – en adelante CPA y CA², constituye un gran avance respecto de la panorámica existente en el país.

El precario e incipiente régimen anterior, contenido en los artículos 152 y siguientes del Decreto 01 de 1984, tan solo consagraba la medida de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, figura que únicamente resultaba aplicable en las acciones de simple nulidad y de nulidad con restablecimiento del derecho y que siempre se caracterizó por

1 Corte Constitucional, sentencia C-523 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.

2 Que comenzó a regir el pasado 2 de julio de 2012, de acuerdo al texto del artículo 308.

su inoperancia, debido a las exigencias que vía jurisprudencial se introdujeron para su aplicación.

Las elaboraciones jurisprudenciales del Consejo de Estado siempre dimensionaron a la figura de la suspensión provisional en forma restrictiva y, por esa razón, su aplicación fue excepcionalísima. Efectivamente, para decretar la citada medida se exigía que hubiese una evidente contradicción entre la decisión administrativa y las disposiciones normativas invocadas por el solicitante, derivada a partir de su confrontación directa o de los documentos públicos aducidos con la petición, sin que se le permitiera al juez entrar a elaborar estudios de fondo, propios de la sentencia que resolviera acerca de la validez del acto acusado.

Las dificultades enunciadas llevaron a que el legislador tomara conciencia de la necesidad de pasar de un pobre escenario de una sola cautela inoperante, a un nuevo régimen que consagra múltiples opciones, encaminadas todas a “*proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia*”³

Es así como en vigencia del nuevo código el ámbito de acción del juez administrativo se amplió, pues se contemplaron otras posibilidades de decisión cautelar que van más allá de la simple suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos.

En ese orden, atendiendo su propósito o finalidad, el artículo 230 del CPA y CA clasificó a las medidas cautelares en preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión.

Como su nombre lo indica, con las *medidas preventivas* se pretende evitar la configuración de perjuicios o la vulneración de los derechos de la parte demandante.

Con las *medidas conservativas* se busca preservar el *statu quo*, o lo que es lo mismo, “*ordenar que se mantenga la situación*”⁴ previa al conflicto, en espera de lo que se resuelva en la sentencia; mientras que con las *medidas anticipativas* se quiere “*que se restablezca [la situación] al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante*”⁵, se denominan así porque a través de ellas se pueden adelantar algunos efectos de la sentencia.

Aunque el numeral 3 del artículo 230 de la Ley 1437 de 2011 mantuvo la tradicional figura de la *suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos*, no condicionó su decreto a la existencia de una infracción

3 Inciso primero artículo 229 del CPA y CA.

4 Numeral 1 artículo 230 del CPA y CA.

5 Ibídem.

manifiesta y advertida del simple cotejo entre el acto demandado y las normas superiores, otorgando al juez una mayor flexibilidad en el análisis de la procedencia de la figura, sin obligarlo a esperar a la terminación del proceso.

Cabe destacar que en el nuevo régimen la solicitud de medidas cautelares se puede formular en cualquier momento del proceso, ya no únicamente en la demanda o por escrito separado presentado antes de su admisión, como lo exigía el numeral 1º del artículo 152 del Decreto 01 de 1984; y que tales figuras proceden en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no solamente en aquellos en los que se juzga la legalidad de los actos administrativos.

Mas aún, el párrafo del artículo 229 del CPA y CA denota una pretensión de unificación del régimen jurídico en materia de medidas cautelares, pues somete a las reglas del capítulo XI Título V tanto los procesos ordinarios de carácter declarativo como las acciones populares y de tutela.

Sin embargo, llama la atención que el artículo en mención dispuso que el decreto de medidas cautelares en los procesos declarativos únicamente procede a petición de parte, en tanto en las acciones populares y de tutela existe la posibilidad de decretarlas de oficio. Seguramente ello obedece a la naturaleza pública de las acciones constitucionales referidas y a los derechos que se pretende proteger a través de ellas, de carácter fundamental y colectivo.

Con buen sentido el legislador advirtió que no se puede tratar de la misma manera a las personas que de manera directa ejercen las acciones judiciales para la defensa de sus derechos o los de toda una comunidad, que a los profesionales de la Abogacía que instauran demandas ordinarias en nombre de otros y cuya formación jurídica impone mayores exigencias.

Otro elemento novedoso introducido por el artículo 233 del CPA y CA consiste en la obligación del juez de dar traslado al demandado de la solicitud de medida cautelar para que se pronuncie sobre ella, previo a adoptar cualquier decisión al respecto. De esta manera se garantizan los principios de igualdad de las partes y el debido proceso, en especial el derecho de contradicción y de defensa, y se le brindan a la autoridad judicial elementos adicionales para adoptar una decisión adecuada, pues ya no solo va a considerar las razones de la parte actora sino también las del demandado, quien ahora tiene la posibilidad de exponer su punto de vista y convencer al juez de la improcedencia del decreto de la medida.

Sin embargo es de advertir que esta exigencia no aplica tratándose de medidas cautelares de urgencia, previstas en el artículo 234 del CPA y CA.

Este nuevo espectro de cautelas buscó empoderar al juez administrativo con amplias facultades tendientes a adoptar medidas provisionales que garanticen la efectividad y el cumplimiento de las sentencias, similares y, sin temor a equivocarme, superiores a las que tradicionalmente empleaba cuando actuaba como juez constitucional en sede de tutela o de acciones populares.

La experiencia judicial Colombiana indica que el tiempo requerido para sustanciar los procesos y adoptar decisiones de fondo es excesivo, lo que impone el robustecimiento de los poderes del juez, poniendo a su disposición mecanismos que de manera anticipada aseguren los derechos de los ciudadanos y la eficacia de las sentencias.

Ello no solo garantiza los derechos subjetivos de los demandantes, sino que propende por la defensa del interés general y del patrimonio público, puesto que una decisión cautelar adoptada oportunamente puede contribuir a la protección de las finanzas del Estado en aquellos eventos de sentencias estimatorias de las pretensiones.

Adicionalmente, las medidas cautelares oportuna y correctamente empleadas revisten de credibilidad la labor de los administradores de justicia, pues aseguran a los ciudadanos que, una vez superadas las etapas del proceso, sus derechos e intereses no serán burlados y que la sentencia proferida en su favor podrá hacerse efectiva. Esto genera un efecto colateral en los usuarios de confianza en las decisiones de los jueces, que ahora cuentan con instrumentos apropiados para garantizarles adecuadamente sus derechos.

Si bien en el nuevo código es clara la tendencia al empoderamiento del juez, también se evidencia que algunas normas de la Ley 1437 de 2011 procuraron evitar que las decisiones judiciales en materia cautelar petrificaran o anularan la actuación de la administración pública. Es el caso del numeral 2º del artículo 230 del CPA y CA, que aunque faculta al juez para decretar la medida cautelar consistente en la suspensión de un procedimiento o actuación administrativa, inclusive las de carácter contractual, advierte que a ella solo se acudirá cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, la autoridad judicial señalará las pautas que deba observar la entidad demandada para reanudar la actuación. Con ello se evidencia que la intención del legislador no fue que de manera permanente el juez reemplazara a la administración en la toma de decisiones, sino que a esa posibilidad se acuda como último recurso y bajo ciertas condiciones.

Otro ejemplo de lo anterior está contenido en el parágrafo del mismo artículo 230, en la medida que prohíbe a los jueces sustituir a la autoridad competente en la toma de decisiones que comporten el ejercicio de facultades discrecionales; en tales eventos, la orden debe limitarse a disponer su adopción dentro del plazo que se fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y con arreglo a los límites establecidos en el ordenamiento jurídico vigente.

Como queda visto, si bien en materia de medidas cautelares el campo de acción del juez administrativo es ciertamente más amplio, el ejercicio de tales poderes conlleva grandes retos y responsabilidades de su parte y presupone un sustrato de conocimiento sobre diversos temas de resorte típicamente administrativo, como por ejemplo presupuesto, contratación estatal, etc.

Los requisitos para decretar las medidas cautelares fueron señalados en el artículo 231 del CPA y CA, estableciendo diferencias dependiendo de si se trata de demandas en las que se pretenda la nulidad de los actos administrativos o de las que se promuevan en ejercicio de los demás medios de control de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Para decretar la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la respectiva solicitud se exige: (i) Que la violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación directa con las normas superiores invocadas como vulneradas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y (ii) tratándose de demandas de nulidad con restablecimiento del derecho, deberá probarse, al menos sumariamente, la existencia de los perjuicios cuya indemnización se reclama.

Nótese que el nuevo código no hizo cualificación alguna respecto de la violación de las normas invocadas como vulneradas, como si lo exigía el numeral 2 del artículo 152 del Decreto 01 de 1984, que sujetaba la procedencia de la medida a “*que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma*”. Con ello se supera la exigencia reiterada de la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido que para el decreto de la suspensión provisional el acto acusado debía contrariar de manera clara, ostensible, flagrante o manifiesta lo dispuesto en normas superiores, y se libera al juez de la camisa de fuerza que le impedía realizar análisis más profundos y dispensar una tutela judicial efectiva desde un primer momento procesal.

En los demás casos las medidas cautelares proceden si se cumplen los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable o que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

Lo primero que se infiere de las exigencias enunciadas es que las medidas cautelares solicitadas deben relacionarse en forma directa e inmediata con las pretensiones de la demanda de que se trate, pues resulta imposible jurídicamente atender cautelas ajenas al contenido de las mismas.

Adicionalmente, tales requisitos imponen a la parte interesada en el decreto de la medida una mayor carga argumentativa y probatoria; esta nueva orientación se justifica en una filosofía de construcción colectiva del derecho, tarea que no solo corresponde a los jueces sino a todos los sujetos procesales, y constituye la mínima exigencia para aquél que quiere sacar adelante sus pretensiones.

Si se quiere que el juez haga uso de los poderes que comporta el decreto de las medidas cautelares, es necesario que la parte interesada le brinde los elementos justificativos y probatorios para tal efecto.

A partir de lo anterior puede inferirse que la Ley 1437 de 2011 estableció un verdadero proceso cautelar, al interior del proceso ordinario o constitucional de que se trate.

Efectivamente, el aludido proceso cautelar se define como un trámite surtido dentro del proceso principal, dirigido al dictado de una providencia que resuelve una solicitud de medida cautelar o que de manera oficiosa la decreta, con la finalidad de evitar la inejecución de la resolución judicial que contiene la sentencia definitiva.

El proceso cautelar se concibe como una actividad procesal que se realiza durante el trámite del proceso declarativo principal, a partir de lo cual se colige que las medidas cautelares son figuras instrumentales dentro del proceso principal.

Pues bien, este nuevo contexto normativo en materia de medidas cautelares no solo encuentra soporte en la previsión constitucional del artículo 238,

que asigna a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la facultad para suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial, sino en otros dispositivos de rango *ius fundamental* como el denominado derecho de acceso a la administración de justicia o tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 229 superior⁶.

Tal derecho, además, se encuentra consagrado en diversos instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 8)⁷, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 2.3)⁸, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 18)⁹ y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 25)¹⁰.

La jurisprudencia del Consejo de Estado¹¹ ha aclarado que el derecho a la tutela judicial efectiva no sólo comprende el reconocer a las personas naturales o jurídicas la posibilidad de demandar justicia ante las autoridades judiciales del Estado, sino también la obligación correlativa de éstas de

6 "Artículo 229.- Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado".

7 Declaración Universal de los Derechos Humanos: "Artículo 8: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley".

8 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos: "Artículo 2: (...) 3.- 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 hubiere 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".

9 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: "Artículo 18: Derecho de justicia: Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Así mismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente".

10 Convención Americana de Derechos Humanos: "Artículo 25: Protección Judicial: 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

a.) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b.) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c.) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

11 Sentencia de tutela de fecha 28 de mayo de 2012, expediente No. 08001-23-31-000-2011-01174-02, actor: Rafael Vicente Ricaurte Tesillo, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

promover e impulsar las condiciones para que el acceso de los particulares a dicho servicio sea real y efectivo.

La efectividad del citado derecho comporta el compromiso estatal de lograr en forma real, y no meramente nominal, que a través de las actuaciones judiciales se restablezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se creen vulneradas.¹²

El derecho a la tutela judicial efectiva se compone de tres elementos esenciales: (i) el primero de ellos referente al *acceso a la administración de justicia*, lo que se traduce en el acceso a la jurisdicción competente para proponer un conflicto; (ii) el segundo, integrado por el derecho a *obtener una resolución de fondo de la litis*, para que se haga un estudio profundo de las pretensiones, el cual se verá reflejado en la obtención de una sentencia motivada, razonable, congruente y fundada en derecho; y (iii) por último, pero no de menor importancia, *el derecho a la ejecución de la sentencia que se profiera*, pues exige que el fallo proferido se cumpla y que el actor sea reparado en su derecho y compensado por el daño sufrido, si hubiere lugar a ello, de lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de derechos que ellas comportan, en simples declaraciones de buenas intenciones.

Esta necesidad de cumplimiento del fallo judicial, hace que necesariamente el derecho subjetivo a obtener su ejecución haga parte del derecho fundamental proclamado. Lo precedente se encuentra relacionado con lo que la jurisprudencia española ha denominado la teoría de interpretación finalista del fallo¹³. En efecto, es deber de las autoridades administrativas y judiciales dar cabal cumplimiento a lo contenido en las sentencias y decisiones judiciales y adoptar, en consecuencia, las medidas pertinentes para hacer efectivo el derecho reconocido, en virtud de los principios de acceso a la administración de justicia, economía procesal, eficacia, seguridad jurídica y legalidad, entre otros.

Lo anterior, como quiera que en un Estado de Derecho todos los poderes son jurídicos y están subordinados a la ley como expresión de la

12 Corte Constitucional Colombiana, sentencia T-247-2007, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

13 En varias oportunidades la Jurisprudencia Constitucional Española ha consagrado la garantía de "la interpretación finalista del fallo", indicando que ha de inferirse de cada uno de éstos todas sus naturales consecuencias. En las Sentencias STC 148/1989 (FJ 4), 125/1987 (FJ2), 92/1988 (FJ 2) se refirió a este asunto indicando: "el Juez de la ejecución ha de procurar siempre, en virtud del principio *pro actione*, del de economía procesal y, en definitiva, de su deber primario de tutela, la posibilidad de realización completa del fallo, infiriendo de él todas sus naturales consecuencias en relación con la causa petendi..."

voluntad popular, por lo que no existen dentro de este modelo de Estado poderes autónomos o autoinmunes al derecho.

Como se advierte, la ejecución de las sentencias es una cuestión de vital importancia para la efectividad de los postulados y valores del Estado Social de Derecho consagrado en el artículo 1º del marco supremo, pues de lo contrario sería difícil hablar de este tipo de Estado cuando no se da cumplimiento efectivo a las decisiones judiciales, como también, cuando no se presta la colaboración eficaz por parte de las autoridades para que dicho cumplimiento se produzca.

Es por ello que se afirma que el derecho a la “*tutela judicial efectiva*” no es, por lo demás, un derecho de libertad sino un derecho de prestación, que exige que el Estado cree los instrumentos para que pueda ser ejercido y la administración de justicia prestada. Se trata en consecuencia de un derecho fundamental, en el que se proyectan una serie de derechos, que pueden ser ordenados en torno a la *administración de justicia, la obtención de un fallo y la ejecución o cumplimiento del mismo*.

A lo anterior hay que añadir que el valor real del derecho o el interés protegido cobra verdadera eficacia en el momento en el que se da cumplimiento a todos y cada uno de los elementos que componen el ya referido derecho fundamental¹⁴.

En tales condiciones, el derecho a obtener un adecuado y eficaz amparo cautelar, como especie integrante del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, se relaciona de manera directa con el tercer elemento enunciado¹⁵, en la medida que propende por la vigencia real de las decisiones judiciales y por la realización de los derechos reclamados, pues a través de él se garantiza que el objeto del litigio permanezca inalterado durante el trámite del proceso.

En efecto, las medidas cautelares materializan el derecho a una tutela judicial efectiva, pues constituyen instrumentos que le permiten al juez adoptar decisiones tempranas en aras de la protección de los derechos de las personas y el cabal cumplimiento de las sentencias.

Como corolario de todo lo anterior puede afirmarse que, aunque el panorama es verdaderamente esperanzador, la implementación exitosa del sistema de medidas cautelares propuesto por la Ley 1437 de 2011 requiere

14 Las consideraciones expuestas sobre el derecho a una tutela judicial efectiva fueron tomadas de la sentencia de tutela proferida por la Sección Segunda – Subsección “A” del Consejo de Estado el 28 de mayo de 2012, expediente No. 08001-23-31-000-2011-01174-02, actor: Rafael Vicente Ricaurte Tesillo, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

15 El derecho a la ejecución de la sentencia que se profiera.

un cambio cultural a todo nivel: (i) En los sujetos procesales, quienes deben tomar conciencia de la carga argumentativa y probatoria que en esta materia la ley les impuso y ejercerla correctamente, y (ii) en los jueces, quienes deben interiorizar las bondades de las nuevas cautelas y prepararse adecuadamente para contar con las herramientas de soporte que les permitan adoptar decisiones en derecho, que respondan a las necesidades de los usuarios de la administración de justicia y se acompasen con las realidades de nuestro país.

LOS RECURSOS ORDINARIOS Y
EXTRAORDINARIOS EN EL PROCESO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
(LEY 1437 DE 2011)

Víctor Hernando Alvarado Ardila
Magistrado de la Sección Segunda del Consejo de Estado

La existencia de medios de impugnación en lo contencioso administrativo se enmarca en el ámbito de un proceso, entendido aquí como el conjunto de etapas encaminadas a la resolución justa de una controversia judicial para hacer, de este modo, efectivos los derechos de las partes. Todo proceso se desarrolla con sujeción a las disposiciones que establecen su trámite, y a las que regulan las relaciones entre los distintos sujetos procesales, las facultades del juez y las providencias que puede dictar éste en ejercicio de su potestad jurisdiccional.

En ese contexto el debido proceso se considera -a la luz de la Constitución Política de 1991-, una garantía y derecho fundamental¹ que paulatinamente se consignó no sólo en esa normativa sino también en disposiciones de inferior jerarquía que buscan hacerlo efectivo en sus distintas expresiones.

Una de ellas es, justamente, la posibilidad de impugnar las decisiones judiciales según las reglas previamente establecidas, si se considera que las providencias dictadas por el Juez, como toda obra humana, pueden contener equivocaciones. Con todo, y así aquellas estén plenamente ajustadas a la

1 Cabe precisar que la noción de derecho fundamental en lo básico, guarda armonía con la mayoría de las concepciones que sobre el particular tienen gran parte de las democracias del mundo. Se concibe como aquella prerrogativa (que igualmente implica deberes) que constituye el soporte y límite de la actividad del colectivo estatal; es un punto de referencia obligado cuya consulta y obediencia resulta imperiosa a la hora de desplegar cualquier conducta. La inviolabilidad de la vida, el mantenimiento de la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho de asociación, el debido proceso, entre otros; son prerrogativas, puntos de referencia, parámetros que, como Estado, hemos pactado reconocer y respetar como fundamentales e ineludibles en cualquier actuación.

Adhiriendo al autor colombiano Diego Eduardo López Medina, en una definición que para él resulta doméstica, pero que es muy precisa para efectos prácticos; un derecho fundamental *"es la decisión política y moral que hemos tomado de respetarle a una persona, una libertad o una prestación, así se caiga el mundo"*

legalidad, con la interposición de los recursos y la resolución de los mismos, las partes de un proceso o los terceros habilitados pueden, de algún modo, tener la confianza de que la decisión es la correcta o zanjar las dudas o la incertidumbre que, eventualmente, les pueda generar la providencia judicial.

De este modo, el derecho al debido proceso abarca un “conjunto complejo de circunstancias (por ejemplo, la definición del status de las personas, o la consagración de actos, etapas, oportunidades e intercambios), señaladas por la Constitución y la ley que ‘protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso’, asegurándole a lo largo del mismo la posibilidad de defender sus intereses mediante el señalamiento expreso de los requisitos y obligaciones que debe cumplir y de los recursos con los que cuenta para impugnar las decisiones de la autoridad. Pero también la existencia de un principio de esta naturaleza refiere la necesidad de dar cumplimiento a una secuencia de actos, relacionados entre sí de manera directa o indirecta, que persiguen un objetivo adicional: la racionalización del ejercicio del poder de tal manera que se reconozca en la ley, y no en la voluntad, en la fuerza, o en la arbitrariedad, la forma de resolución de las contenciones de derecho”².

Al ser una de las expresiones del derecho al debido proceso, los recursos son de meridiana importancia no solo en el ámbito de un proceso judicial sino también al interior de la organización sociopolítica de un país “por cuanto permiten a los jueces no hacer efectivas decisiones contrarias a derecho” pues se caracterizan –salvo algunas excepciones– por impedir que lo ordenado en la providencia impugnada se cumpla, mientras no sean resueltos³.

Adicionalmente, los medios de impugnación se asocian con la idea de preservar el principio de legalidad y la integridad en la aplicación del derecho, toda vez que aseguran la posibilidad de corregir los errores en que pueda incurrir el juez en la adopción de una decisión, y permiten enmendar la aplicación indebida de la Constitución o la Ley. Con este propósito, la existencia de recursos constituye una garantía contra la arbitrariedad, y un mecanismo principal, idóneo y eficaz para la corrección de los yerros en que pueda incurrir una autoridad judicial⁴.

2 Corte Constitucional. Sentencia C- 178 del 12 de marzo de 2002. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

3 LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil General*. Tomo I. Dupré Editores. Bogotá, D.C. Décima Edición. 2009. Página 744.

4 Así lo consideró en Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, en la sentencia de 18 de agosto de 2011 proferida dentro del expediente: 0532 de 2008. Demandante: Guillermo Fino Serrano. Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. En esa providencia la Corte Constitucional en sentencia C-095 de 2003.

Algunos de los recursos como el de apelación, están directamente asociados con la garantía de la segunda instancia prevista no solo en los artículos 31 y 29 de la Constitución Política, según los cuales “*toda sentencia podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley*”; y toda persona tiene derecho a “... *impugnar la sentencia condenatoria...*”; respectivamente; sino también en las disposiciones de derecho internacional, concretamente, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales le otorgan el carácter de garantía judicial y de mecanismo de protección, destinado a hacer efectivos los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico y a velar por la recta actuación de la administración.

En materia de lo contencioso administrativo, el procedimiento judicial que ha de seguirse se encuentra previsto en la Ley 1437 de 2011 que, frente a los medios de impugnación conserva la clásica distinción entre los recursos ordinarios y extraordinarios, que venía de antaño. Dentro de éstos últimos, estableció uno nuevo: el de unificación de jurisprudencia, el cual se analizará más adelante.

Aclarando que en este escrito se abordarán los aspectos más importantes de cada uno de los recursos previstos para impugnar las decisiones judiciales a la luz de la referida normativa, en este acápite basta con señalar que la idea del respeto al precedente judicial es transversal en la nueva codificación y se encuentra latente en las disposiciones que regulan los recursos. En efecto, ésta inspiró la creación del extraordinario de unificación de jurisprudencia y el trámite de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, los cuales se establecieron con el fin de brindar seguridad jurídica al ciudadano, así como una justicia oportuna y eficaz que proteja sus derechos y libertades y, en especial la igualdad de trato. No obstante, a pesar de lo bien intencionado de la regulación de esas figuras, de no establecerse algunos límites por la jurisprudencia, se podría llegar a abusar de las mismas.

Los recursos ante la jurisdicción contencioso administrativa

Los recursos son los instrumentos que tienen las partes y los terceros habilitados para intervenir dentro de un proceso, para solicitar la reforma o revocatoria total o parcial de una providencia o decisión judicial proferida por la Sala, Sección o magistrado ponente del Consejo de Estado o del Tribunal, o por el Juez Administrativo; cuando consideran que afectan sus derechos.

Cabe precisar que por naturaleza los recursos son *actos procesales de parte* pues no se puede concebir su existencia sin que hayan sido interpuestos por alguien (distinto del juez). Esta característica permite diferenciar el recurso de la consulta que se surte de manera oficiosa. Esta última desapareció en el texto de la Ley 1437 de 2011.

Comoquiera que a través los medios de impugnación se controvierten providencias judiciales, resulta necesaria la referencia a los tipos de éstas, aspecto que contribuirá a determinar la procedencia de uno u otro recurso.

Clasificación de las providencias en materia de lo contencioso administrativo

Se infiere de lo previsto en el artículo 125 de la Ley 1437 de 2011, que las providencias en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se clasifican en: *Autos*, los que a su vez se subdividen en interlocutorios y de trámite. Y, *Sentencias*, las que pueden clasificarse en:

- *Declarativas*. que se dirigen únicamente al reconocimiento judicial de la existencia o inexistencia de una relación jurídica trascendente o a la constatación de un hecho jurídico de importancia (v.gr. las que se limitan a declarar la nulidad de un acto administrativo). De este modo, estas providencias hacen cesar el estado de incertidumbre en que se encontraba el demandante frente a la existencia o inexistencia de la relación jurídica, pero en ningún caso le dan a éste el derecho de exigir el cumplimiento de la sentencia por vía ejecutiva.
- *Constitutivas*. Son aquellas que introducen una estructura jurídica nueva en una situación anterior, o en otros términos como afirma Betancur Jaramillo, “*vienen a crear, modificar o extinguir un estado jurídico*”. Por ejemplo la sentencia que declara la nulidad de la elección de un concejal. Extingue un estado jurídico anterior, esto es, el ser concejal.
- *De condena*. Es decir, las que declaran o reconocen el derecho invocado por el actor e imponen al demandado una obligación de dar, hacer o no hacer algo. Ejemplo las sentencias dictadas en procesos de reparación directa.

5 Betancur Jaramillo Carlos “Derecho Procesal Administrativo”. Señal Editoria. Sexta edición. Bogotá. 2.002. Páginas 475 y 476.

Con relación a las providencias, el citado artículo 125 del nuevo código prevé que es competencia del Juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite. En el caso de los jueces colegiados deben proferirse en Sala i) el auto que rechace la demanda, ii) auto el que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite, iii) el auto que ponga fin al proceso, y iv) el que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales. De los anteriores se exceptúan los autos dictados en procesos de única instancia.

A su turno, las sentencias son proferidas por los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión de los Tribunales Administrativos y del Consejo de Estado, según el caso.

Los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica.

Requisitos generales de los recursos

Quien interponga un recurso debe tener en cuenta los siguientes requisitos generales:

- Legitimidad, esto es, debe tener la calidad de parte en el proceso.
- El recurrente debe invocar un perjuicio o gravamen.
- El medio de impugnación debe interponerse dentro de la oportunidad legal.
- El recurso debe ser procedente. La misma ley la que determina en qué casos y frente a qué providencias procede determinado recurso.
- El medio de impugnación debe interponerse ante la autoridad o funcionario que señala la Ley.
- El interesado debe sustentar el recurso, es decir, exponer las razones de inconformidad con la providencia que se impugna.

Clasificación de los recursos

La anterior codificación (Decreto Ley 01 de 1984), en el título XXIII, modificado por el artículo 57 de la ley 446 de 1.998, clasificó los recursos en dos grandes grupos: *a) Ordinarios*. Dentro de este grupo están los recursos de reposición, apelación, queja y súplica. Y *b) Extraordinarios*. En el Decreto Ley 01 de 1.984, aparece en el artículo 185 como recurso extraordinario el de

revisión, ya que el extraordinario de súplica que se consagraba en el artículo 194 fue derogado por la ley 954 de 2.005.

Como ya se anticipó, *la consulta* -en estricto rigor- no es un recurso dado su carácter oficioso. No obstante, haremos referencia a ella en tanto guarda relación con el tema que en esta oportunidad se estudia. El artículo 184 de la anterior codificación, preveía que esta figura procedía en tres casos:

1. Tratándose de las sentencias de condena en concreto, dictadas en primera instancia a cargo de cualquier entidad pública que exceda de 300 salarios mínimos legales mensuales.
2. En el caso de las sentencias proferidas en contra de quien estuvo representado por curador *ad litem*, cuando no fueren apeladas.
3. En los asuntos contenciosos de carácter laboral, las sentencias dictadas en primera instancia que impongan condenas a cargo de una entidad pública, cuando de la actuación se evidencie que la entidad demandada no ejercitó defensa alguna de sus intereses.

En el Nuevo Código, *la consulta* desapareció y los recursos ordinarios antes mencionados continuaron vigentes. Para el trámite de éstos hubo remisión al Código de Procedimiento Civil exceptuándose algunos como el recurso de apelación.

Al amparo de la ley 1437 de 2011, los medios de impugnación son: *a) Ordinarios*. Dentro de estos se encuentran los recursos de: i) reposición, ii) apelación iii) queja y iv) de súplica. Y *b). Extraordinarios*. Comprenden el de revisión y el de unificación de Jurisprudencia.

Recursos Ordinarios

Recurso de reposición

Procedencia. Prevé el artículo 242 de la ley 1437 de 2.011 que salvo norma legal en contrario, este recurso procede contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica.

Oportunidad y trámite. Con relación a la oportunidad y trámite del recurso, el segundo inciso del mencionado artículo 242, remite como lo hace el artículo 180 del Decreto ley 01 de 1.984, al Código de Procedimiento Civil, por lo que se debe tener en cuenta lo previsto en los artículos 348 incisos 2° y 3°, y 349 de dicho Código procedimental.

En lo que tiene que ver con la oportunidad, el artículo 348 del C.P.C., señala que el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro

de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto, excepto cuando haya sido dictado en audiencia pública, caso en el cual deberá interponerse en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto.

El auto que decide la reposición no es susceptible de recurso alguno, *salvo* que contenga puntos no decididos en el anterior, caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de los puntos nuevos.

En relación con el trámite, si el recurso se formula por escrito, éste se mantendrá en la secretaría por dos (2) días en traslado a la parte contraria sin necesidad de que el juez o Magistrado ponente lo ordene (es un trámite secretarial).

Surtido el traslado, se decidirá el recurso.

La reposición interpuesta en audiencia o diligencia pública, se decidirá allí mismo una vez oída la parte contraria si estuviere presente, para lo cual cada parte podrá hacer uso de la palabra hasta por quince (15) minutos.

Recurso de apelación

Doctrinariamente se afirma que el recurso de apelación es el medio procesal encaminado a lograr que un órgano judicial jerárquicamente superior (*Ad quem*), con respecto al que dictó la providencia (*A quo*) que se estima injusta, la revoque o la reforme.

Objeto

El artículo 243 del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala que son apelables:

- a. Las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces.
- b. Los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:
 - El que rechaza la demanda.
 - El auto que decreta una medida cautelar y el que resuelve los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.
 - El auto que ponga fin al proceso
 - El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público.
 - El que resuelva la liquidación de la condena o de los perjuicios
 - El que decreta las nulidades procesales.
 - El que niega la intervención de terceros.
 - El que prescinda de la audiencia de pruebas.

- El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente.

Precisa el artículo 243 en comento que los autos a que se refieren los numerales 1, 2, 3, y 4, antes mencionados, serán apelables cuando sean proferidos por los tribunales administrativos en primera instancia.

Efecto en que se concede el recurso de apelación

Según el referido artículo 243, el recurso de apelación se concederá en efecto suspensivo, salvo en los casos a que se refieren los numerales 2, 6, 7 y 9 del artículo en mención que se concederán en efecto devolutivo.

Precisa el parágrafo único del aludido artículo 243, que la apelación solo procederá de conformidad con las normas del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incluso en aquellos trámites e incidentes que se rijan por el procedimiento civil.

Apropósito de los efectos en que se conceden los recursos, es oportuno recordar las características de tales efectos.

<i>Efecto suspensivo</i>	<i>Efecto devolutivo</i>	<i>Efecto diferido</i>
<i>La sentencia. No se cumple</i>	<i>La sentencia se cumple</i>	<i>La sentencia. No se cumple</i>
<i>La competencia del juez queda suspendida para continuar el proceso</i>	<i>La competencia del juez. No se suspende</i>	<i>La competencia del juez. No se suspende</i>

El Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala el trámite del recurso de apelación contra autos y el trámite del recurso de apelación contra sentencias.

Trámite del recurso de apelación contra autos

Señala al respecto el artículo 244 de la ley 1437 de 2.011, que la interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:

- *Si el auto se profiere en audiencia*, la apelación deberá interponerse y sustentarse oralmente en el transcurso de la misma.

De inmediato el juez dará traslado del recurso a los demás sujetos procesales con el fin de que se pronuncien y a continuación

procederá a resolver si lo concede o lo niega, de todo lo cual dejará constancia en el acta.

- Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse *por escrito* dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió.

De la sustentación se dará traslado por secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene.

Si ambas partes apelaron, los términos serán comunes.

El juez debe conceder el recurso en el caso de que se procedente y haya sido sustentado.

- Concedido el recurso, se remitirá el expediente al superior para que lo decida de plano.
- Contra el auto que decide la apelación no procede ningún recurso.

Trámite del recurso de apelación contra sentencias

El artículo 247 del nuevo código indica que el recurso de apelación contra sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

El recurso deberá interponerse y sustentarse ante la autoridad que profirió la providencia, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

Si el recurso fue sustentado oportunamente y reúne los demás requisitos legales, se concederá mediante auto que dispondrá remitir el expediente al superior, quien decidirá de plano si o se hubiese pedido la práctica de pruebas. Si las partes pidieron pruebas, el superior decidirá si se decretan según los parámetros del nuevo código.

Recibido el expediente por el superior, si se encuentran reunidos los requisitos, decidirá sobre su admisión.

- Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días.
- Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de audiencia, ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los

diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes.

En las mismas oportunidades concedidas a las partes para alegar, podrá el Ministerio Público presentar el concepto si a bien lo tiene.

- En la audiencia de alegaciones y juzgamiento se aplicarán las mismas reglas establecidas para esa audiencia en primera instancia.
- En la sentencia se ordenará devolver el expediente al juez de primera instancia para su obediencia y cumplimiento.

Recurso de Queja

Este recurso está previsto en el artículo 182 del Decreto ley 01 de 1.984 y al tenor del artículo 245 del nuevo código, procede ante el superior cuando se niegue la apelación o se conceda en un efecto diferente, para que lo conceda si fuere procedente, o corrija tal equivocación, según el caso.

Igualmente procede cuando no se concedan los recursos extraordinarios de revisión y de unificación de jurisprudencia previstos en la Ley 1437.

Trámite e interposición del recurso

Para estos efectos el nuevo código remite al artículo 378 del Código de Procedimiento civil que prevé el siguiente trámite:

El recurrente deberá pedir reposición del auto que negó el recurso de apelación y subsidiariamente debe solicitar que se le expidan copias de la providencia recurrida.

El auto que niegue la reposición ordenará las copias solicitadas por el recurrente quien deberá suministrar lo necesario para que sean compulsadas en el término de cinco (5) días.

Si las copias no se compulsan por culpa del recurrente, el juez declarará precluido el término para expedirlas, previo informe secretarial. Procederá la misma declaración cuando las copias no se retiren dentro de los tres (3) días siguientes al aviso de su expedición.

Dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de las copias, deberá formularse el recurso ante el superior, expresando los fundamentos que se invoquen para que se conceda el recurso denegado.

El escrito se mantendrá en secretaría por dos (2) días a disposición de la otra parte para que manifieste lo que estime oportuno.

Surtido el traslado de los dos (2) días, se decidirá el recurso.

Si el recurso de queja no se presenta dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de las copias, precluye el término de procedencia del recurso.

Facultades del superior

El superior podrá ordenar al inferior que le remita copia de otras piezas del expediente, debiendo el recurrente suministrar lo necesario para su expedición, para lo cual dispone de cinco (5) días. Si no lo hace en este lapso, precluye igualmente el término de procedencia del recurso, lo cual se le comunicará al superior.

Si el superior concede la apelación, determinará el efecto en que debe concederse y comunicará su decisión al *a quo* quien deberá enviar el expediente u ordenar la expedición de las copias.

Recurso de súplica ordinario

El artículo 246 del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que este recurso procede contra autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el Magistrado Ponente en el curso de la segunda instancia o única instancia, o durante el trámite de la apelación de un asunto.

También procede contra el auto que rechaza o declara desierta la apelación o el recurso extraordinario.

El recurso deberá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto, en escrito dirigido a la Sala de la cual forma parte el ponente, expresando las razones en que se funda.

El escrito debe agregarse al expediente se mantendrá en secretaría por dos (2) días a disposición de la parte contraria.

Vencido el traslado, el secretario pasará el expediente al Despacho del Magistrado que sigue en turno al que dictó la providencia, quien será el ponente para resolverlo ante la Sala, Sección o Subsección. Contra lo decidido no procede recurso alguno.

Recursos Extraordinarios

En la nueva codificación son recursos extraordinarios el de revisión (que también estaba previsto en el Decreto Ley 01 de 1984) y el de unificación de jurisprudencia, que es nuevo en nuestro ordenamiento.

Recurso Extraordinario de Revisión

De conformidad con lo establecido en el preámbulo y en los artículos 1º y 2º de la Constitución Política, Colombia es un Estado Social de Derecho, instituido con el objeto de garantizar y proteger, entre otros valores e ideales

supremos, la paz, la convivencia, la vigencia de un orden justo, la efectividad de los derechos y la prevalencia del interés general.

Estos principios, dotados de igual fuerza normativa, sin embargo, pueden entrar en colisión, de tal forma que la realización de alguno de ellos implique el sacrificio, en menor o mayor grado, de otro. Tal es el caso, v. gr. de la seguridad jurídica, la cual se encuentra fundada en razones de interés general, convivencia y paz social, pero cuya eficacia plena, en ocasiones, puede implicar la vulneración de la vigencia de un orden con justicia y equidad.

Como respuesta a este tipo de conflictos en nuestro ordenamiento jurídico existe la posibilidad de reabrir la discusión sobre un proceso cuya sentencia está ejecutoriada, bajo el uso del conocido Recurso Extraordinario de Revisión⁶, lo que constituye una limitante a la cosa juzgada, en tanto permite volver sobre asuntos respecto de los cuales ya se ha extinguido la jurisdicción del Estado mediante la expedición de un pronunciamiento judicial intangible que escapa al control de los recursos ordinarios y que por lo mismo resulta perentorio y obligado para todos. La cosa juzgada es entonces uno de los principios esenciales, no sólo del proceso, sino de todo el Derecho, pues en virtud de ella se impide que un debate judicial se prolongue de tal modo que por su indeterminación llegue hasta negar la seguridad que el Derecho debe proveer, poniendo fin a la incertidumbre que sobre los derechos se cierne cuando ellos han sido conculcados o puestos en peligro.

Por tanto, se ha decantado que por la importancia de la cosa juzgada, ella no se puede desconocer de cualquier modo, sino acudiendo a las herramientas específicamente concebidas por el legislador, y desarrolladas por la jurisprudencia, más precisamente el recurso de revisión concebido con ese deliberado propósito.

En suma, el recurso de revisión es un medio extraordinario de impugnación en contra de las sentencias ejecutoriadas, que le otorga la potestad de invalidar un fallo que ha producido plenos efectos jurídicos, por ello, procura quebrar el principio de la cosa juzgada, y por lo mismo, las decisiones

6 No sobra advertir que el Recurso Extraordinario de Revisión fue introducido en nuestro ordenamiento Contencioso Administrativo, en los términos ahora conocidos, por el Acuerdo No. 01 de 1984, es decir, claramente en vigencia de la Constitución Nacional de 1886, bajo cuyo amparo también es viable predicar la exigencia de un ordenamiento jurídico llamado a solucionar conflictos y servir de fuente de estabilización de las expectativas de la sociedad pero a la vez con una pretensión axiológica mínima. Razón por la cual, el análisis que se hace en el presente acápite es, por razones metodológicas y de vigencia normativa, a la luz de la Constitución Política de 1991 pero las referencias efectuadas son igualmente predicables con anterioridad a su puesta en marcha.

sobre este tópico son de carácter excepcional, restrictivo y sometidas a las causales taxativamente previstas por el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, y así evitar que se convierta en una tercera instancia, utilizada para remediar supuestas equivocaciones en que hubiera podido incurrir el Tribunal por obra suya o de una de las partes.

El anterior rigor, como ya se indicó, se sustenta en la inmutabilidad que debe prevalecer respecto de las sentencias ejecutoriadas con el fin de hacer realidad los principios de seguridad y certeza jurídica que gobiernan un estado de derecho y especialmente la administración de justicia, con el único propósito de mantener la paz y el orden social.

Ahora bien, respecto de la procedencia de este recurso extraordinario, requisitos, causales de revisión y trámite ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se destacan los siguientes aspectos:

I. Procedencia

Con relación a la procedencia de este recurso extraordinario, el artículo 248 de la ley 1437 de 2.011 establece que procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones y subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por los Tribunales Administrativos, y por los jueces administrativos.

II. Competencia

El artículo 249 del nuevo código determina la competencia para conocer del recurso extraordinario de revisión así:

- *De los recursos de revisión contra las sentencias dictadas por las secciones o subsecciones del Consejo de Estado* conocerá la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sin exclusión de la sección que profirió la decisión.
- *De los recursos de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los Tribunales Administrativos* conocerán las secciones y subsecciones del Consejo de Estado según la materia.
- *De los recursos de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los jueces administrativos* conocerán los Tribunales Administrativos.

III. Causales de revisión

Establece el artículo 250 del nuevo código, como causales de revisión, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, las siguientes: 1). Haberse encontrado o recobrado después de dictada

la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. 2). Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados. 3). Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición. 4). Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia. 5). Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación. 6). Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar. 7). No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria, o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia, o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida. Y 8). Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.

En torno a cada una de las referidas causales de revisión, es oportuno referenciar los lineamientos interpretativos trazados por el Consejo de Estado, para lo cual se atenderá el orden previsto por el artículo 250 de la Ley 1437 de 2011:

*Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria*⁷.

Esta causal de revisión, se presenta cuando aparecen documentos desconocidos para el Juez, que de haber estado presentes en el momento en que se dictó la sentencia, hubiesen cambiado el curso de la decisión.

La característica esencial de esos documentos, no es tan solo la de tener alguna relación con la controversia o que revelen una nueva perspectiva del debate, sino que ellos una vez descubiertos o recobrados, hagan que la decisión preexistente resulte insostenible, de modo que no se trata de la

7 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Sentencia de 4 de agosto de 2011, Expediente No. 850012331000200301129 01 (0632-2010), Actora: Luz Neida Orozco Barrera.

aparición de un documento cualquiera sino de uno determinante para la suerte del litigio.

De otro lado, el principio de la carga de la prueba impone al accionante el deber de acreditar los hechos que sirven de soporte a las pretensiones de la demanda. Para cumplir esa tarea, se otorga al demandante la potestad de aportar al proceso toda la prueba a su disposición y además toda aquella que pueda conseguir mediante el derecho de petición. Pero si ello no fuese suficiente, está autorizado para reclamar la exhibición de libros y papeles en poder de la parte contraria o de un tercero y el acceso a todos los documentos públicos. Igualmente está a su disposición pedir el decreto de una inspección judicial como instrumento para examinar y acopiar documentos. De todo ello se sigue que el demandante tiene a su haber instrumentos suficientes para lograr que lleguen al proceso las pruebas documentales que pretenda hacer valer, y debe hacerlo en las oportunidades que el proceso señala para ello, pues de no ser así, sorprendería a la parte contraria con documentos guardados deliberadamente o hallados a última hora, cuya aparición causaría la ruptura de las sentencias ejecutoriadas y la inseguridad jurídica. Por lo anterior, el legislador puso como condición del recurso de revisión, acreditar que el demandante en revisión estuvo imposibilitado para aportar los documentos “*por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria*”, y no por el simple olvido, incuria o abandono de la parte.

Sobre este particular, a través de la sentencia de 18 de junio de 1993, expediente 5614, M.P. Dr. Álvaro Lecompte Luna, se expresó:

“En cuanto a la causal segunda de revisión invocada, es viable hablar de prueba recobrada cuando ésta inicialmente se encuentra extraviada o refundida y luego se recupera y, por ello, el demandante no estuvo en condiciones de aportarla al proceso. El verbo “recobrar” implica que se hubiere perdido algo que más tarde se recupera. Así las cosas, es indispensable para la prosperidad del recurso, entre otros requisitos, invocarse esta causal, que el recurrente hubiere estado durante todo el proceso en imposibilidad de aportar la prueba respectiva por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. (...)”.

Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados

Respecto del documento falso sobre el cual se edifica esta causal del recurso extraordinario de revisión, el Consejo de Estado ha precisado que la declaratoria de falsedad debe encontrarse acreditada dentro del proceso

y, además, tal situación debió tener un papel decisivo en la sentencia cuya revisión se solicita⁸.

En similares términos, la Sección Quinta de la misma Corporación expresó⁹ que además de la cualificación de falsedad o adulteración que padezca el documento o la prueba de que se trate, no se trata de cualquier medio de convicción sino de aquel que sirvió de pilar fundante a la decisión. En efecto, *“debe tratarse de una falsedad inherente a la prueba documental producida y considerada en el proceso y que haya formado parte del proceso con carácter tan decisivo, que él haya sido la causa única para que la sentencia resulte de ese contenido”*¹⁰.

Igualmente, el Consejo de Estado ha aclarado, sobre la condición de falsedad o adulteración del documento en esta causal de revisión, que no es necesariamente aquélla proveniente de la declaratoria de un juez penal, a diferencia de la exigencia que en ese sentido determina el Código de Procedimiento Civil para su homólogo, sino de la llamada falsedad “civil” que proviene de la tacha de falsedad para distinguirla de la derivada del hecho punible.

Sin embargo, en materia electoral, en la precitada Sentencia de la Sección Quinta, se realizó la siguiente aclaración en orden a no desnaturalizar el recurso extraordinario de revisión en ese específico caso, así:

“Por otro lado, pero ya en materia electoral debe tenerse claro el límite entre el supuesto fáctico previsto en la causal 1ª del recurso extraordinario de revisión y los hechos constitutivos de nulidad electoral relacionados con los documentos electorales falsos, adulterados o apócrifos. Lo cierto es que las expresiones son las mismas, y ello lleva a significados idénticos dentro de lo que se entiende como contrario a la verdad o manifestación fabulada de los hechos.

Sin embargo, la falsedad o adulteración del documento que trae el recurso extraordinario no puede equipararse al contenido falaz que caracteriza a la causal de nulidad electoral, porque ello llevaría a que toda sentencia que dirima la controversia electoral per se sería cuestionable mediante el recurso extraordinario y más aún ello implicaría que toda sentencia en la cual el juez de lo Contencioso

8 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Álvaro Lecompte Luna, Sentencia de 18 de junio de 1993, Radicación número: 5604, Actor: Municipio de Florencia.

9 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia, Sentencia de 15 de julio de 2010, Radicación No.: 52001-23-31-000-2007-00267-01, Actor: Elcias Hurtado Sanchez.

10 MURCIA BALLEEN, Humberto. Recurso de Revisión Civil. 1981. Ed. Temis. Bogotá. Págs. 147 a 148.

Electoral hubiera encontrado un mínimo número de irregularidades derivadas de falsedades en los documentos electorales fuera quebrada indefectiblemente mediante este mecanismo extraordinario. Además, la acción de nulidad electoral se fundamenta precisamente en la contradicción de la verdad de la voluntad electoral, en la tergiversación de la realidad que en reiteradas oportunidades se traduce en la alteración de los datos y resultados de los registros electorales y no por ello siempre se concluye en la nulidad del acto de elección.”

Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición

En términos generales, la Corte Constitucional ha indicado que las causales consagradas en los numerales 1, 2 (parcial), 5, y 7 del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, que corresponden a los numerales 2, 1, 4 y 3, respectivamente, del artículo 250 del C.P.A.C.A., se fundan en la necesidad de obtener una sentencia conforme a derecho frente a la ocurrencia de hechos delictivos o fraudulentos, a saber: la detección de documentos falsos o adulterados o de peritazgos fraudulentos, que fueron decisivos en la adopción de la sentencia que se busca dejar sin efectos, la aparición de documentos que no pudieron ser conocidos porque la contraparte los ocultó, o el señalamiento penal de que la sentencia fue producto de cohecho o violencia¹¹.

Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia

En torno a la procedencia de esta causal el Consejo de Estado ha expresado que el interesado debe allegar la sentencia penal sobre la cual edifica sus pretensiones, pues ésta constituye elemento indispensable para la prosperidad del recurso¹².

Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación

En lo que tiene que ver con esta causal de revisión, el Consejo de Estado ha indicado¹³ que constituye la excepción a la regla según la cual mediante el Recurso Extraordinario de Revisión no se atacan los errores en

11 Sentencia C-520 de 2009, M.P. Dra. María Victoria Calle Correa.

12 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejera Ponente: Dra. Martha Teresa Briceño De Valencia, Sentencia de 31 de mayo de 2011, Radicación número: 11001-03-15-000-2009-01196-00(REV), Actor: José Leonardo Bueno Ramírez.

13 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 1 de octubre de 2009. Exp. 0104 de 2007. Actor: Edilberto Sandoval Pinzón. M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

que pudo incurrir el Juez al momento de fallar la sentencia recurrida. En efecto, en Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 7 de abril de 2006, se consideró que *“Este recurso no se dirige sobre la actividad del fallador (asunto de Derecho) sino sobre los hechos y su prueba, salvo en el caso de nulidad originada en la sentencia.”*¹⁴.

Al respecto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo¹⁵, indicó que las nulidades procesales no pueden confundirse con las que se originan en la sentencia, pues mientras las primeras se estructuran cuando se dan los motivos consagrados taxativamente en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, las segundas deben interpretarse restrictivamente con unos determinados supuestos fácticos que esta Corporación ha precisado y que conducen a determinar que la nulidad originada en la sentencia puede ocurrir en los siguientes eventos:

- a) Cuando el Juez provee sobre asuntos respecto de los cuales carece de jurisdicción o competencia;
- b) cuando, sin ninguna actuación, se dicta nuevo fallo en proceso que terminó normalmente por sentencia en firme;
- c) cuando sin más actuación, se dicta sentencia después de ejecutoriado el auto por el cual se aceptó el desistimiento, aprobó la transacción, o, declaró la perención del proceso, pues ello equivale a revivir un proceso legalmente concluido;
- d) cuando se dicta sentencia como única actuación, sin el trámite previo correspondiente, toda vez que ello implica la pretermisión íntegra de la instancia;

14 En el mismo sentido, en diversas sentencias, entre ellas la de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 26 de octubre de 1988, Rev-015, reiterada por la providencia de la misma Sala, de 4 de abril de 2000, Rev-097, se citó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 16 de mayo de 1978, M.P. doctor Humberto Murcia Ballén sostuvo: “Evidentemente, salvo en los supuestos de las causales 7a., 8a. (concebida en términos similares a la del numeral 6º del artículo 188 del C.C.A.), y 9a., del art. 380 del Código de Procedimiento Civil, los aspectos formales de una sentencia, los vicios o irregularidades cometidos durante la tramitación del proceso que en ella se dicta, el quebranto de la Ley procedimental o de la sustancial y los errores de apreciación probatoria en que haya podido incurrir el juez al proferirla, son, en principio, aspectos extraños al recurso de revisión, por tratarse en ellos de yerros in procedendo o in judicando, para cuya corrección se han consagrado precisamente los demás recursos.

Los vicios que pueden dar lugar a la anulación de una sentencia a través del recurso de revisión, han de manifestarse necesariamente en relación con situaciones o hechos producidos o conocidos con posterioridad porque el desconocimiento de esas situaciones o hechos por el juez al dirimir el conflicto le impidió dictar una resolución justa.”

15 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 25 de noviembre de 2008, Radicación No. 110010315000200300135-01. Recurrente: Jaime Lozada Perdomo. Actor P.I.: Luis Gerardo Ochoa Sánchez. Recurso Extraordinario Especial de Revisión de Pérdida de Inversión.

- e) cuando el demandado es condenado por cantidad superior, o por objeto distinto del pretendido en la demanda, o por causa diferente de la invocada en ésta;
- f) cuando se condena a quien no ha sido parte en el proceso, porque con ello también se pretermite íntegramente la instancia;
- g) cuando, sin más actuación, se profiere sentencia después de ocurrida cualquiera de las causas legales de interrupción o de suspensión o, en éstos casos, antes de la oportunidad debida.

En la misma línea argumentativa, la misma Sala se pronunció en los siguientes términos¹⁶:

“Sobre la causal sexta de revisión ha precisado la Sala que no se trata de controvertir la corrección o incorrección del juzgamiento, ni de corregir los errores de apreciación de los hechos y de las pruebas, en que a juicio del recurrente hubiera podido incurrir el fallador, pues eso equivaldría a convertir el recurso en un juicio contra el fondo de la sentencia, discutiendo nuevamente los hechos, ya dilucidados con fuerza de cosa juzgada; sino de la inobservancia de las reglas propias de la sentencia, que vician su validez.

“La Sala observa que las razones planteadas en el recurso interpuesto sugieren un cuestionamiento a la apreciación de los hechos y valoración de las pruebas, y una errada interpretación de las normas constitucionales que le permitieron al fallador configurar la causal de pérdida de investidura decretada en la sentencia impugnada, lo cual no corresponde a ninguno de los eventos, que según el criterio expuesto, permiten tipificar la causal de nulidad originada en la sentencia invocada en la demanda de revisión.”

*Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar*¹⁷.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-520 de 2009 expresó que las causales consagradas en los numerales 2 (parcial), 3, y 4 del artículo 188 del C.C.A., que corresponden a los numerales 1, 6 y 7, respectivamente, del artículo 250 del C.P.A.C.A., permiten corregir errores por circunstancias no conocidas al momento de proferir la sentencia cuestionada, que de haber

¹⁶ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 11 de octubre de 2005, Consejera Ponente: Dra. Ligia López Díaz. Radicación No.: 11001-03-15-000-2003-00794-01(REVPI).

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Sentencia de 4 de agosto de 2011, Expediente No. 850012331000200301129 01 (0632-2010), Actora: Luz Neida Orozco Barrera.

sido conocidas, hubieran dado lugar a una sentencia distinta, tales como: la aparición de documentos esenciales que no pudieron ser conocidos por fuerza mayor o caso fortuito, *la existencia de un tercero con mejor derecho que el beneficiado con la sentencia cuestionada*, o la desaparición, al momento del reconocimiento, de las circunstancias que justificaban que se hubiera decretado una prestación periódica.

Ahora bien, la causal de revisión objeto de análisis (contenida en el numeral 6 del artículo 250 del C.P.A.C.A.) se refiere al mejor derecho que pueda asistirle a una persona respecto de otra que fungió como parte en un proceso que culminó con una sentencia favorable debidamente ejecutoriada y que hizo tránsito a cosa juzgada.

De este modo, quien incoa el Recurso Extraordinario de Revisión debe ser una persona distinta de quien actuó como demandante en el proceso que culminó con la sentencia favorable a sus pretensiones y que es objeto de revisión.

No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.

Mediante Sentencia de 21 de abril de 2005, la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado estudió esta causal arribando a la conclusión que para su prosperidad era necesario que mediante sentencia se haya: (i) reconocido una pensión sin que se reúnan los requisitos legales para ello o (ii) con posterioridad a su reconocimiento se presenta causal cierta de extinción o (iii) cuando no se tenía aptitud legal necesaria para percibirla.

En cuanto a la aptitud legal, en el mencionado proveído se expresó que ello tiene que ver con la idoneidad para adquirir y ejercer un derecho cierto e indiscutible y que además se encuentra amparado por la ley, esto es, que se halla ajustado a derecho.

Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada

Mediante Sentencia de 1 de diciembre de 2010, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, se precisó que esta causal de revisión requiere para su prosperidad la concurrencia de los siguientes presupuestos¹⁸:

18 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia, Sentencia de 1 de diciembre de 2010, Radicación número: 11001-03-15-000-2008-00480-00(REV), Actor: Municipio de Belmira y Otros.

- a. Que existan dos decisiones judiciales.
- b. Que, con anterioridad a la providencia que se impugna haya existido una decisión que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso. Esto implica que haya coincidencia entre las partes.
- c. Que, en el segundo proceso no haya habido rechazo de la excepción de cosa juzgada.

La cosa juzgada se encuentra regulada por los artículos 332 del C. de P.C. y 175 del C.C.A., en los cuales se establecen los elementos formales y materiales para su configuración.

Entre tanto, la figura en referencia se encamina a efectivizar el derecho constitucional al debido proceso y la seguridad jurídica, pues se erige en garantía de que una determinada controversia decidida en sede judicial no será objeto de un proceso posterior. De esta manera, se impide que los debates se tornen indefinidos en el tiempo y se procura por la eficiencia en la administración de justicia.

Igualmente, el Consejo de Estado ha tenido oportunidad de pronunciarse en torno al concepto y alcance de la figura de la cosa juzgada arribando a las siguientes conclusiones¹⁹:

“A la cosa juzgada o “res judicata” se le ha asimilado al principio del “non bis in idem”, y tiene por objeto que los hechos y conductas que ya han sido resueltas a través de cualquiera de los medios aceptados por la ley, no vuelvan a ser debatidos en otro juicio posterior. Tal cualidad de lo resuelto obliga a las partes, porque lo antes decidido tiene carácter vinculante y obligatorio y, por lo tanto, es inmutable al tener plena eficacia jurídica.

Desde un punto de vista genérico, la cosa juzgada está regulada por los artículos 332 del C. de P.C. y 175 del C.C.A., en los cuales se establecen los elementos formales y materiales para su configuración.

El elemento formal implica que no es posible volver sobre una decisión tomada en providencia ejecutoriada, dentro del mismo proceso, o en otro en el que se debata la misma causa petendi y fundamentos jurídicos; lo anterior, para garantizar estabilidad y seguridad del orden jurídico.

Por su parte, el material, hace alusión a la intangibilidad de la sentencia en firme, pues se tiene por cierto que la actividad jurisdiccional se ocupó plena-

19 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia de 27 de noviembre de 2008, Radicación No.: 70001-23-31-000-2000-00803-01(1026-05), Actor: Rodrigo Villaveces Santos.

mente de la relación objeto de la contienda y que esta fue decidida con la plenitud de las formas propias del juicio.”.

En este orden de ideas, para que se configure la cosa juzgada se requiere coincidencia en la *causa petendi*, identidad de partes; y, que el proceso recaiga sobre el mismo objeto. Así, bajo este contexto, el primer pronunciamiento con efectos *inter partes* impide una nueva decisión en relación con aspectos previamente definidos²⁰.

Examinado el alcance que la jurisprudencia le ha dado a cada una de las causales del recurso extraordinario de revisión, procede el examen de los demás aspectos que tienen que ver con el referido medio de impugnación.

Término para interponer el recurso

Señala el artículo 251 del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que el recurso podrá interponerse dentro del año siguiente a la ejecutoria de la respectiva sentencia.

Precisa la norma en mención que en los casos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo 250 antes transcrito, deberá interponerse el recurso dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia penal que así lo declare.

En el caso del numeral 7, el recurso deberá presentarse dentro del año siguiente a la ocurrencia de los motivos que dan lugar al recurso.

En los casos previstos en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, el recurso deberá presentarse dentro de los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria de la providencia judicial, o en los casos de que ella no se requiera, dentro del mismo término contado a partir del perfeccionamiento del acuerdo transaccional o conciliatorio.

Requisitos del recurso

Indica el artículo 252 del nuevo código que el recurso debe interponerse mediante escrito que deberá contener lo siguiente:

- La designación de las partes y sus representantes.
- Nombre y domicilio del recurrente.
- Los hechos u omisiones que le sirvan de fundamento.
- La indicación precisa y razonada de la causal invocada.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Sentencia de 30 de marzo de 2011, Expediente No. 130012331000200700582 01 (1705-2010), Actor: Enrique Yee Troncoso.

Con el recurso se debe acompañar poder para su interposición, y las pruebas documentales que el recurrente tenga en su poder y solicitará las que pretenda hacer valer.

Esto último significa que para interponer este recurso extraordinario, se debe ejercer el derecho de postulación.

Trámite

Prevé en artículo 253 del aludido código, que admitido el recurso, ese auto se notificará personalmente a la contraparte y al Ministerio Público, para que lo contesten, si a bien tienen, y pidan pruebas, dentro del término de diez (10) días.

Periodo probatorio. Conforme a lo previsto en el artículo 254 del nuevo código, si se decretaren pruebas de oficio o a solicitud de parte, se señalará un término máximo de treinta (30) días para practicarlas.

Sentencia. Señala el artículo 255 que vencido el período probatorio se dictará sentencia.

Recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia

Antes de referirnos al recurso extraordinario de unificación, resulta necesario plantear algunas ideas relacionadas con el respeto al precedente y con los mecanismos que trae el nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, para que ello sea efectivo.

Como se advirtió en las líneas anteriores, uno de los propósitos de la nueva codificación, tal y como se desprende de la lectura sistemática sus disposiciones, es la de garantizar la igualdad de quienes acuden a la administración pública y al Juez Contencioso Administrativo, proporcionándoles la garantía de que sus casos serán resueltos como se han decidido otros similares. Lo anterior, en sede judicial, está directamente asociado con la idea del respeto al precedente, traída del derecho anglosajón, y para cuya implementación la Ley 1437 de 2011, prevé mecanismos como la extensión y unificación de la Jurisprudencia del Consejo de Estado (título VII del Nuevo Código). Se trata de un trámite novedoso que tiene una etapa en sede administrativa (art. 102), en la que el interesado puede solicitar que se le extiendan los efectos de una sentencia de unificación del Consejo de Estado; y otra ante esta última Corporación (art. 269), cuando la entidad pública haya negado la solicitud o hubiese guardado silencio dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la misma.

La extensión de la jurisprudencia se estableció con el fin de brindar seguridad jurídica al ciudadano, así como una justicia oportuna y eficaz que proteja sus derechos y libertades y, en especial la igualdad de trato. No obstante, a pesar de lo bien intencionado de la regulación, de no establecerse algunos límites por la jurisprudencia, se podría llegar a abusar de la figura y llegar a Congestionar a la administración y al Consejo de Estado.

Adicionalmente, al revisar la normativa que regula la materia, surgen no pocas dudas frente a su aplicación práctica que solo se resolverán cuando el mecanismo empiece a emplearse.

De otro lado, la regulación de la extensión de la jurisprudencia parte de lo dispuesto en el *artículo 10* de la Ley 1437 de 2011 que, como deber de las autoridades, establece que éstas al resolver los asuntos de su competencia, aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Agrega la disposición que con ese objeto, las entidades públicas en sus decisiones deberán tener en cuenta las *sentencias de unificación jurisprudencial* del Consejo de Estado en las que interpreten y apliquen dichas normas.

Cabe precisar en este punto que la Corte Constitucional declaró condicionalmente el precitado artículo en la sentencia, C-634-11²¹ *‘en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad’*.

De esa providencia, se evidencia una primera dificultad, asociada con la muy discutible prevalencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en casos típicamente Contencioso administrativos, cuyo Tribunal de cierre (y por demás. juez especializado y, por qué no, natural) es el Consejo de Estado.

Pero sin ahondar en esa problemática, el anterior deber de la administración está encaminado a garantizar la igualdad de los ciudadanos y busca generar la cultura del respeto al precedente, tan arraigada en la tradición jurídica anglosajona.

21 Sentencia de 24 de agosto de 2011, Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva,

Es por ello que la previsión normativa contenida en el precitado artículo 10, obliga a replantear nuestra cultura alrededor del concepto tradicional de las fuentes formales del derecho: “*Fuerza vinculante del precedente judicial*”.

En desarrollo de esa disposición, los artículos 102 y 269 a 270 de la Ley 1437 de 2011 regulan, como ya se señaló, la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades, y un procedimiento para hacer exigible dicho mecanismo por parte de los interesados. Aunado a ello, los artículos 256 y siguientes *establecen el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia*. Este último, nos permite referirnos a la idea del respeto al precedente.

Pese a que la finalidad de las normas mencionadas es bastante loable, pues con las mismas se busca que tanto las autoridades administrativas como los Jueces que integran la jurisdicción de lo contencioso administrativo, den estricto cumplimiento a los lineamientos jurisprudenciales trazados por el Consejo de Estado; de las disposiciones en comento surgen algunas inquietudes como las relacionadas con i) la diversidad de pronunciamientos que, sobre un mismo tema, existen al interior de algunas de las secciones del Consejo de Estado (inexistencia, en algunos casos, de sentencias de unificación), ii) las consecuencias (penales disciplinarias y/o fiscales) que acarrearía para las funcionarios de las entidades públicas Magistrados o Jueces desconocer el precedente, o iii) el impacto jurídico o económico del reconocimiento del error administrativo o del desconocimiento del precedente en el proceso que se dictó (esto último en relación con las providencias impugnadas vía recurso extraordinario de unificación); y permite cuestionarnos, entre otras cosas sobre qué pasaría si proferida una sentencia de unificación y extendida la misma, más adelante el Consejo de Estado cambia su precedente.

Las anteriores inquietudes, así como el contenido de la regulación que, sobre el tema que estamos abordando, está previsto en la Ley 1437 de 2011, generan no pocas expectativas frente a la vigencia de la nueva normativa.

Ahora bien, ya entrando en materia, y considerando que el Recurso extraordinario de Unificación de la jurisprudencia, es un medio de impugnación novedoso en nuestro medio en el contexto de la idea del respeto al precedente judicial -a la que muchos resistían con apoyo en el artículo 230 de la Constitución-; al tenor de lo dispuesto en el artículo 256 de la ley 1437 de 2.011, la finalidad de este recurso es la de asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme, garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia

recurrída y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales.

Como ya se advirtió Sin duda que con este último recurso extraordinario, busca el legislador la implementación del régimen y de prácticas de precedente, en contraposición a un sistema libre de jurisprudencia meramente indicativa que se apoyó, como afirma Diego López, Medina, en la ley 4ª de 1.896.²² Resulta oportuno recordar los objetivos interpretativos que de la técnica del precedente, así, señala en precitado autor que son:

“1. Lograr que los jueces de instancia tengan una comprensión finalista y sistemática de la Constitución, por oposición a lecturas literalistas del sistema jurídico.

2. Lograr que los jueces de instancia apliquen, no solo las reglas constitucionales, sino igualmente las “sub-reglas” jurisprudenciales en que dichas reglas se especifican. Por esta razón es claro que la técnica del precedente no es, en realidad, una metodología independiente de interpretación. Se trata estrictamente de una fuente de derecho donde los jueces pueden identificar la existencia de sub-reglas constitucionales y los procesos interpretativos mediante los cuales se ha llegado a la determinación de tales sub-reglas.”²³

A continuación, los aspectos procesales más relevantes del recurso en comento:

Procedencia

Señala el artículo 257 del nuevo código que el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia procede contra las sentencias dictadas en única y segunda instancia por los Tribunales Administrativos.

Agrega el citado artículo que tratándose de sentencias de contenido patrimonial o económico, el recurso procederá siempre que la *cuantía de la condena o, en su defecto, de las pretensiones de la demanda, sea igual o exceda los siguientes montos* vigentes al momento de la interposición del recurso:

- Noventa (90) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad.

22 López Medina Diego Eduardo. “El derecho de los jueces”. Segunda edición. Editorial Legis. Bogotá. 2-006. Página 29.

23 López Medina Diego Eduardo “Interpretación constitucional”. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Primera edición. Bogotá. 2.006. Página 43.

- Doscientos cincuenta (250) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controvertan actos administrativos de cualquier autoridad.
- Doscientos cincuenta (250) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en los procesos que se promuevan sobre el monto, distribución o asignación de impuestos, contribuciones y tasas nacionales, departamentales, municipales o distritales.
- Cuatrocientos cincuenta (450) salarios mensuales legales vigentes, en los procesos sobre contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes.
- Cuatrocientos cincuenta (450) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en los procesos de reparación directa y en las acciones de repetición que el Estado ejerza contra los servidores o ex servidores públicos y personas privadas que de conformidad con la ley cumplan funciones públicas.

El recurso de unificación de jurisprudencia *no procede* para los asuntos previstos en los artículos 86, 87 y 88 de la Constitución Política, es decir, en su respectivo orden, para los casos de la acción de tutela, de la acción de cumplimiento y las acciones populares y de grupo.

Causal

Establece el artículo 258 del nuevo código como causal para interponer el recurso de unificación de jurisprudencia, el evento en la sentencia impugnada contraríe o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado.

Si bien la Ley 1437 de 2011 no contiene una definición de sentencia de unificación jurisprudencial, puede afirmarse que es aquella que tiene por finalidad garantizar la aplicación de la Constitución, la Ley y el reglamento, de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

La nueva codificación, enunció cuáles sentencias tienen el carácter de “*unificación jurisprudencial*”, que al tenor del artículo 270, son las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por:

- Importancia jurídica
- Trascendencia social o económica
- Necesidad de unificar jurisprudencia
- Las proferidas al decidir recursos extraordinarios
- Las relativas al mecanismo de revisión eventual

Se precisa además, que las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la Corporación o de los tribunales, según el caso.

Cabe anotar que el citado artículo 270 del nuevo código, fue objeto de control de constitucionalidad. Así en sentencia C-588 de 25 de julio de 2012, la Corte Constitucional lo declaró exequible en relación con los cargos propuestos por el demandante, consistentes en la presunta vulneración de los artículos 230, 241 y 243 de la Constitución.

Competencia. El medio de impugnación se interpone ante el Tribunal Administrativo que profirió la sentencia y lo conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, según la materia.

Legitimación en la causa por activa. Están facultados para interponer el recurso, quienes hayan resultado agraviados por la providencia (partes o terceros procesales), quienes deberán actuar por intermedio de apoderado a quien se haya otorgado un poder suficiente (no se requiere otorgar un nuevo poder).

No puede interponer el recurso: quien no apeló la sentencia de primer grado ni se adhirió a la apelación de la otra parte, cuando el fallo de segundo grado sea exclusivamente confirmatorio de aquella.

Oportunidad. El recurso debe interponerse *por escrito* dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la providencia ante el Tribunal Administrativo que expidió la providencia.

Requisitos del recurso. Según el artículo 262 del código en mención, el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia deberá contener:

- La designación de las partes.
- La indicación de la providencia impugnada.
- La relación concreta, breve y sucinta de los hechos en litigio.
- La indicación precisa de la sentencia de unificación jurisprudencial que se estima contrariada y las razones que le sirven de fundamento.

Cuantía del interés para recurrir. Señala el artículo 263 de la ley 1437 de 2011 que cuando sea necesario tener en cuenta el valor del interés para recurrir y éste no aparezca determinado, antes de resolver sobre la concesión del recurso,

el ponente, en el Tribunal Administrativo, dispondrá que aquel se justiprecie por un perito, dentro del término que le señale y a costa del recurrente.

Precisa el artículo antes citado que si por culpa del recurrente no se practica el dictamen, se declarará desierto el recurso, señalando además que el dictamen no es objetable.

Denegado el recurso por el Tribunal Administrativo o declarado desierto, el interesado *podrá recurrir en queja* ante el Consejo de Estado.

Trámite:

Concesión del recurso. Interpuesto el recurso, el Tribunal lo concederá y, en el mismo auto, ordenará dar traslado por veinte (20) días al recurrente o recurrentes para que lo sustenten. Vencido este término, si el recurso se sustentó, dentro de los cinco (5) días siguientes remitirá el expediente a la respectiva sección del Consejo de Estado. Si no se sustenta dentro del término de traslado el recurso se declarará desierto.

La concesión del recurso no impide la ejecución de la sentencia, salvo cuando haya sido recurrida totalmente por ambas partes y por los terceros reconocidos en el proceso, pero aun en este caso si el recurso no comprende todas las decisiones, se cumplirá lo no recurrido.

Una vez concedido el recurso y remitido el expediente al Consejo de Estado, ésta última Corporación procederá a resolver sobre su admisión. Si el recurso reúne los requisitos legales, el ponente lo admitirá.

Admisión del recurso. Si el recurso carece de los requisitos previstos en el artículo 262, el ponente los señalará para que el recurrente los subsane en el término de cinco (5) días, y si no lo hiciere, lo inadmitirá y ordenará devolver el expediente al Tribunal de origen.

El recurso será inadmitido cuando se presente cualquiera de las siguientes situaciones:

- Cuando, pese haberse concedido por el Tribunal, fuere improcedente, por no ser recurrible la providencia o no reúna los requisitos previstos en el artículo 262.
- Cuando por cuantía, la providencia no fuere objeto de recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.

Si el recurso es admitido, en el auto que así lo disponga, se ordenará correr traslado por quince días al opositor y opositores y al Ministerio Público, si este no fuere recurrente. Vencido ese término, el ponente, dentro de los 10 días siguientes, podrá citar a las partes a audiencia que se llevará a

cabo dentro de los 30 días contados a partir del auto que la señale para oír a cada parte. Celebrada la audiencia o fallida esta por la no comparecencia de las partes, el ponente registrará el proyecto de la decisión, si fuere sentencia, dentro de los 40 días siguientes.

Efectos de la sentencia. Si prospera el recurso total o parcialmente, la Sala anulará en lo pertinente la providencia recurrida y dictará la que deba reemplazarla o adoptará las decisiones que correspondan. Si el recurso es desestimado, se condenará en costas al recurrente.

Agrega el artículo 267 del nuevo código, que cuando el Consejo de Estado anule una providencia que se cumplió en forma total o parcial, declarará sin efecto los actos procesales realizados con tal fin y dispondrá que el juez de primera instancia proceda a las restituciones y adopte las medidas a que hubiere lugar.

Además, el Consejo de Estado ordenará al tribunal que en el auto de obediencia a lo resuelto por el superior cancele la caución de que trata el artículo 264 del nuevo código.

Si el recurso de unificación de jurisprudencia no prospera, la caución seguirá respondiendo por los perjuicios causados, los cuales se liquidarán y aprobarán ante el juez de primera instancia mediante incidente. Éste, deberá proponerse dentro de los sesenta (60) días siguientes a la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior.

Suspensión de la sentencia recurrida. Cuando el recurrente fuere único, este podrá solicitar que se suspenda el cumplimiento de la providencia recurrida, para lo cual deberá prestar caución dentro de los 10 días siguientes a la notificación del auto que la ordene, a fin de responder por los perjuicios que se llegaren a causar. La naturaleza y el monto para prestarla serán fijados por el ponente en el Tribunal. Si el recurrente no otorga la caución en la forma y en los términos ordenados, continuará el trámite del recurso pero no se suspenderá la ejecución de la sentencia.

La naturaleza y monto para prestar la caución serán fijados por el ponente en el tribunal. El tribunal calificará la caución prestada, si la considera suficiente decretará en el mismo auto la suspensión del cumplimiento de la sentencia, en caso contrario la denegará.

Desistimiento. El recurrente puede desistir del recurso mientras no se haya dictado resolución judicial que ponga fin al mismo. Si el desistimiento

solo proviene de alguno de los recurrentes, el recurso continuará respecto de las personas no comprendidas en el mismo.

En ese orden, El desistimiento debe ser incondicional salvo acuerdo de las partes, y solo perjudica a los solicitantes y a sus causahabientes.

El escrito de desistimiento deberá presentarse personalmente, y cuando se acepte se condenará en costas a quine desistió, salvo que se interponga ante el Tribunal años de haberse enviado al Consejo de Estado.

El mecanismo de eventual revisión

Finalmente, cabe resaltar que si bien es cierto el mecanismo de eventual revisión no es un recurso, en este escrito resulta pertinente la referencia al mismo en tanto que en el contexto de las acciones populares o de grupo persigue la unificación de la jurisprudencia, fin similar al del recurso extraordinario que se acaba de estudiar.

Por la forma en que la ley 472 de 1.998 de las acciones populares o de grupo conocen *en primera instancia* los jueces administrativos cuando el peligro o la amenaza (en la populares) o el daño (en las de grupo), provenga de una entidad pública o de un particular con funciones administrativas, correspondiéndole la segunda instancia a los Tribunales Administrativos.

Si el peligro o la amenaza (en las populares) o el daño (en las de grupo), provenga de un particular sin funciones administrativas, en primera instancia conoce el respectivo Juez Civil del Circuito y en segunda instancia la Sala Civil del respectivo Tribunal Superior de Distrito Judicial.

No previó la ley recurso extraordinario alguno para las mencionadas acciones populares y de grupo, por lo cual no había un organismo de cierre en las altas Cortes que permitiera unificar la jurisprudencia, de tal manera que sobre un caso similar, uno era el criterio del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y otro diferente el del Tribunal Administrativo del Valle.

Para evitar lo anterior y buscar unificar la jurisprudencia en relación con tales acciones, la ley 1285 de 2.009 en su artículo 11, estableció para las mismas el mecanismo de la eventual revisión, señalando que en su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, a petición de parte o del Ministerio Público, el Consejo de Estado, a través de sus Secciones, en los asuntos que correspondan a las acciones populares o de grupo podrá seleccionar, para su eventual revisión, las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización o el archivo del respectivo proceso, proferidas por los Tribunales Administrativos, con el fin de unificar la jurisprudencia.

En la búsqueda de la solución al problema planteado, la solución dada por la ley 1285 de 2.009 fue a medias, porque en virtud del mencionado mecanismo de la eventual revisión, se puede llegar al Consejo de Estado como supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo y así unificar la jurisprudencia en las aludidas acciones populares y de grupo, cuando el peligro o la amenaza (en las populares) o el daño (en las de grupo), provienen de autoridades públicas, particulares con funciones administrativas.

Pero no ocurre lo mismo cuando el peligro, la amenaza, o el daño proviene de particulares sin funciones administrativas, caso en el cual como se dijo, conoce en primera instancia el Juez Civil de Circuito y en segunda la Sala Administrativa del Tribunal Superior, sin que en este evento proceda el mecanismo de la eventual revisión.

No obstante, como el tema que nos interesa es el de lo Contencioso Administrativo, continuemos con los otros aspectos del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Finalidad de la revisión eventual en las acciones populares y de grupo. Precisa el artículo 272 del nuevo código que la finalidad de la revisión eventual establecida en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, adicionado por artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, es la de unificar la jurisprudencia en tratándose de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo y, en consecuencia, lograr la aplicación de la ley en condiciones iguales frente a la misma situación fáctica y jurídica.

Procedencia. Según el artículo 273, de la ley 1437 de 2.011, la revisión eventual procederá, a petición de parte o del Ministerio Público, contra las sentencias o providencias que determinen la finalización o archivo de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo, proferidas por los Tribunales Administrativos, que no sean susceptibles del recurso de apelación ante el Consejo de Estado, en los siguientes casos:

- Cuando la providencia objeto de la solicitud de revisión presente contradicciones o divergencias interpretativas, sobre el alcance de la ley aplicada entre tribunales.
- Cuando la providencia objeto de la solicitud se oponga en los mismos términos a que se refiere el numeral anterior a una sentencia de unificación del Consejo de Estado o a jurisprudencia reiterada de esta Corporación.

Competencia y trámite. Prevé el artículo 274 de nuevo código en comentario, que de la revisión eventual conocerá la sección que el reglamento determine según su especialidad y para su trámite se observarán las siguientes reglas:

- La petición deberá formularse dentro de los ocho (8) días siguientes al de la ejecutoria de la sentencia o providencia con la cual se ponga fin al respectivo proceso.
- En la petición deberá hacerse una exposición razonada sobre las circunstancias que imponen la revisión, y acompañarse a la misma copia de las providencias relacionadas con la solicitud.
- Los Tribunales Administrativos, dentro del término de ocho (8) días contados a partir de la radicación de la petición, deberán remitir, con destino a la correspondiente sección que el reglamento determine, el expediente, para que dentro del término máximo de tres (3) meses, a partir de su recibo, esta resuelva, mediante auto motivado, sobre la petición de revisión.
- Cuando se decida no seleccionar una determinada providencia, cualquiera de las partes o el Ministerio Público podrá insistir en su petición, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de dicha decisión. La decisión de selección o no selección y la resolución de la insistencia serán motivadas.
- La sentencia sobre las providencias seleccionadas para revisión será proferida, con el carácter de Sentencia de Unificación por la sección que el reglamento determine según su especialidad, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de su selección.
- Si prospera la revisión, total o parcialmente, se invalidará, en lo pertinente, la sentencia o el auto, y se dictará la providencia de reemplazo o se adoptarán las disposiciones que correspondan, según el caso. Si la sentencia impugnada se cumplió en forma total o parcial, la Sentencia de Unificación dejará sin efectos los actos procesales realizados y dispondrá que el juez inferior ejecute las órdenes sobre las restituciones y adopte las medidas a que haya lugar.

Señala el *parágrafo* único del citado artículo 274 que la presentación de la solicitud y el trámite de la revisión eventual, no suspende la ejecución de la providencia objeto del mismo.

Conclusiones

En materia contenciosa administrativa, como en todo el derecho procesal, los recursos constituyen una expresión muy importante del derecho al debido proceso, en tanto permiten controvertir los pronunciamientos judiciales que, como toda obra humana, pueden contener yerros que posiblemente afectan los derechos de las partes. Con la nueva codificación existen no pocos cambios en relación con los medios de impugnación, dentro de los que se destacan i) desapareció la consulta (que en estricto sentido no es un recurso), y, ii) se estableció por primera vez en nuestro ordenamiento, el recurso extraordinario: el de unificación de la jurisprudencia, el cual está asociado con una idea transversal en la Ley 1437 de 2011: el respeto al precedente judicial. En lo que tiene que ver con los recursos ordinarios continuaron vigentes los de reposición, apelación, queja y súplica, con algunas diferencias en relación con la regulación prevista en la anterior codificación. Y como ya se vio, entratándose de los recursos extraordinarios, además del de revisión (que venía desde el Decreto 01 de 1984) se previó el de unificación de jurisprudencia. Habrá que esperar al desarrollo de éste último para que se pueda analizar su eficacia de cara al cometido para el cual se creó y que quedó explicado en precedencia.

LA PROTECCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL
MEDIO AMBIENTE EN COLOMBIA

María Claudia Rojas Lasso

Magistrada de la Sección Primera del Consejo de Estado

Colombia es un país que puede considerarse blindado en cuanto a la protección del medio ambiente puesto que cuenta con los instrumentos jurídicos necesarios para ello. Ha suscrito los principales tratados y convenios internacionales aprobados por el Congreso de la República muchos de los cuales han sido revisados en su constitucionalidad por la Corte Constitucional, contando además con normas que constituyen verdaderos estatutos de protección del medio ambiente como el Decreto 2811 de 1974 que contiene el Código de Recursos Naturales producto de la Declaración de Estocolmo de 1972 y la Ley 99 de 1993 luego de la Cumbre de la Tierra llevada a cabo en Rio de Janeiro en 1992 y finalizando con la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional al revisar los tratados internacionales o al ejercer el control abstracto de constitucionalidad, así como de la justicia contencioso administrativa tanto mediante las acciones populares o las acciones de nulidad al estudiar en concreto la legalidad de alguna disposición.

En este trabajo se mostrará en forma sucinta el marco normativo en materia de medio ambiente tanto a nivel internacional, como constitucional y legal para posteriormente examinar algunos pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia.

Marco internacional

Se han suscrito por parte de Colombia, entre otros, Tratados multilaterales como la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992, o el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, o el Protocolo de Kioto, o la Convención de

las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, o la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de París de 1992, o la Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional de 1971, o el Convenio para la Protección del Medio Marino y la Zona Costera del Pacífico Sudeste, de Lima 1981, o el Convenio Internacional sobre la Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos suscrito en Bruselas en 1989, o la Convención de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos peligrosos y su eliminación suscrito en Basilea en 1989, la Declaración de Estocolmo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972, la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de 1992. Este proceso se inició prácticamente a partir de la Declaración de Estocolmo de 1972 que hizo énfasis en que los ecosistemas deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante planificación.. “La defensa y mejoramiento del medio humano para las generaciones presentes y futuras, se ha convertido en meta imperiosa de la humanidad”.

Desde la Declaración de Estocolmo de 1972, la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, la Declaración de Río del año 92 y la Resolución 45 de 1994 de la Asamblea General de Naciones Unidas, se reconoce la existencia de un lazo entre la verdadera realización de la dignidad humana y un medio ambiente de calidad.

Es así como la Declaración de Estocolmo de 1972: DECLARACIÓN DE LA CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE HUMANO. (Estocolmo, Suecia, 5-16 de junio de 1972), consagró los siguientes principios:

Principio 1

El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras.

A este respecto, las políticas que promueven o perpetúan el apartheid, la segregación racial, la discriminación, la opresión colonial y otras formas de opresión y de dominación

Principio 2

Los recursos naturales de la tierra, incluidos, el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga.

Principio 3

Debe mantenerse y, siempre que sea posible, restaurarse o mejorarse la capacidad de la tierra para producir recursos vitales renovables. (...)

“El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y adecuadas condiciones de vida, en un medio ambiente de una calidad que permita una vida de dignidad y bienestar”.

Constitución Política de Colombia

La Constitución Política de 1991 introdujo una verdadera revolución en este campo llegando a constituirse, en términos de la propia Corte Constitucional, en una verdadera “Constitución Ecológica” y son más de 60 artículos los que hacen referencia al medio ambiente, entre los cuales se destacan:

El artículo 8 que se refiere a la obligación de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación; art. 49 (derecho a la salud y saneamiento ambiental), 58 (función ecológica de la propiedad), 65 (relativo a créditos agropecuarios por calamidad ambiental); 67 (educación para proteger el medio ambiente), 79 (derecho al ambiente sano y deber del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente y de conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para lograr estos fines, 80 (planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, 81, 82, 88, 95.8, 215, 226, 267, 268.7, 277.4, 282, 5, 289, 301, 302, 313, 317, 294, 332, 333, 334, 339, 340, 361.

Dentro de este panorama constitucional vale la pena resaltar el texto de las siguientes normas:

“ARTICULO 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

ARTICULO 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.

ARTICULO 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicas, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. (...)

ARTICULO 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

(...) 8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano;

(...)"

ARTICULO 226. El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.

ARTICULO 334. 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 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.

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

ARTICULO 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”.

Normas Legales

En cuanto a la normatividad legal, desde antes de la expedición de la Constitución Política de 1991 existía el Decreto 2811 de 1974, Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección del medio ambiente, el cual fue expedido luego de la Cumbre de Estocolmo de 1972, cuyo artículo 1 consagra:

“Art. 1 El ambiente es patrimonio común, El Estado y los particulares deben participar en su preservación y manejo, que son de utilidad pública e interés social.

La preservación y manejo de los recursos naturales renovables también son de utilidad pública e interés social”.

El artículo 3 del mismo decreto señala como recursos naturales renovables:

- La atmósfera y el espacio aéreo nacional
- Las aguas en cualquiera de sus estados
- La tierra, el suelo y el subsuelo,
- La flora
- La fauna
- Las fuentes primarias de energía no agotables
- Las pendientes topográficas con potencial energético
- Los recursos geotérmicos

- Los recursos biológicos de las aguas y del suelo y el subsuelo del mar territorial y de la zona económica de dominio continental e insular de la República.
- Los recursos del paisaje

El artículo 7 señala que toda persona tiene derecho a disfrutar de un ambiente sano y, por su parte el artículo 8 incluye entre otros los factores que deterioran el ambiente, la contaminación del aire, de las aguas, del suelo y de los demás recursos naturales renovables, la degradación, erosión de suelos y tierras, alteraciones nocivas de la topografía, sedimentación en los cursos y depósitos de agua, los cambios nocivos del lecho de las aguas, extinción de especies de animales o vegetales o de recursos genéticos, la introducción, utilización y transporte de especies animales o vegetales dañinas o de productos de sustancias peligrosas, la alteración perjudicial de paisajes naturales, la disminución o extinción de fuentes naturales de energía primaria, la acumulación o disposición inadecuada de residuos, basuras, desechos y desperdicios.

Luego de la Cumbre de Río de Janeiro del año 92, se expide en Colombia la Ley 99 de 1993 “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental SINA y se dictan otras disposiciones”.

Esta Ley acoge principios de esa Cumbre de Río y es así como el artículo 1º recoge los siguientes principios generales:

“ARTÍCULO 10. PRINCIPIOS GENERALES AMBIENTALES. La Política ambiental colombiana seguirá los siguientes principios generales:

- 1. El proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo.*
- 2. La biodiversidad del país, por ser patrimonio nacional y de interés de la humanidad, deberá ser protegida prioritariamente y aprovechada en forma sostenible.*
- 3. Las políticas de población tendrán en cuenta el derecho de los seres humanos a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.*
- 4. Las zonas de páramos, subpáramos, los nacimientos de agua y las zonas de recarga de acuíferos serán objeto de protección especial.*

5. *En la utilización de los recursos hídricos, el consumo humano tendrá prioridad sobre cualquier otro uso.*
6. *La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente.*
7. *El Estado fomentará la incorporación de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos para la prevención, corrección y restauración del deterioro ambiental y para la conservación de los recursos naturales renovables.*
8. *El paisaje por ser patrimonio común deberá ser protegido.*
9. *La prevención de desastres será materia de interés colectivo y las medidas tomadas para evitar o mitigar los efectos de su ocurrencia serán de obligatorio cumplimiento.*
10. *La acción para la protección y recuperación ambientales del país es una tarea conjunta y coordinada entre el Estado, la comunidad, las organizaciones no gubernamentales y el sector privado. El Estado apoyará e incentivará la conformación de organismos no gubernamentales para la protección ambiental y podrá delegar en ellos algunas de sus funciones.*
11. *Los estudios de impacto ambiental serán el instrumento básico para la toma de decisiones respecto a la construcción de obras y actividades que afecten significativamente el medio ambiente natural o artificial.*
12. *El manejo ambiental del país, conforme a la Constitución Nacional, será descentralizado, democrático, y participativo.*
13. *Para el manejo ambiental del país, se establece un Sistema Nacional Ambiental, SINA, cuyos componentes y su interrelación definen los mecanismos de actuación del Estado y la sociedad civil.*
14. *Las instituciones ambientales del Estado se estructurarán teniendo como base criterios de manejo integral del medio ambiente y su interrelación con los procesos de planificación económica, social y física.”*

Se adopta igualmente en Colombia la definición de desarrollo sostenible surgida en el Informe Brundtland de 1987, titulado “Nuestro Futuro Común” según la cual, se entiende por desarrollo sostenible el que conduzca

al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de la vida y al bienestar social, sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta ni deteriorar el medio ambiente ni el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades.

Se crea el Sistema Nacional Ambiental SINA como un conjunto de normas, actividades, recursos, programas e instituciones que permiten la puesta en marcha de los principios generales ambientales contenidos en esta ley.

Dentro de este marco normativo fundamental que ha sido ampliamente desarrollado vía reglamentación, tenemos la Ley 472 de 1998, que consagra el mecanismo por excelencia para la protección del derecho al medio ambiente, cual es la acción popular consagrada en el artículo 88 de la Carta Política según el cual “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados entre otros, con el ambiente y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

Esta Ley 472 de 1998, consagra los siguientes derechos colectivos susceptibles de ser amparados vía acciones populares:

“Artículo 40. Derechos e intereses colectivos. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

- a) *El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;*
- b) *La moralidad administrativa;*
- c) *La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;*

(...)”

Por su parte, el artículo 7° dispone:

“ARTICULO 70. Interpretación de los derechos protegidos. Los derechos e intereses protegidos por las Acciones Populares y de Grupo, de conformidad con el artículo 40. de la presente ley se observarán y aplicarán de acuerdo a como están definidos y regulados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales que vinculen a Colombia”

Dentro de este marco normativo general, la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado y, en algunos casos la

de la Corte Suprema de Justicia han protegido derechos colectivos, destacando algunos pronunciamientos.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional

La jurisprudencia constitucional, al proteger el derecho colectivo al medio ambiente, ha venido incorporando principios fundamentales como por ejemplo: - El principio de precaución contenido en el Convenio sobre la Diversidad Biológica adoptado en Río de Janeiro en 1992 según el cual “Cuando exista peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente”.

-También se ha incorporado a la jurisprudencia el principio de que “el que contamina paga” el cual se aplica en relación, entre otros, con las tasas retributivas. En este sentido, la Corte Constitucional, en sentencia C-359 de 1996 M.P. Antonio Barrera, señaló:

“El Convenio (Convenio Internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación sobre hidrocarburos) consulta en un todo el sistema normativo ambiental contenido en la Constitución y al cual se hizo referencia y desarrolla los principios que rigen la responsabilidad en materia ambiental, en el sentido de que todo aquel que causa un daño al ambiente debe indemnizarlo, indemnización que comprende diferentes variables, es decir, que no está solo destinada a reparar o restaurar o sustituir los elementos ambientales afectados, sino también a minimizar o reducir sus efectos y a reparar los perjuicios a las víctimas que han sufrido en concreto el daño”.

El derecho al medio ambiente es un derecho fundamental

En la sentencia C-519 de 1994 que revisa las Leyes 162 y 165 de 1994 “por medio de la cual se aprueba el Convenio sobre Diversidad Biológica hecho en Río de Janeiro en Junio de 1992, la Corte Constitucional señaló:

“En efecto, mediante la jurisprudencia de esta Corporación, al revisar las acciones de tutela, se ha establecido que el derecho a un ambiente sano, debido a su inescindible relación con la vida, la integridad física y la salud de los asociados, es un derecho fundamental que puede ser protegido a través del mecanismo consagrado en el artículo 86 de la Carta”.

(...) A esta conclusión se ha llegado cuando esta Corte ha evaluado la incidencia del medio ambiente en la vida de los hombres y por ello en sentencias anteriores de tutelas, se ha afirmado que el derecho a medio ambiente es un derecho fundamental (T-092 de 93).

En este convenio se define así la diversidad biológica: “Por diversidad biológica se entiende la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas”:

En la exposición de motivos presentada por los ministros de Relaciones Exteriores y Medio Ambiente con ocasión de este Convenio de Biodiversidad, se dijo:

“Países como Colombia, catalogados como “megadiversos” no pueden darse el lujo de anular una de las ventajas comparativas más críticas en las relaciones internacionales y la economía del siglo XXI: los recursos genéticos y la Diversidad biológicas. (...) Colombia es uno de los 13 países del planeta que concentran el 60% de la riqueza biológica,... Nuestro país reúne aproximadamente el 10% de todas las especies animales y vegetales del globo, aunque representa menos del 1% de la superficie terráquea”.

Nuestro país, de acuerdo con el Instituto Smithsonian, cuenta con la que ha sido catalogada como la región de mayor diversidad biológica del mundo (Documento “Nuestra propia agenda” presentado en la Cumbre de la Tierra realizada en Rio de Janeiro en junio de 1992.

La Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo reunida en Londres en Abril de 1992, concluyó:

“Sabemos lo que tenemos que hacer; es hora de hacerlo. Las formas insostenibles de desarrollo han destruido a civilizaciones anteriores, pero ahora hemos puesto la vida en peligro a una escala mundial.

El desarrollo sostenible, con su preocupación por las necesidades de las personas hoy y mañana es finalmente un asunto moral y ético. Sin embargo reúne virtualmente todas las preocupaciones humanas; por la seguridad, un ambiente que nutra, el progreso económico, la democracia, la cooperación internacional, y un futuro seguro para nuestros hijos. Así se crea una poderosa sociedad mundial que nunca antes ha sido posible”.

Mediante sentencia C-671 de 2000 se revisó la constitucionalidad de la Ley 618 de 2000 por medio de la cual se aprueba la Enmienda del Protocolo de Montreal que se había referido a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono. En dicha oportunidad, en relación con el derecho a un ambiente sano y su relación con los derechos a la salud y la vida, expresó la Corte:

“El derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad”.

En cuanto a la internacionalización de las relaciones ecológicas dijo:

“La Constitución Política al señalar en el artículo 226 que: “El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”, enfatiza la importancia de los diversos instrumentos internacionales para la protección del medio ambiente, como lo es la Enmienda bajo revisión ya que ellos permiten concretar y hacer efectivas medidas y acciones para prevenir y contrarrestar las causas que lo deterioran, fijando políticas y metas específicas para cada país con el fin de eliminar o reducir las actividades que genera el impacto negativo sobre el ambiente, atendiendo el grado de injerencia de cada país sobre aquel, siendo de especial consideración los países en vía de desarrollo”.

Posteriormente en Sentencia T-760 de 2007: M.P. Clara Inés Vargas se recoge lo manifestado en la T-411 de 1992 del Dr. Alejandro Martínez Caballero que ya habla de una “Constitución Ecológica”.

“La Constitución de 1991 modificó profundamente la relación normativa de la sociedad colombiana con la naturaleza. Por ello esta Corporación ha señalado en anteriores decisiones, que la protección del medio ambiente ocupa un lugar tan trascendental en el ordenamiento jurídico que la Carta contiene una verdadera “constitución ecológica”, conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente. Igualmente la Corte ha precisado que esta Constitución ecológica tiene dentro del ordenamiento colombiano una triple dimensión; de un lado, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación. De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a

gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales. Y, finalmente, de la constitución ecológica derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares. Es más, en varias oportunidades, la Corte ha insistido en que la importancia del medio ambiente en la Constitución es tal que implica para el Estado, en materia ecológica, “unos deberes calificados de protección”.

En sentencia C-150 de 2005, introdujo importantes criterios al referirse al “mínimo social de existencia”. Dijo la Corte Constitucional en aquella ocasión:

“Así las cosas, el Estado Social debe hacer lo que esté a su alcance por establecer un “mínimo social de existencia” QUE SALVAGUARDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS INDIVIDUOS. El medio ambiente es uno de los mecanismos mínimos de existencia del ser humano... Así entonces, surge de nuestra Constitución el bien jurídico ambiental como derecho protegido por el Estado Colombiano, también llamado Constitución Ecológica”

Otro importante concepto que se introduce en la jurisprudencia constitucional es el de la –Ecologización de la propiedad privada.

Sobre el particular, en la sentencia C-189 de 2006 se dijo:

Afectación de la libertad y los derechos individuales frente a la protección del ecosistema.

Se consideró que la evolución del concepto de propiedad privada ha hecho que se transite de un derecho con categoría absoluta a una atribución relativa susceptible de limitación o restricción, en aras de hacer efectivos los intereses públicos y sociales que priman en la sociedad. De acuerdo con esta sentencia *“la ecologización de la propiedad es producto de la evolución del concepto de Estado, de un parámetro puramente individual (liberal clásico) a un mandato que supera –inclusive– el sentido social de la misma para, en su lugar, formular como meta la preservación de las generaciones futuras, garantizando el entorno en el que podrán vivir”.*

Este criterio de la “ecologización de la propiedad privada” se había consignado en la sentencia C-126 de 1998 en la cual se dijo:

“Por ello el ordenamiento puede imponer incluso mayores restricciones a la apropiación de los recursos naturales o a las facultades de los propietarios de los mismos, con lo cual la noción misma de propiedad privada sufre importantes cambios”.

Respecto de la INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS RELACIONES ECOLÓGICAS-Principio de Precaución, en la sentencia C-293 de 2002, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 parcial y 85 parcial de la Ley 99 de 1993, relativos a la aplicación del principio de precaución y al procedimiento para la imposición de sanciones, se hace un cuidadoso análisis sobre el principio de precaución en dos ámbitos: internacional y de derecho interno.

Desde el punto de vista internacional se alude al artículo 226 de la Constitución Política según el cual “El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.”

La sentencia C.671 de 2001 habló entonces de “la internacionalización de las relaciones ecológicas” y señaló:

“En oposición al principio según el cual la soberanía de los Estados implica su autodeterminación y la consecuente defensa de intereses particulares, enmarcados dentro del límite de sus fronteras políticas, la degradación del medio ambiente, al desbordar estas fronteras, se convierte en un problema global. En consecuencia, su protección se traduce en un propósito conjunto de todos los Estados, que a su vez se preparan para enfrentar un futuro común (...) en general, los distintos ecosistemas son multidimensionales y los elementos de cada uno guardan una compleja interrelación por lo que no contemplan fronteras geopolíticas”.

El Principio de precaución fue consagrado en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 que contempló 27 principios, este es el principio N. 15.

Igualmente la Corte declaró exequibles la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático hecha en New York el 9 de mayo de 1992 que consagró que las partes debían tomar medidas de precaución para prevenir, evitar o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos.

En la actualidad está en discusión el punto de la certeza científica para adoptar decisiones de Estado en materia del comercio internacional de los denominados “organismos genéticamente modificados” OGM o transgénicos. La Unión Europea, Japón y Corea se oponen a que se abra el comercio en forma general a esta clase de productos con base en la aplicación del principio de precaución.

En el derecho interno, la Ley 99 de 1993 adopta el Principio de precaución. Señala la Corte en la sentencia C-293 de 2002 que el acto administrativo mediante el cual la autoridad ambiental adopta decisiones sin

la certeza científica absoluta, en uso del principio de precaución, debe ser excepcional y motivado.

En sentencia C-423 de 1994 se dijo:

“...el factor ecológico forma parte de un todo; por tanto, puede afirmarse que los recursos naturales son de interés primordial no solo para los habitantes de Colombia sino para toda la humanidad. En el cuidado y desarrollo sostenible de la naturaleza está comprometido el planeta entero, en virtud de que el objeto jurídico protegido, es por esencia universal.

Tanto la Declaración de Estocolmo como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, destacan la relación directa del medio ambiente con el derecho a la vida y la integridad personal, el bienestar y la salud física y mental por lo que nadie puede gozar de perfecta salud si hay factores exógenos contaminantes que invaden el ambiente y tornan la naturaleza hostil, frente a la presencia humana”. T.092 de 1993 M.P. Simón Rodríguez.

En Sentencia C-245 de 2004, dijo la Corte Constitucional:

“En efecto, la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, adoptada en dicha ciudad en el año de 1972 por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, hace énfasis en la necesidad de que los ecosistemas naturales deban preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante cuidadosa planificación u ordenación según convenga, evitando que la contaminación con sustancias tóxicas u otros materiales causen daños graves e irreparables a los ecosistemas. Dispone además que debe confiarse a instituciones nacionales competentes la tarea de planificar, administrar o controlar la utilización de los recursos ambientales con miras a mejorar la calidad del medio. Y añade que la planificación racional constituye instrumento indispensable para conciliar las diferencias que puedan surgir entre las exigencias del desarrollo y la necesidad de proteger y mejorar el medio. Igualmente, establece que debe ponerse fin a la descarga de sustancias tóxicas o de otras materias y a la liberación del calor en cantidades o concentraciones tales que el medio no pueda neutralizarlas, para que no se causen daños graves o irreparables a los ecosistemas, por lo cual debe apoyarse la justa lucha de los pueblos de todos los países contra la contaminación”

En sentencia T-572 de 1994 se reitera la importancia de la protección del medio ambiente:

“Esta preocupación por el medio ambiente está recogida en la Constitución del 91 tal y como esta Corporación lo ha reiterado en múltiples ocasiones. No podía

ser diferente porque la defensa del medio ambiente es una necesidad tanto para la vida de quienes hoy existen como para las nuevas generaciones. Además es uno de los objetivos del Estado Social de Derecho”.

La protección constitucional al medio ambiente se da, salvo contadas excepciones, a partir de la Conferencia de Estocolmo de 1972 donde se proclamó que:

“Para llegar a la plenitud de su libertad dentro de la naturaleza, el hombre debe aplicar sus conocimientos a forjar, en armonía con ella, un medio mejor. La defensa y mejoramiento del medio humano para las generaciones presentes y futuras se ha convertido en meta imperiosa de la humanidad”.

Jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de medio ambiente

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha proferido múltiples sentencias, sobre variados aspectos, orientadas a la protección del medio ambiente, fundamentalmente a través de acciones populares en las secciones primera y tercera o también mediante el mecanismo de la acción de nulidad en la sección primera.

Se destacan entre otras las siguientes:

Sentencia de 5 Oct. 2009. Rafael Ostau de Lafont

Asunto: Relleno sanitario de Sincelejo se ubica a 700 metros del Barrio Santa Cecilia por lo que los olores nauseabundos y residuos tóxicos generan contaminación ambiental.

Se confirma el fallo del Tribunal Administrativo de Sucre que había accedido a las pretensiones de la demanda.

Se consignan importantes criterios en materia de protección ambiental:

“Es relevante precisar que el art. 8 del Decreto 2811 de 1974 “por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente” considera como factores que deterioran el ambiente, entre otros, la acumulación o disposición inadecuada de residuos, basuras, desechos y desperdicios. Así mismo señala el artículo 36 ibidem que para la disposición y

procesamiento final de las basuras se utilizaràn preferiblemente, los medios que permitan evitar el deterioro del ambiente y de la salud humana”.

El Decreto 1713 de 2002 fija parámetros técnicos que se requieren para el adecuado manejo de los residuos sólidos. Uno de los principios básicos es el de minimizar y mitigar el impacto en la salud y en el medio ambiente ocasionado desde la generación hasta la eliminación de los residuos sólidos.

El Decreto 838 de 2005 modificó el Decreto 1713 de 2002 y definió así el relleno sanitario como “... el lugar técnicamente seleccionado, diseñado y operado para la disposición final controlada de residuos sólidos, sin causar peligro, daño o riesgo a la salud pública, minimizando y controlando los impactos ambientales y utilizando principios de ingeniería, para la confinación y aislamiento de los residuos sólidos en un área mínima, con compactación de residuos, cobertura diaria de los mismos, control de gases y lixiviados y cobertura final.

El art. 6 del Dcto. 838 de 2005 dispone prohibiciones en la localización de áreas para disposición de residuos sólidos entre los cuales se encuentra una distancia de 1000 metros de distancia horizontal con respecto al límite del área urbana o suburbana la cual puede ser modificada según estudios ambientales específicos.

La jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado ha dicho que para garantizar la prevalencia de los derechos e intereses colectivos invocados se requiere que la puesta en marcha de un relleno sanitario debe tener las siguientes especificaciones:

- Que se encuentre a una distancia mínima de 1.000 metros del área urbana.
- Que en el mismo no se realicen quemas indiscriminadas y vertimientos a campo y cielo abierto.
- Que se ubique en un lugar que no quede cerca de aeropuertos o fuentes de agua que puedan resultar contaminadas.
- Que esté dotado de sistemas adecuados para el manejo de lixiviados y la recolección de gases, así como de pozos de monitoreo para verificar el grado de contaminación de las aguas.
- Que posea las vías internas adecuadas para facilitar el descargue y transporte de los residuos.
- Que no se ubique en zonas de alto riesgo de deslizamiento o amenaza sísmica.

- Que el manejo final de residuos se le apliquen las disposiciones del Decreto 538 de 2005 sobre disposición y tratamiento de los residuos reutilizables..

Sentencia de 22 de febrero de 2007. M.P. Ruth Stella Correa

Asunto: Se interpone acción popular contra el Ministerio de Ambiente, vivienda y Desarrollo Territorial, Min Defensa, Min Minas y Energia, Corporación Autónoma Regional de Nariño, Procuraduría Provincial de Tumaco, Contraloría Municipal de Tumaco, La Previsora S.A., Ecopetrol., por la omisión en el cumplimiento de sus funciones respecto del siniestro marítimo ocurrido el 26 de febrero de 1996 en las instalaciones del terminal petrolero flotante de Tumaco, producido cuando al Buque tanque Deadalus se le desprendió una manguera en plena operación de cargue lo cual ocasionó vertimiento de crudo en la ensenada del Municipio de San Andrés de Tumaco.

Se invoca la moralidad administrativa a fin de que se ordene la descontaminación de la ensenada de Tumaco y se reparen los perjuicios causados.

Petrocomercial contrató los servicios del buque tanque Daedalus para que transportara crudo del puerto petrolero de propiedad de Ecopetrol en el municipio de Tumaco hasta la República de Ecuador. El capital del buque incumplió con algunos procedimientos relacionados con las maniobras de amarre y seguridad en la operación marina lo cual ocasionó el desprendimiento de la manguera N^o 1 en plena operación de cargue lo que ocasionó el derramamiento de crudo en la ensenada de Tumaco.

Ecopetrol señaló que de conformidad con un informe elaborado por la Armada Nacional de Colombia, no existe contaminación debido a las precipitaciones y la alta evaporación a lo largo del año. Señala que la bahía de Tumaco puede considerarse un ecosistema limpio gracias a la renovación de aguas trayendo aguas ricas en oxígeno y concertaciones normales para estuarios de sales nutritivas. La bahía es un ecosistema con un alto grado de recambio, interacción y renovación de aguas. Concluye señalando que al no existir contaminación en la Bahía de Tumaco carece de objeto la acción popular.

En primera instancia se declaró la culpabilidad y responsabilidad del siniestro en cabeza del capital del buque solidariamente con su Armador, se impuso amonestación a Ecopetrol.

La Sección Tercera, quien conoció en segunda instancia en virtud de recurso de apelación, señala que a partir de la Ley 99 de 1993 las sanciones las impone el Ministerio del Medio Ambiente a través de las Corporaciones Autónomas Regionales. Se analiza el concepto de daño ambiental que se define como el menoscabo de los beneficios con que cuenta un Estado o persona como consecuencia del deterioro en el medio ambiente.

Decisión: No se evidencia el daño ambiental puesto que en visita efectuada por Corponariño ya no se observó presencia de crudo y en el monitoreo de las condiciones físicas, químicas, biológicas y del comportamiento de hidrocarburos en la Bahía de Tumaco, Fase V, elaborado por la Armada Nacional se concluyó que no existe contaminación en la misma.

En las acciones populares el actor tiene la carga de demostrar de manera clara los hechos de los cuales acusa la vulneración de los derechos colectivos cuyo ampara invoca.

Sobre el mismo asunto relativo al derramamiento de hidrocarburos, existe sentencia del 17 de febrero de 2004. M.P. Camilo Arciniegas, en la cual se dijo:

“... la responsabilidad civil por daños causados por la contaminación del medio ambiente por derrames de hidrocarburos procedentes de buque tanques, está regulada por instrumentos internacionales, específicamente por el «Convenio Internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos de 1969 y su protocolo de 1976», aprobados por Ley 55 de 1989 (conocido como CLC/69 o Convenio de Responsabilidad Civil); y por el «Convenio Internacional sobre la constitución de un Fondo Internacional de indemnización de daños causados por la contaminación por hidrocarburos, suscrito en Bruselas en 1971 y su Protocolo modificatorio de 1976», aprobado por Ley 256 de 17 de enero de 1996¹ (conocido como FONFO/71 o Convenio del Fondo). Colombia aprobó el Convenio FONDO/71 /76, mediante Ley 356 de 1996; depositó el Instrumento de adhesión el 13 de Marzo de 1997 y el Convenio entró en vigor para Colombia el 11 de junio del mismo año.

El Convenio CLC/69 establece la responsabilidad de los propietarios de buques por los daños causados por contaminación con hidrocarburos. Esta responsabilidad es objetiva respecto del propietario del buque y para efecto de hacerla efectiva, se impuso la obligación de constituir un seguro.

1 Declarado exequible según sentencia de 14 de agosto de 1996 por la Corte Constitucional.

El Convenio FONDO/71 es complementario del Convenio CL/69. El objetivo principal del FONDO/71 es indemnizar a las víctimas de los daños ocasionados por la contaminación con hidrocarburos, cuando el CLC/69 no cubra efectivamente la indemnización.

Para administrar este régimen indemnizatorio del Fondo, se creó una organización intergubernamental de ámbito mundial denominada FIDAC (Fondo Internacional de Indemnización de daños debidos a la contaminación). El FIDAC nació cuando el Convenio entró en vigor en 1978, tiene su sede en Londres y consta de una Asamblea y un Comité Ejecutivo.

Para el pago de indemnizaciones y resarcimientos, y para cubrir sus gastos de funcionamiento el FIDAC recibe las contribuciones que debe pagar todo propietario de buque tanque que durante un año civil reciba una cantidad superior a 150.000 toneladas de petróleo crudo y fuel oil pesado, transportados por vía marítima hasta un puerto de un Estado Parte del Convenio del Fondo.

(...)

Según los informes del CCCP el impacto causado en la ensenada de Tumaco por el derrame del crudo el 26 de febrero de 1996 fue temporal, su recuperación gradual tardó aproximadamente 90 días para restablecer las condiciones normales de productividad, niveles históricos de hidrocarburos y repoblamiento de las comunidades bentónicas en playas.

(...)

El abundante material documental allegado, en el que merecen descartarse los informes del Centro de Contaminación del Pacífico, los informes del Ministerio del Medio Ambiente y del Instituto Nacional de Pesca, y el dictamen pericial demuestran que la contaminación causada por el derrame del hidrocarburo fue enteramente recuperada por ECOPETROL mucho antes de que se presentara la presente acción popular”.

Esta misma situación generó un proceso de responsabilidad civil extracontractual promovida por la Asociación de Pescadores Artesanales de Tumaco, Asociación de Concheras de Nariño, por los daños causados con el derrame de petróleo acaecido en la Bahía de TUMACO, el 26 de febrero de 1996, caso en el cual, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en sentencia del 16 de mayo de 2011, no casó la sentencia del Tribunal al no demostrarse el nexo causal entre el derramamiento y el daño puesto que el peritaje demostró que la disminución de peces y moluscos del mar Pacífico

en Tumaco también debe atribuirse a la llegada de los fenómenos de la Niña y del Niño. Otra de las pruebas señaló que no es posible determinar con certeza el volumen total derramado y no se tiene una noción de cuál fue el recorrido de la mancha mar adentro.

Señalo la Corte Suprema en dicho fallo:

“Las pruebas valoradas de manera armónica, racional, conjunta, sistemática e integral dentro de la discreta autonomía del juzgador, demuestran, a no dudar, a plenitud el grave daño ambiental causado con el derrame de hidrocarburos al ecosistema, el mar, la fauna y especie marinas, las acciones emprendidas por Ecopetrol para controlar, mitigar y recuperar la zona afectada, sus efectos nocivos y el impacto ambiental como en efecto hizo, pero carecen de la suficiencia probativa del daño patrimonial concreto, singular e individual pretendido por los pescadores afiliados a las asociaciones demandantes masa importante de las poblaciones afectadas, y también de la indefectible relación entre el daño ambiental y el consecuencial daño patrimonial pretendido, pues en verdad, no suministran la certidumbre necesaria para su reparación”.

Acción de Grupo. Sentencia 13 de mayo de 2004. M.P. Ricardo Hoyos Duque-

Asunto: Solicitan se declare responsable al Ministerio de Medio Ambiente y a Ecopetrol por el daño material y moral que se causó con el derrame de crudo el 18 de febrero de 2000 en la estación de bombeo la Guayacana del oleoducto Transandino de propiedad de Ecopetrol.

ECOPETROL se opuso a las pretensiones señalando que no le cabe responsabilidad en el vertimiento de crudo la cual es responsabilidad de los profesores y pescadores artesanales del área de Tumaco quienes se encontraban adelantando una protesta en busca de reivindicaciones sociales y económicas, en desarrollo de las cuales tomaron la vía Tumaco, la cual se encuentra frente a la estación reductora “La Guayacana”, sitio donde decidieron entrar a la fuerza, rompieron las cadenas y los candados que impedían su entrada, violaron el sistema de seguridad de las válvulas de control, las abrieron y permitieron la salida de 3,500 barriles de crudo de propiedad de Ecopetrol.

En este fallo se incorpora un estudio sobre “Los derrames de petróleo en ecosistemas tropicales: un atentado contra el futuro”, realizado por el Instituto Colombiano de Petróleo el cual concluye:

“La recuperación de ecosistemas de agua dulce impactados por un derrame de hidrocarburos depende de la tasa de recuperación de las plantas acuáticas”.

cas (macrófitas), cuyo papel primordial es conformar pequeños ecosistemas que permiten que otras comunidades, como la de invertebrados y peces, busquen alimento y protección.

Un impacto indirecto pero importante de considerar es la vía de exposición por ingesta. Aunque los animales impregnados no son utilizados como alimento, el consumo de organismos vivos con hidrocarburo bioacumulado, caso de peces, se convierte en una de las principales vías de penetración corporal de estos compuestos para los organismos que sobreviven, aunque la mancha de crudo ya no esté presente, lo cual genera condiciones crónicas. Estos efectos incluso pueden alcanzar al hombre si consume pescado contaminado con crudo. Afortunadamente, es posible detectar la presencia de hidrocarburo por el simple olor a petróleo y rechazar su consumo.

De la experiencia en el manejo de contingencias se sabe que las primeras etapas de un derrame son las más críticas en términos de ecosistema. En ellas se genera la mayor cantidad de pérdidas de biota. Por tanto, la respuesta operativa, convenientemente organizada bajo el esquema de un Plan de Contingencia debe estar orientada a controlar el avance del derrame y limitar su acción destructiva, con lo que pueden reducirse considerablemente los efectos sobre el entorno, específicamente en aquellos sistemas naturales catalogados como sensibles y estratégicos.

Por ello, la planeación de contingencias, además de prever las acciones de respuesta encaminadas al control de la emergencia desde el punto de vista netamente operativo, debe contemplar, además, la identificación completa de las condiciones de los ambientes del área de influencia de las instalaciones objeto de la planeación. Con esta información y datos acerca e la capacidad de respuesta específica, es posible plantear alternativas que verdaderamente reduzcan los riesgos de contaminación, por reducción de los efectos (consecuencias) de derrame sobre el medio”.

DECISION: Se declara responsable a Ecopetrol por los perjuicios materiales sufridos por los demandantes. Y se la condenó al pago de una indemnización.

Sentencia Sala Plena. GLIFOSATO-(Para los cultivos de coca y amapola). 19 de octubre de 2004. M.P. Nicolas Pájaro.

Asunto: se buscaba la protección de los derechos colectivos al ambiente sano, al aprovechamiento y restauración de los recursos naturales, las

especies animales y vegetales y las áreas de importancia ecológica a fin de que se tomen las determinaciones que impidan el deterioro de ellos con el empleo de controladores biológicos so pretexto de erradicar cultivos ilícitos. Esto en razón a las fumigaciones con paraquat en unos casos y con glifosato en otros, mediante rociamiento aéreo.

En primera instancia el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a la protección de los derechos colectivos invocados dando aplicación al principio de precaución respecto de la toxicidad crónica que causa la aspersión aérea de glifosato y ordenó suspender transitoriamente las fumigaciones aéreas.

La Sala Plena en una dividida decisión (14-6) revocó el fallo del a quo con base en varios conceptos técnicos y toxicológicos que señalaron que el glifosato y AMPA no son acumulables en el organismo ni genera cambios genéticos, ni mutaciones hereditarias o somáticas en los seres humanos, ni se observó que fueran teratogénicos (relativo a las monstruosidades o deformidades) ni tóxicos, ni se afectaron efectos sobre la fertilidad o reproducción. El glifosato no se absorbe bien por los organismos y es rápidamente excretado.

Igualmente hubo conceptos como el del Comité de Expertos según el cual la aspersión aérea de glifosato no es aconsejable, siendo recomendables aplicaciones terrestres y con helicópteros, no son con aviones de alas fijas cuyo efecto resulta contaminante de fuentes de agua, con mayor peligro para seres humanos, formas vivientes, fauna y flora silvestre.

Señaló el fallo que el error grave del a quo consistió en no haber tenido en cuenta que el POEA (poliexileno amino) elemento que también conforma el Round Up tiene como función, en la proporción que se emplea para asperjar los cultivos ilícitos, la de ensanchar los canales hidrofílicos y facilitar la entrada del glifosato.

Se especifican los riesgos para la salud humana y para el medio ambiente. Sobre la contaminación del medio ambiente según declaración de Toma León Sicard, magister en Ciencias Ambientales de la Universidad Nacional “El glifosato ataca gran diversidad de plantas, especialmente leguminosas, gramíneas, herbáceas, cultivos comerciales y puede acabar las coberturas vegetales y a la postre podría generar procesos erosivos pero no conoce estudios de los efectos posibles en las condiciones en que se realizan las fumigaciones...”

Se concluye en el fallo: *“De las pruebas reseñadas no se infiere con certeza, que el glifosato empleado para la erradicación de los cultivos ilícitos produzca daños irreversibles en el medio ambiente; por el contrario, hay elementos*

de juicio que permiten concluir que la regeneración de las zonas asperjadas se produce en lapso no muy largo y que en cambio, numerosas hectáreas de bosques son destruidas por causa de la tala de estos por los cultivadores ilícitos.

Claro está que la aspersión debe producirse de conformidad con las pautas que señalen las autoridades ambientales, sin que deba permitirse su más leve transgresión: razón por la cual es necesario que se lleve a cabo un control permanente con evaluaciones continuas de los efectos que puedan ir apreciándose. Sin embargo, esto no puede conducir a la suspensión de las fumigaciones pues tal medida podría llevar al debilitamiento del Estado al tiempo que se fortalecerían los distintos grupos que se financian con el producto del tráfico de drogas, que es, sin duda alguna, flagelo para la sociedad colombiana y para toda la humanidad...”

“Por último debe señalarse que el artículo 6 de la Ley 99 de 1993 no puede servir de fundamento jurídico para concluir que debe decretarse la suspensión de las fumigaciones aéreas a que se contrae la demanda como medida eficaz para evitar la degradación del medio ambiente, por cuanto en las actuales circunstancias no hay razón valedera de que exista peligro de daño irreversible y grave que imponga esa medida extrema. Es aconsejable, si, disponer que el Ministerio de Ambiente continúe dando estricto cumplimiento al Plan de Manejo ambiental y que, además, no dejen de seguirse realizando estudios que precisen aun mas los efectos del compuesto químico que es objeto de aspersión, con verificaciones por parte de la D.N.E.”

Se advierte que posiblemente aquí pudo haberse invertido el principio de precaución.

Conservación ecosistema en concesión de Caño Limón. 29 de abril de 2004. Dr. Rafael Ostau de Lafont

Asunto: Se pretendía se declarara que los ecosistemas de esteros de Arauca han sufrido daño como consecuencia de diversas actividades antrópicas, en especial por la exploración y explotación petrolera, de la existencia de un sistema de interconexión vial, oleoductos, plataformas y terraplenes originados en la explotación que hace Occidental de Colombia en Caño Limón.

En primera instancia se deniegan las pretensiones y se confirma la decisión en segunda instancia.

Conclusión: La exploración y explotación petroleras en el área de Caño Limón, iniciadas a partir de los años ochenta aunque representa un factor más de intervención en la región es un factor de transformación ambiental de menor orden si se compara con los factores que le antecedieron y

se ha dado un manejo ambiental organizado y razonable en cuanto al control y la mitigación de los impactos y los efectos ambientales en el área, que en términos generales se realiza dentro de los parámetros establecidos en el plan de manejo ambiental acordado con las autoridades y en concordancia con las normas ambientales.

Los cambios de caudal del río Arauca fueron independientes del desarrollo petrolero de la región iniciado en 1983.

Los bosques que fueron intervenidos desde la década del cincuenta y afectados por el incremento poblacional se encuentran en proceso de recuperación en el área de explotación petrolera debido a la regeneración natural que se ha venido dando en el respectivo campo.

Por tanto, del estudio reseñado cabe inferir que, contrario a lo afirmado por los actores, el proyecto de explotación petrolera Caño Limón y la concesión respectiva sí están sometidos a un plan de manejo ambiental, la actividad de ese proyecto no ha tenido efectos negativos graves o que amenacen el ecosistema de la zona pues tales efectos se encuentran dentro de los parámetros esperados y son contrarrestados con medidas de mitigación adecuadas de modo que son más los efectos positivos que los negativos porque se está favoreciendo la recuperación del bosque y la preservación y recuperación de la fauna.

Sentencia 24 de agosto de 2006. M.P. Camilo Arciniegas. Emisión de gases

Asunto. Los vehículos de transporte público de Bogotá incumplen los estándares de emisión de fuentes móviles con lo cual afectan la calidad del aire. La emisión de gases nocivos en niveles superiores a los permitidos afecta y deteriora el medio ambiente.

En primera instancia se protegió el derecho al ambiente sano y la salubridad pública. En segunda instancia se confirmó. Se destaca en este fallo el análisis del ambiente sano en relación con la calidad del aire. Se consignó que en tratándose de la defensa del derecho colectivo al goce de un medio ambiente sano, es preciso referirse a los fundamentos constitucionales de su protección y en especial a la normativa que en el ámbito nacional y distrital se ha expedido para prevenir y controlar la contaminación atmosférica, con particular referencia a la que establece niveles máximos de emisión de gases contaminantes para las fuentes móviles (vehículos).

El Decreto 948 de 1999, en su artículo 36 dispone: “Emisiones prohibidas. Se prohíbe la descarga de emisiones contaminantes, visibles o no, por vehículos a motor activados por cualquier combustible, que infrinjan los respectivos estándares de emisión vigentes”.

La Resolución 005 de 1996 del Ministerio del Medio Ambiente y de Transporte reglamenta los niveles permisibles de emisión de contaminantes producidos por fuentes móviles terrestres a gasolina o diesels y define los equipos y procedimientos de medición de dichas emisiones.

“La contaminación del aire es cualquier condición atmosférica en la que ciertas sustancias alcanzan concentraciones elevadas sobre su nivel ambiental normal. Se entiende por contaminante cualquier elemento o compuesto químico, natural o artificial que se emite al aire ya sea solo en combinación, o como producto de reacción, causante de efectos adversos en el medio ambiente, los recursos naturales renovables y la salud humana”.

Señala este fallo:

- Las fuentes móviles, con una sobreoferta en el transporte público del 50% de la capacidad instalada, son responsables del 60% de la contaminación total en el Distrito, según lo estableció el Informe de la Contraloría de Bogotá. De otro lado este organismo, respecto de la gestión del DAMA en 2002 determinó que el promedio de incumplimiento de los vehículos accionados con combustible diesel sobre los parámetros de la norma era del 45.08%.
- El DAMA reconoce que según datos del Banco Mundial consignados en un estudio de 2005, Bogotá ocupa el puesto 37 entre 119 ciudades en cuanto a niveles anuales de contaminación por PM₁₀ (Polvo y hollin) presentando mayores índices de contaminación atmosférica que ciudades como Sao Pablo, Río de Janeiro, Barcelona o Los Angeles.

El tráfico pesado contribuye en más del 80% de las emisiones de CO, PM₁₀ y NO_x mientras que los vehículos livianos aportan las mayores cargas de COV_s y CH₄.

Según el DAMA los planes y programas que tienen en marcha para el control ambiental de emisiones han optimizado gradualmente sus niveles de cobertura, así: para el 2001 la cifra reportada fue de 51.67%, para el 2003 de 61.7% y para el 2004 de 66.4%.

Semillas de algodón genéticamente modificadas. OGM

Asunto: Se interpone acción popular por considerar que la importación de 50.000 kilogramos del organismo transgénico denominado algodón Nuco^{tn} 33B autorizada por el ICA, requería licencia ambiental. En abril de 1999 la empresa Monsanto Colombiana solicitó autorización para la introducción, producción y comercialización de la variedad de algodón

genéticamente modificada Nucont 33B resistente a los insectos lepidópteros por contener el gen de la bacteria llamada *Bacillus Thuringiensis* aplicado mediante la tecnología Bollgard.

En primera instancia se concedió el amparo al considerar que si se necesitaba la licencia ambiental y se suspendieron los efectos jurídicos del acto de autorización emitido por el ICA.

En segunda instancia el Consejo de Estado revocó la decisión al no aparecer demostrada ni la amenaza ni la vulneración de los derechos colectivos, entre otros, el del medio ambiente. Por el contrario, estudios adelantados por el ICA dan cuenta de los beneficios que podrían generarse con las semillas genéticamente modificadas resistentes a los insectos lepidópteros y la poca incidencia en la salud humana.

Además, en el año 1999 cuando se solicitó la autorización no estaba vigente la ley 740 de 2002 aprobatoria del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica. El ICA tiene bajo su competencia lo relativo a la importación de semillas para siembra y material genético animal. En tratándose de organismos vivos modificados genéticamente debe darse aplicación a los controles previstos en el citado Protocolo de Cartagena. En este caso no era exigible la licencia ambiental del Ministerio del Medio Ambiente puesto que el tratado que se refiere al manejo transfronterizo de los organismos vivos modificados genéticamente entró en vigencia en nuestro país con posterioridad tanto a la solicitud de Monsanto como a la Resolución 1035 de 2002 que autorizó su importación.

Por “organismos vivos modificados” se entiende: “cualquier organismo vivo que posea una combinación nueva de material genético que se haya obtenido mediante la aplicación de la biotecnología moderna”.

OMG: Organismo modificado genéticamente es aquel cuyo material genético ha sido alterado por técnicas de ingeniería genética.

No obstante, se ordenó la integración de una comisión con el Ministerio del Medio Ambiente, el Ministerio de Salud, el ICA y la Procuraduría Delegada para asuntos ambientales y agrarios quienes deben presentar informes periódicos de seguimiento.

Este recuento jurisprudencial muestra de forma rápida el variado panorama temático susceptible de ser avocado mediante acciones populares en materia de protección del medio ambiente.

Se encuentran pendientes de fallo importantes pronunciamientos que tocan con la protección del medio ambiente y que generan una colisión

entre los derechos colectivos y los derechos individuales, uno de los cuales es el relativo a la Reserva Forestal Protectora de los Cerros Orientales de Bogotá.

Conclusiones finales

Para nadie es un secreto la creciente preocupación existente a nivel mundial, en torno al deterioro de los ecosistemas y del medio ambiente relacionado además con el crecimiento demográfico. En efecto, el 83% de la superficie terrestre ha sido alterada, el 60% de los ecosistemas están afectados. Los recursos ecológicos son finitos. En este momento somos aproximadamente 7.000 millones de personas y es posible que en el 2050 seamos 10.000 millones de seguir la tasa de crecimiento actual. Cada persona necesita 23,5 hectáreas para mantener su estilo de vida. Se ha calculado que solamente hay 17,5 hectáreas planetarias disponibles por persona. Esto es lo que se denomina la HUELLA ECOLÓGICA que puede definirse como la porción de planeta que requiere cada individuo para mantener su estilo de vida. Esta huella ecológica no es igual para todos los seres humanos pues depende del gasto de recursos, así por ejemplo, la huella ecológica de Estados Unidos o Japón es mucho mayor que la de algunos países de Africa o América.

En el Informe Planeta Vivo 2010 se establece que la Huella Ecológica mide la cantidad de tierra y agua biológicamente productiva requerida para producir los recursos que consume un individuo, población o actividad, para absorber los residuos que genera teniendo en cuenta la tecnología y gestión de recursos imperante. Esta área se expresa en hectáreas globales. Los resultados de la Huella y la biocapacidad de los países son calculados anualmente por la Red de la Huella Global. La humanidad está consumiendo actualmente los recursos naturales a una velocidad mayor de la que pueden regenerar los ecosistemas y continua liberando mas CO₂ de lo que pueden absorber.

Por “Capacidad de carga del medio” se entiende el número máximo de seres vivos que un hábitat puede soportar indefinidamente. Cuando una población sobrepasa ese máximo, los recursos comienzan a agotarse y acaba disminuyendo drásticamente la población. A nivel oficial existe un plan de acción sobre la población mundial resultante de la Conferencia Internacional de El Cairo sobre Población y Desarrollo de 1994, el cual pretende estabilizar la población entre 7.900 y 9800 millones para el año 2050 usando como medios: 1) acceso voluntario a medios de planificación familiar y 2) educación e igualdad de oportunidades para la mujer.

Es innegable la interrelación entre población, desarrollo y medio ambiente.

El papel del juez al definir la protección de derechos colectivos relacionados con el medio ambiente resulta fundamental puesto que en muchos casos tendrá que enfrentarse con la vigencia de derechos fundamentales de los individuos que pueden entrar en tensión o conflicto frente a los derechos colectivos y será necesario que el juez evalúe el impacto del respeto de esos derechos individuales respecto de la protección del medio ambiente.

El Presidente Santos en su discurso de posesión pronunció una frase que tiene que llevarnos a una profunda reflexión: “EL MEDIO AMBIENTE NO ES UNA HERENCIA DE NUESTROS PADRES SINO UN PRESTAMO DE NUESTROS HIJOS”.

Para finalizar, quiero traer una frase de Leonardo Boff, profesor de Ética y Filosofía en la Universidad Estatal de Río de Janeiro, en su obra “Principio-Tierra”, el retorno a la Tierra como Patria común:

“... EL SER HUMANO NO ESTA SIMPLEMENTE SOBRE LA TIERRA. NO ES UN PEREGRINO ERRANTE, UN PASAJERO VENIDO DE OTRAS PARTES Y PERTENECIENTE A OTROS MUNDOS. NO. EL ES HIJO E HIJA DE LA TIERRA. EL ES LA PROPIA TIERRA EN SU EXPRESIÓN DE CONCIENCIA, DE LIBERTAD Y DE AMOR. Nunca más saldrá de la conciencia humana la convicción de que somos Tierra y de que nuestro destino está indisolublemente ligado al destino de la Tierra y del cosmos donde se inserta la Tierra”.

LA DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS
ENTRE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA
Y LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVA EN LOS ASUNTOS DE
SEGURIDAD SOCIAL

Gerardo Arenas Monsalve

Presidente de la Sección Segunda del Consejo de Estado

Antecedentes

El problema jurídico de la competencia judicial en asuntos de seguridad social ha tenido una amplia evolución, pero es posible distinguir dos grandes momentos: antes y después de la reforma estructural del sistema de seguridad social introducida por la Ley 100 de 1993¹.

En el período anterior a la mencionada ley, la división de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la contencioso administrativa en esta materia derivaba en forma automática del tipo de vínculo laboral: si se trataba de vínculo de empleo público la competencia correspondía a la jurisdicción contenciosa, mientras que si el vínculo era de naturaleza contractual laboral el asunto debía tramitarse ante la jurisdicción ordinaria laboral.

Con la expedición de la Ley 100, que establece un sistema integral de seguridad social, el asunto se torna más complejo, pues las reglas se estructuran con criterio unificador, aunque con excepciones importantes, de forma que se plantea la idea de establecer también la unificación de la jurisdicción que debía dirimir los conflictos.

Un primer intento unificador se tuvo con la Ley 362 de 1997, que modificó el texto del Código Procesal del Trabajo para unificar la competencia en seguridad social alrededor de la jurisdicción del trabajo. Con posterioridad se expide la Ley 712 de 2001, con la cual puede considerarse que se inicia el debate actual sobre el tema.

¹ Arenas Monsalve, Gerardo: *El derecho colombiano de la seguridad social*. Tercera edición. Legis, Bogotá, 2011, página 203 y ss.

La regla general de competencia en el Código Procesal del trabajo y de la Seguridad Social. (Ley 712 de 2001) y sus excepciones

La regla general de competencia en la jurisdicción ordinaria laboral

La Ley 712 de 2001 se expidió en un contexto de modificaciones de fondo al Código Procesal del Trabajo. Una de esas modificaciones, incluso, fue el cambio de nombre a dicho Código, el cual pasó a llamarse en adelante “Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social”, lo que evidencia el propósito omnicompreensivo que lo acompañó: unificar la competencia de los conflictos del sistema integral de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993 en esa jurisdicción.

En consecuencia, la norma textualmente dispuso:

Artículo 20. Competencia General. La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:(...)

4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.

Son características de esta regla de competencia las siguientes:

- Alude a las controversias referentes al “sistema de seguridad social integral”, es decir, al establecido en la Ley 100 de 1993 con la finalidad de unificar “la normatividad y la planeación de la seguridad social”, conforme lo dispone la citada ley (art. 6°).
- Esa competencia abarca los conflictos de los afiliados, así como de sus beneficiarios y los demás usuarios, incluidos los empleadores, frente a las entidades administradoras de los distintos sistemas de la seguridad social, como también respecto de las entidades prestadoras de tales sistemas.

Las excepciones a esta regla: los conflictos de seguridad social que son de competencia exclusiva de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

Pese a ese carácter unificador de la Ley 712, durante su vigencia exclusiva resultó claro que había aspectos de la seguridad social que no serían de competencia de la jurisdicción ordinaria sino de la contencioso administrativa.

En efecto, no quedaron comprendidos en la regla general de la Ley 712, en su redacción original, las controversias de seguridad social de los servidores públicos que de conformidad con la misma Ley 100 quedaron excluidos de la aplicación de la misma: los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, los civiles al servicio de esas mismas fuerzas vinculados antes de la Ley 100 y los docentes oficiales (Ley 100, art. 279). Todos ellos se tramitan por la jurisdicción de contencioso administrativo.

Tampoco quedó comprendido en la regla general el conflicto de seguridad social de los servidores públicos cuyas pensiones no se rigen a plenitud por la Ley 100 sino por las reglas dispuestas en el régimen de transición pensional de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. De igual forma, otros conflictos de seguridad social, como los relativos a Congresistas, corresponden igualmente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Todas estas excepciones, en la medida en que no correspondían ni corresponden tampoco actualmente a la regla general de competencia de la jurisdicción ordinaria en virtud de la Ley 712, quedaron asignadas a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Los excesos en la aplicación de esta regla: el problema de los conflictos jurídicos de responsabilidad en las entidades de seguridad social

Dado que la expresión general de la Ley 712 aludía a las controversias referentes al sistema de seguridad social, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia llegó a la conclusión de que a dicha jurisdicción le correspondía también la competencia en los conflictos de responsabilidad médica o contractual de las entidades de seguridad social. Sobre el punto esa Corte sostuvo lo siguiente:

“Bajo esos parámetros y acorde con la definición que viene de hacerse, ninguna duda queda de que aquellos conflictos derivados de los perjuicios que sufran las personas debido a la falta de atención médica cuando ella es obligatoria, a defectos o insuficiencias en la misma, a la aplicación de tratamientos alejados o ajenos a los estándares y prácticas profesionales usuales, o la negativa de la EPS de autorizar la realización de medios diagnósticos o terapéuticos autorizados por el médico tratante, entre otros, constituyen controversias que tienen que ver con la seguridad social integral, en tanto entrañan fallas, carencias o deficiencias en la observancia de las obligaciones y deberes que la ley ha impuesto a las

*entidades administradoras o prestadoras de servicios de salud, y por lo mismo el conocimiento de ellos corresponde a esta jurisdicción*²

Esta tesis, desde luego, no resultó pacífica, porque una cosa son los conflictos relativos a la aplicación de las normas específicas del sistema de seguridad social y otra diferente son los conflictos derivados de la responsabilidad. En efecto, como lo ha señalado la doctrina, frente a estas situaciones, “no cabe duda de que la discusión corresponde al área propia de la responsabilidad médico legal y no a un capítulo más de la Ley 100 de 1993 o a las prestaciones que otorga el sistema general de seguridad social en salud”³

Al respecto, lo que se ha señalado es que tales conflictos acerca de la responsabilidad –contractual o extracontractual- de las entidades de salud, sean o no del sistema de seguridad social, tienen una competencia diferente según su naturaleza jurídica: si son de naturaleza estatal corresponden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo; y si son de naturaleza privada tales conflictos corresponderá dirimirlos a la jurisdicción ordinaria civil.

El Consejo de Estado, en su Sección Tercera, ha señalado con vehemencia lo que aquí se ha expuesto, en los siguientes términos:

“Lo anterior no supone entonces que toda falla o incumplimiento obligacional relacionado con la prestación del servicio médico y/o hospitalario tenga un origen en el sistema de seguridad social integral, como quiera que es posible que el mismo, en su especialidad salud o riesgos profesionales, hayan actuado perfectamente bien en cuanto a la prestación y suministro del servicio esencial (oportunidad y eficiencia), pero no así en lo que concierne a la entidad hospitalaria o a uno de sus agentes (público o privado) que puede haber cometido una falla en la prestación concreta del servicio, caso en el cual la relación entre el paciente y la entidad prestadora (v. gr. IPS), se muestre ajena al sistema de seguridad social integral y, por lo tanto, debe ser regulada por las normas y principios que gobiernan la responsabilidad patrimonial extracontractual, bien sea de orden civil o estatal. Así las cosas, con el anterior planteamiento no sólo se reconoce la diferencia que existe entre una y otra relación jurídica sustancial, sino que también se respeta la espacialidad del juez natural, esto es la competencia que le asiste a los órganos de cierre, es decir, tanto al Consejo de Estado en relación con la responsabilidad médico asistencial oficial (art. 82 CCA) en

2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de febrero 13 de 2007. Exp. 19.519.

3 Manrique Villanueva, Jorge E.: *La responsabilidad médica: ¿una cuestión de los jueces del trabajo y de la seguridad social?*. Revista de derecho privado, No. 14. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, páginas 141 y ss.

sus especialidades contractual y extracontractual, como la Sala de Casación civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia en eventos de responsabilidad médico asistencial contractuales y extracontractuales de orden privado. Entonces es claro que si la controversia suscitada tiene que ver con el sistema de seguridad social integral contenido en la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones (salud, pensiones y/o riesgos profesionales), sin importar cual es la naturaleza de la relación jurídica (afiliado, beneficiario o usuario) y de los actos jurídicos (de prestación, de asignación, de reconocimiento, entre otros), será imperativo acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para que se desate el respectivo proceso a fin de que se valoren las pretensiones y se establezca el fundamento fáctico y jurídico de las mismas⁴.

En síntesis, con las reglas de competencia de la Ley 712 de 2001, que asignaron la competencia general del conflicto de seguridad social a la jurisdicción ordinaria laboral y un papel residual a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, aparte de los excesos que llegaron a plantearse en relación con la competencia en los conflictos de responsabilidad, se plantearon modificaciones relevantes en la legislación posterior: de una parte, en la competencia general, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) reivindicó para la jurisdicción contenciosa una parte importante de la competencia general. De otro lado, con el nuevo Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) se resuelve el problema de la competencia en asuntos de responsabilidad. Estos dos grandes aspectos se desarrollan a continuación.

La regla de competencia específica en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (ley 1437 de 2011)

El origen de esta nueva regla de competencia

Con la elaboración del proyecto que se convirtió luego en la Ley 1437, en la que tuvo participación activa el Consejo de Estado, se planteó en materia de competencia un asunto crucial: la jurisdicción de lo contencioso administrativo es el juez de la administración y de sus servidores. No es posible desnaturalizar esa función, que está en la esencia misma de esta jurisdicción.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de febrero de 2007. Rad. 76001-23-31-000-1994-00916-01 (16010). C. P. Enrique Gil Botero.

En ese orden de ideas, se planteó que no resulta razonable que la jurisdicción de lo contencioso administrativo haya perdido la competencia para juzgar los actos administrativos relativos a un servicio público y un área vital para el Estado, y en el cual tiene responsabilidades de dirección y gestión como lo es la seguridad social en su concepción actual, plasmada en los artículos 48 y 49 de la Carta Política.

Se planteó, entonces, que sin perjuicio de la competencia general de seguridad social asignada por la Ley 712 a la jurisdicción ordinaria laboral, cuando el conflicto tuviera nítido contenido estatal, tanto por la naturaleza jurídica del ente que lo administra, como por el vínculo del afiliado, dicho conflicto debía corresponder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Desde luego, el debate no fue fácil, por las distintas posturas que se dieron al respecto. Este punto fue el último que se decidió en el debate parlamentario. La plenaria de la Cámara de Representantes, en memorable sesión de diciembre de 2010, invitó a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado para que expusieran sus planteamiento y tomar una decisión sobre el punto. El Congreso, finalmente, acogió la tendencia de reconocer la parte de competencia que debe corresponder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en los siguientes términos:

“Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

- 1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.*
- 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.*
- 3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.*
- 4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.*

(...)

Parágrafo. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.”

De esta forma, el Código recupera para la jurisdicción contenciosa la competencia del conflicto de seguridad social cuando se trate de servidor público afiliado a entidad pública.

Los alcances de la competencia en seguridad social: necesidad de armonizar los dos códigos

Pare comprender entonces en forma adecuada la competencia en asuntos de seguridad social es preciso armonizar los dos Códigos, de la siguiente manera:

- A la jurisdicción contenciosa le corresponde la competencia de juzgamiento de los actos administrativos sobre derechos de seguridad social en los cuales intervenga una entidad pública y a la vez el afiliado a la misma sea un servidor público.
- En consecuencia, si interviene una entidad pública, pero el afiliado, beneficiario o usuario es un trabajador vinculado mediante contrato de trabajo, sea particular u oficial, o un trabajador independiente, la competencia corresponde a la jurisdicción ordinaria laboral. Y a la inversa: si se trata de un servidor público, pero el conflicto de seguridad social se plantea ante una entidad de seguridad social de naturaleza privada, el conflicto igualmente debe tramitarse ante la jurisdicción ordinaria laboral.
- Si no se cumplen los dos requisitos indicados para activar la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y el conflicto corresponde al sistema integral de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993 y normas que lo modifican y adicionan, la competencia pertenece a la jurisdicción ordinaria laboral.

La novedad introducida en el Código General del Proceso (ley 1564 de 2012)

La norma del Código General del Proceso

El Código General del Proceso (Ley 1562 de 2012) constituye un esfuerzo normativo de unificación del procedimiento civil y de las reglas procesales más generales del país, aplicable por tanto a los aspectos procesales y probatorios no regulados en los demás códigos.

Este Código, en consecuencia, está llamado a sustituir el actual Código de Procedimiento Civil, tal como se dispone en su artículo 626, y su vigencia comienza, como criterio general, el 1° de enero de 2014, salvo algunos artículos cuya vigencia se anticipa (art. 627).

El nuevo Código General del proceso estableció una norma (art. 622) a la que tituló “*Controversias relativas a la responsabilidad médica y relacionadas con contratos*”, en los siguientes términos:

Artículo 622. Modifíquese el numeral 4 del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual quedará así:

“4. Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que sesusciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos.”

La interpretación de esta norma: ¿una alteración de la delimitación entre las dos jurisdicciones?

Frente a esta norma ha surgido un debate respecto de si se alteró nuevamente la regla de competencia en asuntos de seguridad social establecida en la Ley 712 de 2001 y en la Ley 1437 de 2011 o si simplemente se modificó un aspecto de la competencia contractual o extracontractual de la responsabilidad médica.

La primera tesis se basa en el argumento de que se trata de una norma posterior a la Ley 1437 que asigna a “la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social” el conocimiento de las controversias de seguridad social, con lo cual se estaría derogando en forma tácita la regla de competencia creada en la Ley 1437, además de crear la excepción a los casos de responsabilidad médica.

Cabe sin embargo una segunda tesis, que parece más sólida. Esta tesis parte de que, como ya se explicó, la regla general de competencia de los conflictos de seguridad social fue asignada a la jurisdicción ordinaria, con una importante precisión establecida en la Ley 1437: cuando el conflicto derivado del sistema integral de seguridad social se suscita entre un servidor público, que además está afiliado a una entidad de seguridad social de naturaleza pública, la competencia corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En este orden de ideas, la modificación introducida por la Ley 1562 no tiene la finalidad de alterar las reglas establecidas en la Ley 712 ni la que se creó en la Ley 1437, sino que cambia un solo aspecto: pretendió corregir lo que definimos atrás como “los excesos” en la aplicación de la regulación de la Ley 712, es decir, la aplicación de la competencia de la jurisdicción laboral al tema de los conflictos de responsabilidad. De ahí que el título de la norma de la Ley 1562, que es por lo menos indicativo de su contenido, no se refiere a los conflictos de seguridad social sino que se llamó “*Controversias relativas a la responsabilidad médica y relacionados con contratos*”, para señalar que la regla de competencia en seguridad social exceptúa “los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos”. Estos conflictos, por lo tanto, como en su momento lo dedujo la jurisprudencia, corresponden a la jurisdicción ordinaria civil, como procesos de responsabilidad contractual o extracontractual, cuando involucran entidades administradoras o prestadoras de naturaleza privada. Esos conflictos, por otra parte, cuando involucran acciones contractuales o de reparación directa de entidades de naturaleza estatal, corresponden a la jurisdicción contenciosa.

Otro argumento en abono de la tesis que se viene exponiendo es la diferente redacción de la norma original de la Ley 712 en relación con la redacción que a esa norma le introdujo la Ley 1562: en la norma original de la Ley 712, con el criterio omnicomprendivo que en su momento se tuvo en favor de la jurisdicción ordinaria se había dispuesto que corresponden a esta jurisdicción “las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, *cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controvertan*”. Como la Ley 1437 alteró ese carácter omnicomprendivo de la Ley 712, asignando a la jurisdicción contenciosa una parte de la competencia (la de los conflictos de servidores públicos afiliados a entidad pública de seguridad social), la redacción de la Ley 1562 cambió en forma sustancial: alude a la

competencia de la jurisdicción ordinaria laboral y de seguridad social “*que sesusciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos*”, sin aludir a la naturaleza de la relación jurídica ni a la de los actos que se controviertan, precisamente porque una parte de esa competencia pasó a la jurisdicción contenciosa en virtud de la Ley 1437.

No hay, en consecuencia, con la expedición de la Ley 1562, ninguna alteración de las reglas de competencia en conflictos de seguridad social dispuestas en la Ley 712 y en la Ley 1437. Lo que la Ley 1562 reguló, se reitera, fue exclusivamente lo relativo a los asuntos de responsabilidad por práctica médica o contractual en relación con esos aspectos.

Conclusiones

Un último comentario tiene que ver con las reglas de vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: viene rigiendo desde el 2 de julio de 2012, pero sus normas sólo se aplican a las actuaciones administrativas y a los procesos iniciados con posterioridad a la fecha de su vigencia (art. 308).

No hay duda de que todos estos cambios legislativos, y en particular el introducido por la Ley 1437 de 2011 constituyen un reto significativo para la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Las nuevas competencias en seguridad social plantean al país una jurisdicción garante de los derechos frente a las entidades estatales, con lo cual se amplía el horizonte democrático de nuestras instituciones.

PRINCIPIOS DE JUSTICIA, VERDAD Y
REPARACIÓN INTEGRAL
Retos de la justicia administrativa para su
cumplimiento

Stella Conto Díaz Del Castillo

Presidenta de la Sección Tercera del Consejo de Estado

Para superar la problemática que enfrenta la justicia administrativa, para hacer efectivos los derechos a la verdad, justicia, reparación integral y no repetición, obviando cuestiones como la caducidad, la congruencia y las limitaciones del juez ad quem, tanto por los alcances del recurso, como por los derechos del apelante único, se pone de presente los deberes de aplicar el control de convencionalidad, en el plano internacional y el artículo cuarto constitucional en el derecho interno. Se plantea que la satisfacción de los derechos de las víctimas no desequilibra sino fortalece el debate procesal, particularmente frente a los derechos de personas de especial condición constitucional, respecto de quienes aplicar iguales reglas deviene en discriminatorio. Se propone una audiencia previa de adecuación del debate en segunda instancia, en aquellos asuntos relacionados con la obligación estatal de restablecer efectivamente los derechos de las víctimas.

Palabras clave: Jus cogens, derechos fundamentales, crímenes de lesa humanidad, verdad, justicia, reparación integral, no repetición, igualdad, discriminación, control de convencionalidad, aplicación, inaplicación.

Entre las conquistas más importantes de la Constitución Política que hoy nos rige, merece especial mención la incorporación al derecho interno, como un solo cuerpo, de preceptos comúnmente aceptados por los pueblos internacionalmente organizados¹. Anclaje normativo o bloque de constitucionalidad², que tiende un puente fácilmente transitable de valores,

1 Cfr. Ana Lucía Maya, *Incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a Nivel Judicial. Claros y Oscuros*, Bogotá, ILSA, 2008, Presentación.

2 En relación con la manera como surgió y cobró contornos el concepto de bloque de constitucionalidad así como en lo atinente a su evolución, existe numerosa jurisprudencia. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 1992; C-295 de 1993. En estas sentencias se dejó claro que los convenios sobre derecho internacional humanitario prevalecen en el ordenamiento jurídico

principios y reglas, mediante incorporación directa, remisiones o reenvíos con el feliz efecto que significa contar con una institucionalidad nutrida del derecho internacional de los derechos humanos, proyectada de manera transversal en todos los ámbitos de la vida social, económica, política, cultural y jurídica³, vínculo de autoridades y asociados sin excepción y espacio de interlocución permanente, de complementariedad y corrección mutua de legalidad por valores y principios, en la que ya poco cuenta el origen de las normas⁴, sino el convencimiento de su bondad en orden a realizar los fines

internacional. Más adelante las sentencias C-191 de 1998 y C-582 de 1999 llamaron la atención acerca de la necesidad de distinguir dos acepciones de bloque de constitucionalidad. Por un lado, el bloque de constitucionalidad en sentido estricto o estricto sensu, compuesto por los principios y normas a las que hacen referencia los preceptos constitucionales o que han sido integrados a la Constitución por distintas vías, normas éstas, que gozan de preeminencia en el ordenamiento jurídico; y, del otro lado, el bloque de constitucionalidad en sentido amplio o lato sensu conformado por aquellos preceptos que *"tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias"*, así ello no suponga un rango constitucional. A este conjunto pertenecen, por ejemplo, las leyes estatutarias y orgánicas, las cuales sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional. Cfr. también la sentencia C-708 de 1999.

- 3 A partir de lo establecido en la Constitución resulta factible identificar las normas referentes a los principios del derecho internacional y a la protección internacional de los derechos humanos que forman parte del bloque así: i) En el artículo 9º, se consigna que las relaciones exteriores del Estado se encuentran fundadas en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. ii) En el artículo 93, se prevé que *"Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno"*. Se dispone, además, que los *"derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"*. iii) En el artículo 94 se prescribe, por su parte, que la *"enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos"*. iv) El artículo 214 encaminado a regular los estados de excepción establece en su numeral 2º que no *"podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario"*. v) El artículo 53 con arreglo al cual los *"convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna"*.
- 4 La jurisprudencia constitucional ha destacado cómo por la vía de las normas que integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto puede concluirse que hay un conjunto de derechos intangibles, incluso bajo estados de crisis como son: *"el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos de la niñez, a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el derecho al Habeas Corpus (...). Tampoco pueden ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos"*. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 1995.

constitucionales que no son distintos a llegar a la paz, mediante la convivencia y el orden justo⁵.

Se debe al anclaje normativo o bloque de constitucionalidad, además del dialogo entre la justicia interna y la internacional, la comunicación entre las jurisdicciones ordinaria y constitucional, que convergen en la que podríamos llamar justicia interna de los derechos humanos⁶.

En efecto, la Carta Política de 1991 le confirió especial atención a las normas que consignan un conjunto de mecanismos internos orientados a brindar protección eficaz a los derechos constitucionales fundamentales que no son distintos a los preceptos comúnmente aceptados por la humanidad y a los consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, al tiempo que dispuso su fortalecimiento y complementariedad por las garantías derivadas del derecho supranacional que los rige. De suerte que, agotados los procedimientos ordinarios sin obtener el anhelado restablecimiento de aquello que no podría haber sido vulnerado, los afectados bien pueden acudir ante el juez constitucional mediante la acción de tutela⁷ y, agotados los recursos internos, entran en funcionamiento aquellos que permiten acudir a instancias internacionales.

Empero, así como si bien la acción de tutela contra decisiones judiciales no tendría que prosperar en ningún caso, vale sostener que, contando —como se cuenta— con las herramientas adecuadas para acceder internamente a una justicia acorde con los cánones constitucionales nutridas de los valores y principios internacional aceptados, aquello de que las víctimas tengan que acudir a la justicia internacional no tendría que darse y, de ocurrir, tendría que ser excepcional.

Lo que es lo mismo, como entender que en un Estado tributario de la Carta de San Francisco y del Pacto de San José que además, desde el año de 1991, adoptó la forma de Estado social de derecho, sus jueces no responden a los compromisos de hacer de la verdad, de la justicia, de la reparación integral y de la garantía de no repetición un sí constante de sus decisiones.

No constituye novedad alguna afirmar que la legitimidad de los Estados democráticos, en general y de Colombia, en particular, pende, en

5 Artículo 2 Constitución Política.

6 En relación con el concepto de bloque de constitucionalidad su origen y alcances cfr. RODRIGO UPRIMNY, *Bloque de Constitucionalidad Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal*, consultado en: www.dejusticia.org el día 11 de agosto de 2011. ALEJANDRO RAMELLI ARTEAGA, *Jurisprudencia Penal Internacional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011, consultado en internet el día 11 de agosto de 2011.

7 Artículo 86 constitucional.

gran parte, de su capacidad de obrar de conformidad con el *jus cogens*, con los pactos internacionales sobre derechos humanos y en armonía con el derecho internacional humanitario.

Tampoco es una primicia afirmar el papel destacado que la judicatura nacional ha desempeñado y viene cumpliendo en la construcción de un escenario propicio al encausamiento del conflicto hacia su solución pacífica, sobre la base de i) recuperar la memoria histórica; ii) reparar a las víctimas de manera integral y iii) trazar un camino de confianza sembrado, no solo de instituciones, sino particularmente de actuaciones y realizaciones legítimas consecuentes a aquellas.

Ahora, sin restarle importancia a los grandes avances de la jurisdicción contencioso administrativa en aspectos sustantivos e incluso procesales, el propósito de este escrito no tiene que ver con los logros sino con las restricciones u obstáculos que impiden que, siempre que se trate de crímenes de lesa humanidad y graves violaciones de los derechos humanos, los llamados de la víctimas a sus jueces nacionales obtengan una real y efectiva respuesta.

En este punto no sobra recordar uno de los puntos históricos de quiebre en el olvido de graves violaciones de los derechos cuando, al terminar el horror que significó la Segunda Guerra Mundial, además de internacionalizar los derechos humanos -hasta entonces conocidos pero inoperantes- el mundo entero sembró su esperanza de un nunca jamás, en sus jueces.

Desde luego, no resulta fácil para la judicatura de un país reconocer que bajo el auspicio o la complicidad del Estado que representa y bajo su propia majestad se han cometido y cometen día a día crímenes contra la humanidad y no se puede desconocer que podría resultar más práctico pasar por alto lo ocurrido, evitar cuestionamientos y optar por medidas de punto final, las que incluso podrían acompañarse más con el concepto clásico de lo público, con la gravedad que comporta darle la espalda a las víctimas, como si sus heridas fuesen ajenas al interés general.

Puesto de otra manera; no se puede negar que las decisiones judiciales que reconocen la responsabilidad del Estado lo obligan a reparar o satisfacer a las víctimas y lo conminan a un mea culpa y a la no repetición causan dolor, perplejidad y desconcierto y que, en no pocos casos se vuelven contra las jueces, argumentando que esas decisiones se encuentran lejos de consultar los intereses de la patria, en cuanto desconocen el sacrificio institucional de vidas y recursos en pro de un porvenir mejor. Olvidan quienes así piensan que el cimiento del camino a la convivencia social lo constituye la memoria y su construcción el señalamiento de la responsabilidad de reparar,

acompañada de la firme e interiorizada convicción de que haremos todo lo que esté a nuestro alcance para evitar que esos hechos condenables se repitan. Ideal al que no podemos llegar sin la compañía de las víctimas quienes, para caminar a nuestro lado, reclaman primeramente ser reconocidas no tanto con normas sino con actitudes y compromisos.

¿Qué hacer entonces para que, en todos los casos en que la responsabilidad estatal se resuelve internamente, las decisiones consulten los principios constitucionales y los cánones internacionales de verdad justicia, reparación integral y no repetición? ¿Cómo sortear los obstáculos internos que le niegan al Estado la oportunidad de asumir la responsabilidad, avergonzarse por los hechos cometidos, pedir perdón y adoptar las medidas simbólicas y pedagógicas para evitar que lo ocurrido vuelva a cometerse? ¿Cómo hacer para que la jurisdicción contencioso administrativa no le niegue al Estado por razones procesales la oportunidad de asumir sus compromisos con las víctimas?

Huelga entonces, en punto a obtener una respuesta examinar, a la luz de la Carta Política las obligaciones que se derivan de la aplicación del jus cogens, así como de los deberes que se desprenden a partir del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, algunas cuestiones de índole procesal y no por ello menos importantes que generan las tensiones a las que es menester referirse.

Un primer aspecto tiene que ver con la congruencia. Bien sabido es que lo que las autoridades judiciales resuelven habrá de corresponder a lo pedido y debatido en el proceso, porque, de no ser ello así, se compromete el derecho de defensa, la buena fe y la lealtad procesal es decir, en general, el debido proceso. Aquí hay varios aspectos que considerar. La Sección Tercera del Consejo de Estado resuelve en la actualidad demandas presentadas hace más de quince años. Podría afirmarse que en ninguna demanda de los asuntos que se conocen en segunda instancia se pretende reparación integral, en muchos casos ni siquiera se aboga de manera completa lo que tiene que ver con los perjuicios materiales y nada se dice sobre la no repetición; aunado a que tampoco las defensas institucionales consultan los compromisos del Estado con la comunidad internacional.

El segundo, estrechamente relacionado con el anterior, se refiere a la aplicación del principio procesal de la *no reformatio in pejus*, por cuya virtud no le es dable al fallador de segundo grado hacer más gravosa la situación del apelante único pues, así como el actor es titular del interés en demandar, el apelante lo es del interés en recurrir. No obstante cuando quien apela es el Estado y la condena objeto de impugnación evidencia conductas estatales

execrables ¿Cómo afirmar que el juez de segundo grado no puede ir más allá de lo formulado en la sustentación del recurso? En términos de los valores y principios en juego, porqué no entender que el Estado, así del texto mismo del recurso no lo parezca, en todas sus actuaciones –porque no podría ser de otra manera- acompasa su condición de demandado en juicio con el cumplimiento de sus compromisos de verdad, justicia, reparación integral y no repetición?

No puede desconocerse otro punto que preocupa. Se trata de cómo abrirle paso a la justicia integral dejando a un lado la inactividad procesal de los afectados, durante los dos años establecidos para extinguir la acción de reparación directa? Cuestión ésta que tiene que ver con la estabilidad de las relaciones jurídicas, pero que no consulta la situación de las víctimas en muchos casos atemorizadas, con restricciones de acceder a servicios profesionales en un país en el que la defensoría pública es insuficiente e imposibilitadas de reunir las informaciones y la documentación que una justicia rogada exige a los demandantes para sacar adelante sus pretensiones.

Por último, debe tenerse presente dos cuestiones más de especial relevancia, lo relacionado con la aplicación del enfoque diferencial en orden a imponer las cargas procesales y establecer las reparaciones, es decir en lo atinente a la aplicación del principio de distinción y lo último con los problemas estructurales de dilación que afronta la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En mi opinión, para ofrecer una respuesta a todas estas inquietudes puede seguirse dos derroteros que conducen al mismo destino. Uno consiste en seguir la vía del control de convencionalidad presente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los derechos humanos y el otro en resolver con el solo apoyo de las previsiones constitucionales, previa inaplicación de las normas que las desconocen, a la luz del artículo 4 constitucional.

La vía del derecho internacional de los derechos humanos exige tener en cuenta, de un lado, la existencia de un grupo de normas internacionales de forzoso acatamiento por parte de los ordenamientos jurídicos nacionales –jus cogens–, y, de otro lado, la presencia de un compendio de preceptos de origen convencional que, interpretados a la luz de la jurisprudencia vinculante emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sirven de referente para controlar hasta qué punto las normas y las prácticas de los Estados Parte del Sistema Interamericano cumplen con las obligaciones convencionales, lo que ha dado origen al control denominado por la misma jurisprudencia como “de convencionalidad”.

Justo en ese horizonte de comprensión ha precisado la doctrina—, que “*desde el punto de vista de su generalidad el orden jurídico internacional se encuentra conformado por dos clases de normas: unas que son aceptadas por la comunidad internacional en su conjunto (normas internacionales generales o universales), en tanto principios sobre los cuales se edifica todo el sistema jurídico internacional; las otras, que sólo son acogidas por un grupo de Estados (normas internacionales particulares)*”⁸.

Así, las normas *jus cogens* se caracterizan, primeramente, porque han podido obtener “*un grado muy amplio de generalidad, en los términos del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969*”⁹. Se trata de preceptos con una nota distintiva adicional e imperativa, por ser consideradas como de orden público internacional y estar vedada “*su exclusión o modificación mediante acuerdo entre las partes*”¹⁰.

La jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha marcado una pauta en la fijación del sentido y alcance del *jus cogens*. El Tribunal de San José considera que al concepto original que comprendía normas tales como la prohibición de la esclavitud, del apartheid, de la desaparición forzada, la proscripción del genocidio, entre otras, se añade asimismo el derecho de acceso a la justicia y el derecho de reparación integral a las víctimas de graves violaciones y, en todo caso de infracciones del derecho internacional humanitario.

Respecto del derecho de acceder a la justicia, como elemento integrante del *jus cogens*, se pronunció la Corte de San José en el caso Goiburú y otros contra Paraguay¹¹. En aquella ocasión sostuvo el alto Tribunal lo siguiente:

8 Cfr. ALEJANDRO RAMELLI ARTEAGA, *Jurisprudencia Penal Internacional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011, consultado en internet el día 11 de agosto de 2011.

9 *Ibid.*

10 *Ibid.*

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Sentencia de 22 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). En el párrafo 62 de la sentencia destacó el Tribunal de San José que el caso bajo examen revestía una importancia histórica particular: “*los hechos ocurrieron en un contexto de práctica sistemática de detenciones arbitrarias, torturas, ejecuciones y desapariciones perpetrada por las fuerzas de seguridad e inteligencia de la dictadura de Alfredo Stroessner, en el marco de la Operación Cóndor, cuyas características y dinámica han sido esbozadas en los hechos probados (supra párrs. 61.1 a 61.14). Es decir, los graves hechos se enmarcan en el carácter flagrante, masivo y sistemático de la represión a que fue sometida la población a escala inter-estatal, pues las estructuras de seguridad estatales fueron coordinadamente desatadas contra las naciones a nivel transfronterizo por los gobiernos dictatoriales involucrados*”.

“El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo”¹².

De esta forma, indicó la Corte interamericana cómo en la actualidad resulta imperioso y obligatorio para los Estados buscar las herramientas y diseñar las políticas encaminadas a que aquellas personas que buscan activar el aparato jurisdiccional con el propósito de solicitar justicia, cuenten con todos los recursos para poderlo hacer. En idéntico sentido, se pronunció recientemente cuando le correspondió resolver el Caso Gelman v. Uruguay¹³, caso al cual me referiré más adelante. Por ahora, cabe mencionar que para la Corte de San José la ley de caducidad existente en aquel país debía quedar sin efectos jurídicos, porque contrariaba lo dispuesto en la Convención Americana y por tanto lo que debía hacer el Estado uruguayo era eliminar cada uno de estos obstáculos contemplados en la legislación nacional, cuya aplicación entorpecía la puesta en marcha o no permitía activar de manera pronta y efectiva el aparato judicial nacional.

De igual modo, ha señalado la Corte Interamericana que lo concerniente a la reparación integral de las víctimas de violaciones al derecho internacional de los derechos humanos y de infracciones al derecho internacional humanitario es un principio *jus cogens*. Así lo estableció en el Caso Aloeboetoe v. Surinam, en el que resolvió que la *“disposición aplicable a las reparaciones es el artículo 63.1 de la Convención Americana que prescribe lo siguiente: 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Este artículo constituye una norma consuetudinaria que es, además, uno de los principios fundamentales del actual derecho de gentes como lo ha reconocido la Corte”*¹⁴.

12 *Ibid.*, párrafo 131.

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman v. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y Reparaciones).

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Aloeboetoe y otros. Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Art. 63.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Reparaciones)). En

Quiero decir, entonces, que dado el carácter de *jus cogens* que, a la luz de la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, adquieren tanto el acceso a la justicia en su comprensión global como el principio de reparación integral a las víctimas de violaciones de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, la respuesta a cómo proceder para hacer efectivo el derecho de las víctimas al igual que la manera de permitir al Estado cumplir sus compromisos internacionales en el curso de los procesos en su contra, se encuentra en el control de convencionalidad. Esto porque las obligaciones en materia de verdad, justicia, reparación integral y no repetición, no pueden ser contradichas o derogadas por disposiciones normativas internas.

Cuanto se ha expuesto permite confirmar que, al momento de pronunciarse sobre las obligaciones antedichas los jueces no tendrían sino que honrar los compromisos internacionales y, por ende, observar el *jus cogens*, esto es, aquellos preceptos de forzoso acatamiento que integran el orden público internacional, lo que se traduce en entender que tampoco en los aspectos patrimoniales de la reparación e incluso en lo que tiene que ver con enfrentar el transcurso del tiempo, lo procesal podría superar la realización de la justicia material, como lo destacó la jurisprudencia interamericana recientemente en la sentencia que resolvió el Caso Gelman v. Uruguay, emitida el día 24 de febrero de 2011 a la que atrás hice alusión.

Cabe aquí insistir que en aquella ocasión el Tribunal de San José condenó por primera vez al Estado uruguayo por la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman desde finales del año 1976, quien fue detenida en Buenos Aires, Argentina, mientras se encontraba en avanzado estado de embarazo; por el robo de la recién nacida María Macarena Gelman García y por la supresión de su identidad y nacionalidad así como por la denegación de justicia, impunidad y, en general, el sufrimiento causado a Juan Gelman, a su familia, a María Macarena Gelman y a los familiares de María Claudia, como consecuencia de la no investigación de los hechos, juzgamiento y sanción de los responsables, en virtud de la

el párrafo 43 la Corte se pronunció de la siguiente manera: "Este artículo constituye una norma consuetudinaria que es, además, uno de los principios fundamentales del actual derecho de gentes tal como lo han reconocido esta Corte (cfr. Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria, supra 28, párr. 25; Caso Godínez Cruz, Indemnización Compensatoria, supra 27, párr. 23) y la jurisprudencia de otros tribunales (cfr. Usine de Chorzów, compétence, arrêt N° 8, 1927, C.P.J.I., Série A, N° 9, p. 21; Usine de Chorzów, fond, arrêt N° 13, 1928, C.P.J.I., Série A, N° 17, p. 29; Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, deuxième phase, avis consultatif, C.I.J., Recueil 1950, p. 228).

Ley No. 15.848 o Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, promulgada en 1986 por el gobierno democrático del Uruguay.

En sus consideraciones la Corte Interamericana reiteró, una vez más, que *“la desaparición forzada constituye una violación múltiple de varios derechos protegidos por la Convención Americana que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión”*¹⁵ del mismo modo que acarrea otras vulneraciones conexas, situación que se agrava cuando se comprueba que *“forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado”*¹⁶. En idéntico sentido, subrayó que *“la práctica de desaparición forzada implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su prohibición ha alcanzado carácter de jus cogens”*¹⁷.

Al constatar que la caducidad “carece de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”¹⁸, pues entorpece e impide *“la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos”*¹⁹, la Corte de San José resolvió que el Estado uruguayo debía garantizar en adelante que la caducidad no representaría obstáculo alguno, *“para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares a las acontecidas en Uruguay”*²⁰.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó al Estado uruguayo encargarse de que *“ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, non bis in idem o cualquier excluyente similar de responsabilidad”*²¹ fuere aplicada así como prescribió *“que las autoridades uruguayas deben abstenerse de adelantar actuaciones que supongan obstruir el proceso investigativo”*²². Es así como la Corte Interamericana reiteró su jurisprudencia en el sentido de sostener, una vez más, la necesidad de cumplir con las normas que tienen el carácter de jus cogens.

15 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman v. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y Reparaciones), párrafo 74.

16 *Ibid.*

17 *Ibid.*, párrafo 75.

18 *Ibid.*, párrafo 246.

19 *Ibid.*, párrafo 225.

20 *Ibid.*, párrafo 253.

21 *Ibid.*, párrafo 254.

22 *Ibid.*

Hasta aquí creo haberme detenido en la vía del derecho internacional de los derechos humanos, para fijar el entendimiento de los preceptos procesales que impiden que el derecho interno defina, en cada caso, la responsabilidad internacional del Estado en materia de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, resta entonces, como adelante se anunció, exponer la vía del derecho interno la cual, como se pasa a explicar, exige fijar el entendimiento y proceder a la inaplicación de ser ello necesario, de las normas procesales que impiden realizar los principios de verdad, justicia, reparación integral y no repetición.

Ahora bien, las restricciones a las que se hizo referencia, esto es la congruencia, los límites de la actuación judicial en segunda instancia y la caducidad, han sido reconocidas expresamente como elementos estructurales del debido proceso, desde la perspectiva que impiden el activismo del juez y de la contraparte, impidiendo que el demandado sea sorprendido con aspectos que no tuvo la oportunidad de controvertir y liberándolo de sentirse cohibido para emprender, él sí, una activa defensa superado el temor de despertar una mayor actividad en su contra, porque la demanda ya se conoce y ésta condiciona el fallo. Se afirma también que el demandado no tendría que cargar con los errores del actor y de la decisión y que desconocer la caducidad y la certeza de las decisiones judiciales compromete el interés general a la seguridad jurídica.

Vale considerar al respecto que si bien lo afirmado es cierto, ningún principio puede ser pensado en términos absolutos, pues de no ser ello así se desconocen o relativizan aquellos que se le contraponen, es decir, para el caso objeto de análisis exaltar el derecho de defensa puede dar al traste con el acceso a la justicia, cuando uno y otro tienen que ver con el debido proceso. De suerte que los principios de congruencia, no reformatio in pejus y caducidad, habrán de extenderse hasta donde hacen nugatorias las garantías constitucionales enfrentadas. Lo contrario equivaldría a pregonar la superioridad de la demanda, de la sentencia de primera instancia y del recurso de apelación, por sobre los derechos de las víctimas y los compromisos del Estado colombiano con los principios de verdad, justicia, reparación integral y no repetición.

Siendo así para que los principios operen en materia de violaciones de derechos humanos en general pero en particular de graves violaciones y crímenes de lesa humanidad, es menester una demanda que se acomode con el bloque de constitucionalidad y un fallo judicial, de primera o segunda

instancia e incluso en sede de revisión o casación, que contemple todos los elementos de la demanda.

Lo anterior se sustenta en que nuestro ordenamiento descansa en un sistema legal material que exige la sujeción de todas las actuaciones de las autoridades públicas al ordenamiento jurídico en integridad. De esta manera no se podría afirmar que la demanda, tampoco que las sentencias o los recursos, por el solo hecho de haberse presentado, motivado o sustentado neutralizan el derecho de acceso a la justicia de las víctimas, particularmente cuando quien lo pregona es el mismo Estado suscriptor de los compromisos internacionales, interesado en participar en procesos de legitimidad inquebrantable.

En relación con las cargas procesales y con el principio de reparación integral, interesa resaltar algo que también ha sido subrayado doctrinalmente. Se trata de la aplicación del principio de distinción, cuya debida observancia en la labor de las autoridades judiciales reviste un alto grado de complejidad, toda vez que *“si bien los derechos a la verdad, a la justicia y a la obtención de una reparación cuentan con diversos fundamentos en normas convencionales, éstos se caracterizan por su contextura abierta”*²³, así que, en la manera de concretarla y llevarla al plano de los derechos, participan instituciones internacionales de diversa índole como son la misma Corte Interamericana por medio de su jurisprudencia; el Comité de Derechos Humanos de la ONU encargado del cumplimiento del PIDCP y el Consejo de Derechos Humanos²⁴.

Entre los aspectos complejos que debe enfrentar la judicatura, al momento de cumplir las obligaciones de observar en los procesos una igualdad real, se encuentra la necesidad de aplicar el enfoque diferencial, necesidad ésta que ha sido destacada especialmente por la jurisprudencia interamericana²⁵ y por la Corte Constitucional²⁶.

El enfoque diferenciado impone tener en cuenta las circunstancias específicas en las que se hallan los distintos grupos poblacionales integrantes de una sociedad altamente diversa, como lo es la colombiana, ello, a fin de

23 ALEJANDRO RAMELLI ARTEAGA, *Jurisprudencia Penal Internacional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011, consultado en internet el día 11 de agosto de 2011.

24 *Ibíd.*

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre Plan de Sánchez (Reparaciones), Sentencia de 19 de noviembre de 2004, párrafo 49.16; Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párrafo 200.

26 Corte Constitucional. Auto 251 de 2008 de seguimiento a las sentencia T - 025 de 2004 de la Corte Constitucional sobre Protección de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. Ver también, Corte Constitucional. Autos 04 y 05 de 2009.

que los requerimientos procesales y las medidas de reparación se adecúen a las circunstancias particulares de las víctimas, ya que el denominado enfoque diferenciado no puede tratarse como muletilla, sino como herramienta de primer orden en el camino hacia la reparación integral.

A manera de síntesis, con base en los distintos pronunciamientos realizados por la jurisprudencia tanto interamericana, como constitucional y también con apoyo en precisiones doctrinales, para evitar que este importante instrumento quede vaciado de contenido, es dable afirmar que, una recta aplicación del enfoque diferencial supone cumplir, cuando menos, con los siguientes presupuestos²⁷.

- La participación activa de los individuos o, de los grupos a los que éstos pertenecen, pues sólo ellos saben hasta qué punto las medidas tendrán efectos resarcitorios y qué aspectos deberán tenerse en cuenta para lograr este fin.
- La comprensión, lo más amplia posible, de los características singulares o especificidades de los individuos o grupos sobre los que habrán de aplicarse las medidas. Ello incluye entender los rasgos notorios y peculiares de su cosmovisión –si se trata de grupos étnicos–; o de su peculiar situación –si se trata, por ejemplo, de mujeres; niños; personas discapacitadas–, así como supone captar la relación entre la particular situación del grupo o de las personas y el entorno que los rodea. Salta a la vista que obtener una comprensión tal implica un serio y profundo trabajo interdisciplinario.

Supone, en tercer lugar, la adopción de un conjunto de medidas afirmativas encaminadas a restaurar, tanto como a promover, el acceso a oportunidades y recursos para el desarrollo cultural, social y económico de quienes, en atención a su especificidad, no pueden ser reparados como lo serían quienes no responden a ninguna particularidad. En tal sentido, corresponde a las autoridades judiciales estar atentas a detectar qué normas, prácticas o actitudes frenan su real acceso a la justicia e impiden el efectivo goce de sus derechos, así como prestar a adoptar las medidas adecuadas para relevar o superar tales obstáculos. En este aspecto ha subrayado la doctrina

27 CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO Y YUKYAN LAM "Etnorreparaciones: la justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades negras en Colombia". Borrador previo a revisión final y corrección de estilo, para publicación en M. BERGSMO, C. RODRÍGUEZ GARAVITO, P. KALMANOVITZ Y M. SAFFON (Coord.), Justicia distributiva en contextos transicionales. Oslo: Peace Research Institute of Oslo; p. 5. Sitio <http://www.cesarrodriguez.net/docs/capitulolibros/9-CR-web.pdf>. Consultado el día 16 de agosto.

cómo las medidas con enfoque diferencial deben abarcar y extenderse a varios campos y han de comprender tanto el ámbito laboral como el educativo. En el caso de las minorías étnicas adquiere especial importancia la noción de territorio y los derechos que de allí se derivan.

Tratándose de niños y discapacitados cómo hacerlo responsables de cargas procesales y concomitantes a éstas que sus padres, representantes o abogados no cumplieron. Al respecto la Corte Constitucional ha venido sosteniendo, por ejemplo, que quienes otorgan los poderes asumen las falencias en que incurren aquellos que los reciben. Responsabilidad de la que resultan ajenos menores e incapaces.

El enfoque diferencial implica, en cuarto lugar, entender que los grupos poblacionales con elementos propios enfrentan o sortean circunstancias de marginación, que muy seguramente definieron la vulneración de la que fueron víctimas. Es el caso por ejemplo de las mujeres, mancilladas en su integridad sexual en el conflicto armado, por su condición, en cuanto sus cuerpos son tomados como estrategia de guerra, intimidación o control social y es el caso de los menores utilizados como elemento de intimidación para obtener que los mayores actúen de determinada manera. En ocasiones, ni siquiera existe conciencia en el imaginario social acerca de estos rasgos peculiares y se considera incluso una exageración hablar de grupos con necesidades específicas. Superar esa perspectiva simplista y reduccionista es, pues, un reto que se impone a la judicatura y a quienes formamos parte de la misma.

Acá vale la pena hacer breve mención de la queja elevada por los 102 pueblos indígenas de Colombia, al no haber sido consultados antes de la expedición de la Ley de Víctimas y al incumplirse con ello la exigencia contemplada en el Convenio 169 de la OIT. También se han presentado inconformidades en cuanto a que la ley utiliza el enfoque diferencial como una mera excusa retórica, sin precisar los componentes que integran la política diferencial así como sin determinar con claridad sobre qué grupos se aplicará y cómo.

Es preciso tener presente que negar las perspectivas diferenciales *“puede llevar a la adopción de medidas que no sean conducentes para reparar el daño cometido, o peor aún, puedan causar un mayor daño al grupo”*²⁸. Así las cosas, *“el grado de idoneidad y efectividad de las reparaciones se mide ‘no solamente sobre la base de criterios objetivos y/o materiales (consistentes en de-*

28 Ibid.

terminar si dichas medidas son proporcionales a la gravedad de la violación y al daño subsiguiente), sino también se mide por medio de la evaluación del grado de idoneidad y efectividad efectuado por los individuos y/o pueblos afectados”²⁹.

No cabe la menor duda y, en ello coinciden tanto la doctrina como lo jurisprudencia, que la cumplida observancia de los principios de verdad, de justicia y de reparación integral, en los términos brevemente expuestos en la presente ponencia, apuntan en una misma dirección, cual es hacerle frente al fenómeno de la impunidad en materia de graves vulneraciones del jus cogens, del derecho internacional de los derechos humanos y de infracciones al derecho internacional humanitario por acción u omisión de las autoridades estatales.

Adicionalmente, en el caso colombiano se estaría ante la necesidad de darle debido cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4 superior con el propósito de darle paso a los valores y principios constitucionales y sentido al artículo 93 superior. Simultáneamente, se observaría los mandatos de sujeción irrestricta a la Constitución e interpretación conforme a los pactos internacionales, establecidos en el artículo 230 y en el mismo artículo 93 superior, inciso segundo, al igual que la obligación contemplada por el artículo 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos consistente en ajustar el derecho interno a las normas de la propia Convención de modo que se asegure la efectiva protección de los derechos establecidos en ese documento bajo la aplicación del principio del *effet utile*, esto es, de conformidad con el criterio según el cual “*el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido*”.

Sobre este extremo, puede sostenerse que, a partir de lo dispuesto en el artículo 2º de la Convención Americana y con base en el desarrollo jurisprudencial que le ha conferido la Corte Interamericana a dicho precepto –caso Almonacid Arellano vs. Chile reiterado de manera constante–³⁰, se ha creado progresivamente “*un jus constitutionale commune en materia de derechos humanos*”³¹ para los Estados Parte del Sistema Convencional Interamericano, desde el que se deriva la obligación a

²⁹ Ibid.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

³¹ EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, “Reflexiones sobre el Control Difuso de Convencionalidad a la Luz del Caso Cabrera García y Montiel Flores v. México”, consultado en: www.juridicas.unam.mx, el día 26 de agosto de 2011.

cargo de todas las autoridades judiciales de efectuar un verdadero control de convencionalidad³².

Puesto de otra manera: el conjunto de normas que integran el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos se convierte en referente jurídico para ejercer control sobre las normas y prácticas estatales. Así, en caso de constatar las autoridades judiciales nacionales que el derecho o las prácticas internas desconocen las normas del Sistema o los lineamientos fijados por la Corte Interamericana en su jurisprudencia vinculante, están obligadas a apartarse del derecho nacional, para, en su lugar, aplicar el derecho convencional.

Ahora bien, debe quedar claro que este control convencional efectuado por las autoridades judiciales nacionales de manera difusa se dirige a armonizar las normas nacionales con las normas que integran el Sistema Convencional a la luz de la jurisprudencia interamericana, con lo cual, lo que se busca no es enervar el control por parte de los organismos interamericanos sino cumplir a cabalidad con los objetivos que pasan a enumerarse:

1. Velar porque el efecto útil de la Convención no se restrinja o anule debido a la aplicación de normas o prácticas internas contrarias a sus disposiciones, objeto o fin y, en caso de constatar tal situación, suprimir esas normas o prácticas contrarias al sistema convencional y a la jurisprudencia interamericana.
2. Adoptar medidas tendientes a promover políticas, actuaciones y prácticas concordantes con las obligaciones convencionales y con los lineamientos fijados por la jurisprudencia interamericana, dada su misión de establecer, con efectos vinculantes, el sentido y alcance de las normas que forman parte integrante del Sistema. Así las cosas, si para resolver un caso concreto se presentan soluciones divergentes, se deberá dar aplicación a aquella respuesta que realice de manera integral el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Es dable concluir, entonces, que se cuentan con pautas o criterios con el suficiente peso e importancia para orientar a las autoridades judiciales nacionales cuando se trata de resolver la tensión que eventualmente pueda surgir entre la aplicación de los principios de justicia, verdad y reparación integral y la puesta en práctica de otros principios procesales como son el de la congruencia, la no reformatio in pejus, la caducidad y la justicia rogada.

32 MANUEL FERNANDO QUINCHE, "El Control de Convencionalidad y el Sistema Colombiano, consultado en: www.academia.edu el día 26 de agosto de 2011.

Un criterio, como se vio, está relacionado con el carácter *jus cogens* que le ha conferido la jurisprudencia interamericana tanto al derecho de acceso a la justicia como al derecho a la reparación integral; otro con el denominado “control de convencionalidad”, perfilado y desarrollado en sus contornos por la Corte Interamericana y finalmente con la exclusión y correcto entendimiento de las normas nacionales a la luz del artículo 4 constitucional.

Ahora bien, respecto de la debida aplicación de los principios de verdad, justicia y reparación integral, bien puede afirmarse que no riñen con lo anterior y podría ser, más bien, acertado propiciar un espacio institucional previo a la sentencia definitiva –una vez evidenciada la vulneración de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario o constatado el desconocimiento del *jus cogens* por parte de las autoridades judiciales nacionales–, similar a la audiencia de conciliación, para permitir que sea el mismo Estado el que adecue su intervención procesal, para hacerla concordante con la aplicación de los principios de justicia, de verdad y de reparación integral.

De todos modos, el propósito fundamental debe ser siempre buscar la manera de ofrecer plena garantía al *jus cogens*, así como a las normas convencionales que forman parte integrante del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos a la luz de los lineamientos, reglas y estándares fijados por la jurisprudencia del Tribunal de San José, siempre teniendo en cuenta, desde luego, la estricta aplicación del principio *pro persona*, esto es, que las normas convencionales han de aplicarse de manera tal, “*que siempre se amplíe la protección prevista en el orden jurídico interno y no se disminuya*”³³.

Hay un último asunto que riñe con la necesidad de que la protección del *jus cogens*, tanto como de las obligaciones derivadas a partir del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos ocurra –como debe ser–, en el ámbito nacional. Es este un problema de orden estructural y tiene que ver con la imposibilidad física de enfrentar el estudio y fallo de los casos que llegan ante las diferentes jurisdicciones estatales con la premura, la puntualidad y la profundidad de análisis fáctico y jurídico que tales asuntos exigen.

Constituye un hecho notorio que la mora judicial es uno de los problemas más acuciantes enfrentados por la judicatura y es igualmente notorio el esfuerzo, en ocasiones sobre humano, que se realiza para cumplir con los

33 Corte Constitucional. Sentencia T-704 de 2006.

tiempos. No obstante, el atraso es gigantesco y se debe, en gran parte, a que el diseño institucional no se acompasa con el crecimiento de la población. Adicionalmente, los recursos invertidos por el Estado en la Administración de Justicia no alcanzan para cubrir las necesidades de la Rama, específicamente, no permiten vincular el número indispensable de personal capacitado y preparado –técnica y profesionalmente–, para hacerle frente a los retos que se derivan del mandato de garantizar pronta y debida justicia.

Tan complejo es este asunto que, en ocasiones, cuando los casos, luego de años y años de mora judicial, logran llegar por fin ante la jurisdicción interamericana –la cual, como se vio se debe activar únicamente de manera subsidiaria y complementaria–, suele alegarse que el Estado condenado no puede identificarse con el causante del daño. Esto, desde luego, es completamente falso. Para ponerlo en forma más precisa: no es dable válidamente afirmar que el Estado parte de las obligaciones internacionales difiere del Estado causante del daño. Se trata del mismo Estado así haya transcurrido un tiempo considerable y así los gobiernos dictatoriales hayan sido ahora sustituidos por gobiernos democráticos.

La línea de permanencia o de continuidad institucional de la responsabilidad estatal ha sido destacada de manera constante por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, como se señaló atrás, comienza a ser asumida por el Estado colombiano con la seriedad que los compromisos adquiridos exigen, para lo cual la persistente interlocución entre las instancias nacionales e internacionales de protección ha sido pieza fundamental.

Esa constructiva comunicación entre las diferentes autoridades judiciales enderezada a obtener el cumplimiento de las obligaciones previstas en los Convenios sobre Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el *jus cogens* quizá no sea capaz de conducir a la eliminación de los conflictos, ineludibles en las sociedades humanas, pero sí podrá contribuir a que los conflictos existentes puedan resolverse de modo pacífico, contando con el apoyo de instituciones estatales sólidas y fuertes, en cuanto legítimas, en el marco del cumplimiento con las normas derivadas de los principios labrados por la humanidad, luego de presenciar cómo cuando las instituciones estatales –supuestamente configuradas para servir a las personas–, por diferentes motivos, incluso por las razones más altruistas, resuelven trasgredir los límites impuestos al ejercicio del poder, suelen con ello producir acciones que conducen a degradar sin límite alguno la dignidad de la condición humana. Eso no puede olvidarse, al contrario, resulta preciso recordarlo una y otra vez, así sea más cómodo o parezca más práctico dejarlo en el olvido.

ASPECTOS DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN
DIRECTA Y SU DESPLIEGUE EN LA VISION
MODERNA DEL JUEZ CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO

Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹

¹ Documento elaborado con la colaboración y revisión del Andrés Mauricio Briceño Chaves, abogado de la Universidad Externado de Colombia. DEA en derecho administrativo y Doctor en Derecho Universidad Carlos III de Madrid. Magistrado Auxiliar del Consejo de Estado en el despacho del Consejero de Estado Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

RESUMEN. La acción de reparación directa en la visión moderna supone tanto la protección de un derecho de configuración legal, derecho a la reparación, por los daños derivados del funcionamiento de los servicios públicos o actividades administrativas globalmente consideradas, sino que es una herramienta idónea para buscar la eficacia en el ejercicio de la actividad administrativa, sin limitarse a un simple control, sino promoviendo la optimización en la prestación, cumplimiento y despliegue de todos los deberes normativos (positivos) en cabeza del Estado, de tal manera que se corresponda con el modelo de Estado Social de Derecho y con las garantías a las que debe sujetarse la administración pública en nuestra época.

Breve estudio de la consagración de la acción de reparación directa en el ordenamiento jurídico colombiano

La acción de reparación directa desarrollada en los artículos 90 constitucional y 140 de la ley 1437 de 2011 es una acción de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible, por medio de la cual la persona que se crea lesionada o afectada por un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajo público o por cualquier otra causa, que le hubiere ocasionado un daño antijurídico, podrá solicitar directamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo que previa la imputación del mismo a una entidad pública estatal, o a un particular que ejerza funciones públicas en

los términos de la constitución política², o hubiere obrado siguiendo expresa instrucción de la misma, se repare, por la misma, el daño antijurídico³ ocasionado y se le reconozcan las demás indemnizaciones que correspondan, esto es, sin reclamación previa a la administración o mediando petición de nulidad, como en el caso de la acción de restablecimiento del derecho.

Se trata de una típica acción tendiente a la reparación integral de los daños antijurídicos ocasionados a los administrados y que cabe atribuir e imputar su responsabilidad (extracontractual) al Estado, en razón de las actividades anteriormente indicadas, que excluyen de entrada el acto administrativo⁴ como objeto de debate jurídico, sin perjuicio que a partir de un acto administrativo revestido del principio de legalidad se pueda producir, como consecuencia de su aplicación o ejecución, daño antijurídico alguno.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública. En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta el juicio de imputación que comprende el análisis del ámbito fáctico (propio al debate de la relación de causalidad, sus teorías), y del ámbito jurídico (esto

2 La cláusula clásica en la doctrina francesa reza: "la persona pública siempre es responsable de la acción de sus agentes y del funcionamiento de sus servicios públicos (...) una consideración de justicia elemental indica que el funcionario debe soportar las consecuencias de las fallas que habría podido normalmente evitar, pero no las consecuencias de apreciaciones frecuentemente delicadas sobre las cuales podía estar llamado a tomar parte en su servicio y que el juez administrativo podrá declarar generadoras de un derecho a la reparación". LAUBADERE, André de. "Responsabilité administrative", en LAUBADERE, André de; VENEZIA, Jean Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. T.I. Livre II, 15^{ème} ed. Paris, LGDJ, p.948.

3 Según la Laubadère: "El punto de vista del hecho dañoso hace aparecer la cuestión de saber si el hecho debe presentar el carácter de una irregularidad o incorrección alguna para que la responsabilidad de la administración esté comprometida o sea suficiente a la víctima establecer que el daño sufrido por ella es la consecuencia directa de una actividad de la administración culposa o no". LAUBADERE, André de. "Responsabilité administrative", en LAUBADERE, André de; VENEZIA, Jean Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*, ob., cit., p.949.

4 Ley 1437 de 2011. Artículo 140. Reparación directa. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.

es, aquel en el que se indaga qué deberes normativos, deberes positivos son incumplidos, omitidos, cumplidos defectuosamente, o existe inactividad en su eficacia⁵).

Con dicha acción se refrenda el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado que viene aplicándose por vía jurisprudencial durante el siglo XX⁶ en el ordenamiento jurídico colombiano⁷, en su momento fundándose en lo consagrado en los artículos 2341 y 23478 del Código Civil, en los artículos 16, 30, 31 y 36 de la Constitución Política de 1886, y que con la Carta Política de 1991 viene a producirse la “constitucionalización”⁸ de la responsabilidad del Estado⁹, erigiéndose como garantía de los derechos

5 De acuerdo con Gómez Puente: “Pero el nuevo Estado es también un Estado social de Derecho cuyos objetivos dependen del alcance y eficacia de la acción administrativa y de la sujeción de ésta a la legalidad. De ahí que la doctrina no deba descuidar las implicaciones de la inactividad administrativa cuyos riesgos para el modelo estatal mismo se advertirán en otro lugar”. GÓMEZ PUENTE, Marcos. La inactividad de la administración. Navarra, Aranzadi, 1997, p.37.

6 En un principio es la jurisprudencia de la Corte de Suprema de Justicia la que nutre con sus decisiones la construcción inicial respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado, ya que de acuerdo con el artículo 151, numeral 3, de la Constitución de 1886, que le atribuía a la Corte Suprema de Justicia la competencia del control jurisdiccional de la actividad del Estado y el artículo 41 del acto legislativo núm. 3 de 1910, que le atribuía también dicha competencia al Consejo de Estado”. MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. “Antecedentes y fundamentos constitucional y legislativo de la responsabilidad patrimonial del Estado”, en [www.juridicas.unam.mx]

7 Se debe advertir la influencia francesa en dicha construcción con el “arrêt Blanco 1873 y “arrêt Cadot 1889.

8 “En efecto, para la Corte Suprema de Justicia era claro que “si bien es cierto que el Estado no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resulten de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que éstos los resarzan con sus bienes” (CSJ, sentencia del 22 de octubre de 1896, copia tomada de la Gaceta Judicial, t. II, p. 357). Más concretamente, refiriéndose al derecho público expresa que “la responsabilidad del Estado en todo tiempo, pero especialmente en épocas de guerra civil, por los actos ejecutados por sus agentes, es un principio de derecho público, reconocido universalmente, y los citados artículos 2341 y 2347 del Código Civil lo establecen de una manera indudable” (CSJ, sentencia del 20 de octubre de 1898, copia tomada de la Gaceta Judicial, año XIV, núms. 685-686, 28 de marzo de 1890, pp. 54-57). MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. “Antecedentes y fundamentos constitucional y legislativo de la responsabilidad patrimonial del Estado”, en [www.juridicas.unam.mx].

9 En la jurisprudencia constitucional se indica: “El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

10 La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades

e intereses¹¹ de los administrados¹² y de su patrimonio¹³, sin distinguir su condición, situación e interés¹⁴, cuya derivación, en todo caso, se encuentra en la cláusula del Estado Social de Derecho¹⁵.

La consagración de la acción de reparación tanto en el Código Contencioso Administrativo de 1984, artículo 86, como en la ley 1437 de 2011, no representó, ni representará la petrificación del régimen de responsabilidad extracontractual, sino que seguirá caracterizándose por su conjugación con la evolución, continuidad y adaptación¹⁶ de la estructura estatal, social, económica, e incluso cultural, y con la necesidad de comprender el modelo de sociedad moderna inmerso de en múltiples riesgos de los que cabe el desencadenamiento de diferentes hechos dañosos (la denominada por

des públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización". Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política "consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos". Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

- 11 Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos "son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado". ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.
- 12 Desde la perspectiva clásica planteada por el "Arrêt Blanco" (8 de febrero de 1873) se tiene: "Considerando que la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por le hecho de las personas que emplea en el servicio público no puede regirse por los principios que están establecidos por el Código Civil para las relaciones de particular a particular".
- 13 "La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos". Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.
- 14 La "razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal". Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie general de la responsabilité civile considerée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.
- 15 La "responsabilidad patrimonial está en el mismo centro de esa concepción como derivación esencial de la cláusula del Estado social de Derecho (...) Derivación que la cláusula del Estado social que, en hipótesis, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho". MARTIN REBOLLO, Luis. *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*. 1ª ed. Madrid; IUSTEL, 2005, p.43.
- 16 En el derecho francés Benoit consideró que "el sistema de responsabilidad creado por el Consejo de Estado se caracteriza esencialmente por un aspecto evolutivo y una posibilidad de continua adaptación" BENOIT, Francis-Paul. "Le regime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique", en *JurisClasseur Administratif*. Fasc. 700, 715, 716, 720, No.1178, 1954, p.1.

Ulrich Beck “sociedad del riesgo”¹⁷). el proceso de formación del régimen de responsabilidad se ha encaminado hacia la “socialización” de los riesgos que tiende a hacer de la administración pública una suerte de asegurador de todos los riesgos de daños que pueda sufrir sus administrados”¹⁸.

17 “En la modernidad avanzada, la producción social de riqueza va acompañada de una producción social de diferentes hechos dañinos (la denominada por Ulrich Beck “sociedad del riesgo” producida sistemáticamente por la producción social de riesgos. Por tanto, los problemas y conflictos de reparto de la sociedad de la carencia son sustituidos por los problemas y conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científico-técnica. Este cambio de la lógica del reparto de la riqueza en la sociedad de la carencia a la lógica del reparto de los riesgos en la modernidad desarrollada está vinculado históricamente a (al menos) dos condiciones. En primer lugar, este cambio se consuma (como sabemos hoy) allí donde y en la medida en que mediante el nivel alcanzado por las fuerzas productivas humanas y tecnológicas y por las seguridades y regulaciones del Estado social se puede reducir objetivamente y excluir socialmente la miseria material auténtica. En segundo lugar, este cambio categorial depende al mismo tiempo de que al hilo del crecimiento exponencial de las fuerzas productivas en el proceso de modernización se liberen los riesgos y los potenciales de autoamenaza en una medida desconocida hasta el momento. En la medida en que se presentan estas condiciones, un tipo histórico del pensamiento y de la actuación es relativizado o sustituido por otro. El concepto de <sociedad industrial o de clases> (en el sentido más amplio de Marx y Weber) giraba en torno a la cuestión de cómo se puede repartir la riqueza producida socialmente de una manera desigual y al mismo tiempo <legítima>. Esto coincide con el nuevo paradigma de la sociedad del riesgo, que en su núcleo reposa en la solución de un problema similar y sin embargo completamente diferente ¿Cómo se pueden evitar, minimizar, dramatizar, canalizar los riesgos y peligros que se han producido sistemáticamente en el proceso avanzado de modernización y limitarlos y repartirlos allí donde hayan visto la luz del mundo en la figura de <efectos secundarios latentes> de tal modo que ni obstaculicen el proceso de modernización ni sobrepasen los límites de lo <soportable> (ecológica, médica, psicológicamente, socialmente)” (subrayado fuera de texto). BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Barcelona, Paidós, 2002, pp.25 y 26.

18 RIVERO, Jean; WALINE, Jean. Droit administratif. 13^{ed.}, ob., cit., p.261. Se resalta, que después de las sentencias de los asuntos de los «époux Lemonnier et demoiselle Mimeur» (1949) “(...) se asiste a una extensión de las hipótesis en las cuales el juez acepta en presencia de una falta personal del agente, la acción de indemnización dirigida contra el servicio... El resultado de este sistema se apoyaba sobre la noción de falta no desprovista de toda relación con el servicio permitiendo a la víctima de un daño causado por un agente público fuera del mismo servicio demandar, con la condición de que exista un “mínimo nexo”. BOUTELLER, Julien. La détermination du patrimoine public responsable (essai théorique). Thèse pour obtenir le grade de docteur de l'Université Paris Nord. Université Paris Nord (Paris XIII). Faculté de Droit et de Sciences Politiques. Paris, 20 octobre 2000, p.13. En cuanto a la socialización de los riesgos, se ha dicho que «... mientras la natural conciencia social se torna hacia el Estado como garante de los riesgos sociales engendrados no solamente por la actividad de las personas públicas, sino también por aquellas de los particulares, incluso por caprichos de la naturaleza. A la función sancionadora del derecho de la responsabilidad se superpone una función de garantía, cuya carga actualmente oscila en la legislación entre el aseguramiento y la solidaridad social». DEGUERGE, Maryse. “Le contentieux de la responsabilité: politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique”, en AJDA. No. Spécial, 1995, p.220. Para Viney, «... el poco avance de la noción de imputabilidad subjetiva y la evolución de la noción de imputación objetiva aparecen en realidad como movimientos complementarios que concurren por medios diferentes a emancipar a la responsabilidad jurídica de la responsabilidad moral atenuando todos los factores que durante buen tiempo de su historia han contribuido a convertir a la sanción en un sentimiento de culpabilidad para orientarla en una dirección totalmente nueva: la aplicación de la respuesta adecuada a una situación crea un problema de orden social». VINEY, Geneviève. Traité de droit civil : Introduction à la responsabilité. 2^{ed.} Paris, LGDJ, 1995. De acuerdo con Gilles Martin, «... las premisas de un sistema de indemnización renovado están planteadas. Estas, se decantan, tendiendo hacia una distinción simple: de un lado el riesgo, asunto de la sociedad, se regula con la ayuda del financiamiento

De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”¹⁹. Como bien se sostiene en la doctrina,

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”²⁰.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado²² tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un admi-

colectivo; de otra la responsabilidad, asunto de los individuos, encuentra su fundamento natural, en la falta». MARTIN, G. “Principe de précaution et responsabilité”, en *Les transformations de la régulation juridique*. Paris, LGDJ, 1998, cita n.16, p.418. Para Gazzaniga, se puede resumir la historia de la responsabilidad «... como el paso de una concepción objetiva, donde sólo contaba el delito, a una concepción subjetiva se considerana al autor de la falta». GAZZANIGA, Jean-Louis. “Les métamorphoses historiques de la responsabilité”, en *6ème Journées Rene Savatier Les métamorphoses de la responsabilité*. Poitiers, PUF, 1997, p.3, material citado en BRICENO CHAVES, Andrés Mauricio. La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la administración pública por daños ecológicos. Tesis de la obligación positiva del Estado. Tesis Doctoral sustentada el 11 de julio de 2007, Dir. Luciano Parejo Alfonso, Universidad Carlos III de Madrid, p.290.

19 RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BENOIT, Francis-Paul. “Le regime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en *JurisClasseur Administratif*. Fasc. 700, 715, 716, 720, No.1178, 1954, p.1.

20 “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

21 MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. ob., cit., pp.120-121.

22 “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

nistrado, y la imputación del mismo a la administración pública²³ tanto por la acción, como por la omisión (omisión propiamente dicha o inactividad) de un deber normativo²⁴.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión. Lo anterior indica que en el moderno derecho administrativo, y en la construcción de la responsabilidad extracontractual del Estado lo relevante es la “víctima” y no la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos, y de los derechos humanos. Su fundamento se encuentra en la interpretación sistemática del preámbulo, de los artículos 1, 2, 4, 13 a 29, 90, 93 y 94 de la Carta Política. Esta visión, en la que el ordenamiento jurídico colombiano [y su jurisprudencia contencioso administrativa] está en el camino de consolidarse, responde al respeto de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho y al principio “pro homine”, que tanto se promueve en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. Cabe, por lo tanto, examinar cada uno de los elementos con base en los cuales se construye el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, fundado en el artículo 90 de la Carta Política: el daño antijurídico, y la imputación²⁵.

23 Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

24 “Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

25 Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del

Aproximación al daño antijurídico: concepto esencialmente casuístico o normativo

El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual²⁶ y del Estado impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”²⁷, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional colombiana señala que la,

“(...) antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otra lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo

Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

26 “(...) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. PANTALEON, Fernando. “Como repnsa, Fernando. “hos e intereses constitucionalmente reconocidos.xtracontractual puede encontrarse posturas segómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185. Martín Rebollo se pregunta: “¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”. MARTIN REBOLLO, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en BADELL MADRID, Rafael (Coord). Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279.

27 “(...) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”. PANTALEON, Fernando. “Como repnsa, Fernando. “hos e intereses constitucionalmente reconocidos.xtracontractual puede encontrarse posturas segómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ., ob., cit., p.186.

*constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública*²⁸.

Así pues, siguiendo la jurisprudencia constitucional se considera,

*“La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración*²⁹.

De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “*principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución*³⁰.

Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”³¹. Dicho daño tiene como características

28 Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

29 Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

30 Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

31 Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable³², anormal³³ y que se trate de una situación jurídicamente protegida³⁴.

Se trata de un daño que las víctimas no estaban llamados a soportar como una carga ordinaria, ni siquiera extraordinaria, en atención al respeto de su dignidad humana y de sus derechos constitucionales a la vida y a la integridad personal, que es incuestionable en un Estado Social de Derecho³⁵, desde una perspectiva no sólo formal, sino también material de la antijuridicidad³⁶.

Cabe advertir, que la Carta Política de 1991 introduce el concepto de daño antijurídico, cuya delimitación pretoriana no ha sido completa, y ha suscitado confusiones, especialmente con el concepto de daño especial, al entender que la carga no soportable es asimilable a la ruptura del equilibrio de las cargas públicas, lo que no puede admitirse y debe llevar a reflexionar a la jurisprudencia y a la academia de la necesidad de precisar el contenido y alcance del daño antijurídico, que sin duda alguna se enriquece desde una visión casuística.

32 Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

33 "por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio". Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

34 Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

35 "La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración [sentencia C-333 de 1996]. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución [sentencia C-832 de 2001]". Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006.

36 Cabe fundarse en la aproximación al derecho penal, de manera que "se admite que al lado de una antijuridicidad formal, definida abstractamente por contraposición con el ordenamiento jurídico, existe una antijuridicidad material que está referida a juicios de valor... sólo desde un punto de vista valorativo se puede explicar que en la antijuridicidad tengan que encontrar su fundamento y su asiento las causas de justificación. En sentido material, la antijuridicidad es un juicio valorativo o juicio de desvalor que expresa... el carácter objetivamente indeseable para el ordenamiento jurídico, de una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y puede ser un juicio de desvalor acerca del resultado o un juicio de desvalor acerca de la conducta cuando ésta pueda ser considerada peligrosa ex ante". DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.303.

La imputación: el juicio de imputación no se agota en el análisis de la causalidad, pero lo incluye

La necesidad de distinguir entre causalidad e imputación

En su definición básica, la *causalidad* es entendida como el vínculo, nexo, o ligamen que une la causa a un efecto, “siguiendo el principio que todo tiene una causa y que, en las mismas condiciones, las mismas causas producen los mismos efectos”³⁷.

La doctrina del derecho de la responsabilidad señala que el,

“(..) carácter parcial y selectivo de la causalidad jurídica, que es en cierta medida ficticia, impone una relación directa e inmediata³⁸ de causa a efecto entre el hecho generador de un daño y aquel, que los jueces traducen simplemente por la exigencia de un <nexo directo de causalidad> entre ellos³⁹, necesario para determinar la obligación de reparar a cargo del autor”.

Luego, la causalidad entraña necesariamente la “apreciación humana”, que la infunde de su carácter subjetivo, exigiéndose a la víctima la carga de probar que el perjuicio causado es consecuencia directa o indirecta de un hecho dañoso. La causalidad no puede satanizarse como propia de la concepción primitiva, o como elemento ajeno al derecho y propio a las ciencias naturales. El propio Kelsen, al momento de revisar los postulados de Hume, señaló que este “separó el problema de la causalidad en componentes ontológicos y epistemológicos afirmando que en la naturaleza no hay causalidad en el sentido de una conexión necesaria, sino sólo una sucesión regular de los hechos”⁴⁰. Lo anterior, no quiere decir que este es el único criterio en el que se erige la causalidad, sino que en la búsqueda de una ley general de causalidad, como lo recoge Kelsen, se llega a comprender que cuando “causas similares producen necesariamente efectos similares, es meramente

37 DEGUERGUE, Maryse. “Causalité et imputabilité”, en *Juris-Classeur*, 31 janvier 2000. No.5, Fasc.830, pp.2 y 3.

38 BENOÎT, Francois P. *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité)*, en *Juris-Classeur Public*, 1957. I, 1351, no 19, p.20.

39 MOREAU, Jacques. *La responsabilité administrative*. Paris, PUF, 1995, p.78.

40 KELSEN, Hans. *Sociedad y naturaleza*. Madrid, 1948, p.384. “El método de la dogmática jurídica no es el de la explicación causal, sino el de la comprensión del sentido, ya que sólo así puede ser entendida una estructura de sentido como lo es un sistema jurídico. Quien se acerca, en cambio, a un sistema jurídico con el método positivista de la observación de los hechos y de su conexión causal, verá cómo el objeto de su estudio se le escapa de entre las manos, y cómo en lugar del Derecho le aparecerá el <mecanismo jurídico>, es decir, el acontecer externo y visible que tiene lugar en la realización del Derecho”. WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*. Madrid, Aguilar, 1977, p.193.

un hábito del pensamiento que, originado en la observación de sucesiones regulares de los hechos, se torna una firme convicción⁴¹.

De ahí, pues, que el propio Kant no excluye la causalidad, sino que la entiende integrada en un proceso complejo, ya que “la mera observación de la realidad no podía establecer la necesidad de una conexión entre dos hechos, como causa y efecto⁴², constituyéndose la causalidad “en una noción innata, una categoría a priori, una forma inevitable y necesaria de la cognición mediante la cual coordinamos mentalmente el material empírico de la percepción sensoria⁴³.”

Dicho lo anterior, se entiende que la causalidad sigue siendo elemento que presente en el juicio de imputación sigue revelando al juez la necesaria percepción y aprehensión de la realidad, permitiendo que la imputación se realice fundada en dicha realidad, y no en simples conjeturas, o suposiciones mentales desconectadas de las propias circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Precisamente, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado define la imputación como:

“(...) la atribución jurídica del daño, fundada en la prueba del vínculo existente entre el daño antijurídico y la acción u omisión del ente demandado⁴⁴.”

Sin duda, la Sección Tercera del Consejo de Estado comprende que esa atribución no puede resultar de presupuestos mentales, o de creación ajena a la realidad, sino que es esta y sus especiales circunstancias las que ofrecen el material suficiente para establecer la relación entre el daño antijurídico probado y la acción u omisión del Estado, o de la entidad pública demandada.

Concepto en el que se sostiene la Sección Tercera del Consejo de Estado, cuando advierte:

“Recuérdese que para imputar conducta irregular a la Administración es presupuesto necesario que se predique de la demandada, una conducta que jurídicamente se derive de la existencia de un deber jurídico que permita evidenciar el comportamiento irregular, por acción o por omisión.”

41 KELSEN, Hans. Sociedad y naturaleza. Ob., cit., p.384

42 Ob., cit., p.384

43 Ob., cit., p.384

44 Sección Tercera, sentencia de 7 de diciembre de 2005. Exp.14065.

El elemento de la imputabilidad en este punto es un presupuesto de la conducta irregular, de la actividad que desarrolló a quien se demanda, por acción o por omisión, nótese que el artículo 90 de la Carta Política condiciona en forma estricta la responsabilidad patrimonial del Estado al daño antijurídico que le “sea imputable, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. Y sobre estos dos puntos, responsabilidad e imputabilidad”⁴⁵.

Sin oponerse a la imputación, la irregularidad de la conducta conforme a un deber jurídico, exige evidenciar un elemento causal que permita determinar si se desarrolló dentro de los cauces exigidos, en la relación trabada entre el fundamento objetivo del deber y la acción u omisión concreta que se exige.

Recientemente, el precedente se ratifica expresándose por la Sala que,

“(..) en tanto la Administración Pública imponga el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad psicofísica del soldado en la medida en la cual se trata de una persona que se encuentra sometida a su custodia y cuidado, pues en determinadas situaciones lo pone en una posición de riesgo, lo cual, en términos de imputabilidad, significa que debe responder por los daños que le sean irrogados en relación con la ejecución de la carga pública”⁴⁶.

Luego, la sucesión causal seguirá presente cuando el daño se irroga con la ejecución de la carga pública, que debe ser observada en función de la realidad, de manera que el nexa causal permita concretar dicha imputación, o, por el contrario, se llegue a determinar la existencia de eximente de responsabilidad.

De acuerdo con lo anterior, no se puede plantear que la distinción entre causalidad e imputación se agota en el objeto que le es propio a la primera, estos es, de las ciencias naturales, y el de la segunda el derecho, porque la racionalidad exige que se parta de una sucesión de hechos, respecto de los cuales opera el pensamiento para permitir que aplicando las reglas de cognición y de coordinación, se pueda alcanzar una percepción o convicción sensorial, de la que se infiere el juicio o valoración jurídica del daño (atribución), o del hecho objeto del juicio de responsabilidad.

Así mismo, más que un dualismo entre orden causal y sociedad (como se plantearía en términos de Weber), lo que se ha producido en el tiempo es un proceso de decantación de la relación entre causalidad e imputación, el

45 Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2004. Exp.15088.

46 Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de 28 de abril de 2010. Exp.17992.

cual tiene una serie de hitos a destacar: a) la “idea de la necesidad objetiva de la conexión causal”, fruto del espíritu del derecho consuetudinario, y que se corrige planteando que su fundamento está en el “principio de retribución”; b) la tendencia hacia el principio de equivalencia, partiendo de la base que el efecto no debe ser igual a la causa, de tal manera que haría falta establecer un método en el que la proporcionalidad se ofrezca como determinante; c) la delimitación de la arbitrariedad que opera frente al continuum que supone la sucesión de hechos, porque no puede abiertamente descartarse como cadena hipotética sucesos que afectan la determinación del efecto, porque “un análisis realista muestra que cada efecto es no sólo el fin de una cadena de causas, sino también el comienzo de una nueva cadena y, a la vez, el punto de intersección de un infinito número de cadenas”⁴⁷.

En últimas, lo que se quiere, es separarse del principio de retribución; d) la sucesión temporal causa y efecto, que ha llevado a superar la primitiva concepción de la concatenación de hechos en un orden irreversible, a plantear como alternativa la elección entre posibilidades, donde el progreso del conocimiento, de la ciencia y de la técnica permiten una evolución dinámica de las mismas; e) la probabilidad estadística, que fue la tendencia que vino a propiciar un golpe fundamental en la ley de causalidad, y se abre paso el criterio de la predicibilidad, de manera que se establece como regla la “conexión probable”.

Fruto de ese proceso en la relación causalidad - imputación, está la formulación de las fases de la imputación que Larenz señaló:

“La imputación se produce en tres fases. En la primera se toma en cuenta un comportamiento corporal de la persona como acto... pues responsabilidad presupone... el poder de actuar sobre otro y, por ello, la posibilidad de una conducción de acontecer mediante la voluntad y de un control mediante la conciencia... En la segunda fase se trata de la imputación de la responsabilidad por las consecuencias ulteriores del acto... hasta qué punto se le puede imputar como “autor” la cadena causal puesta en marcha por la acción que con base en numerosos factores que inciden en ella puede producirnos unos efectos completamente distintos de los que el agente había previsto y de los que en otro lugar hubiera podido prever. Los criterios que por lo general se utilizan para llevar a cabo esta imputación “objetiva” son: la general idoneidad de la acción para la producción de un resultado semejante (teoría de la adecuación); el aumento del riesgo de producción de resultados reprobados por el ordenamiento jurídico

47 KELSEN, Hans. Sociedad y naturaleza. Madrid, 1948, p.390.

*precisamente por este acto... desde hace mucho tiempo se admite la simple conexión causal, que puede llegar hasta el infinito, no basta para cargarlo... La tercera fase de la imputación... es la imputación de la culpabilidad*⁴⁸.

Luego, la relación causalidad – imputación, lejos de excluirse permite armonizarlas, incluso en la propia tesis de la imputación objetiva, o en la de la imputación del riesgo, donde el factor causal presta utilidad al momento de determinar si la lesión o daño se causó, o si cabe extraer una eximente que rompe la conexión o relación de causalidad.

De ahí que proceder sólo a un estudio de imputación jurídica, puede en ocasiones convertir en inmodificable estructura de la responsabilidad extracontractual, ya que se resta la posibilidad de evaluar la cadena causal, de escrutar las variantes, no de otra manera el artículo 90 de la Carta Política estaría orientado a establecer el daño antijurídico y la imputación, entendida esta última como una atribución normativa del hecho, pero no sólo desde la perspectiva del resultado, sino que se orientaría más, como ocurre en el derecho español, hacia la determinación de la lesión del patrimonio, sin importar la conducta, comportamiento, actividad o función desplegada, ni su licitud o ilicitud.

De lo anterior, se desprende la necesidad de advertir a la Sala que no se puede imponer al juez una postura reduccionista, de manera que en virtud de la imputación como elemento determinante, sólo estaría llamado a constatar el daño antijurídico y la posibilidad de imputarlo, porque sería posible que la labor probatoria se reconduzca más a un debate mecánico, y sin posibilidades de argumentación jurídica, y donde entraría a ponerse en cuestión el principio de proporcionalidad, rayando en la idea asistencialista o de aseguramiento universal en la que no puede caer una institución como la responsabilidad extracontractual del Estado.

No es necesario oponerse, en la praxis contenciosa el juicio de responsabilidad, a la tesis de la imputación objetiva, sino moderarla para que la posición del Estado no termine convirtiéndolo en asegurador universal, y en revertir la idea de daño antijurídico e imputación como sustento, para aceptar que la atribución jurídica nos lleva al debate inicial subjetivo, porque sólo determinando la posición y el deber jurídico podría deducirse la responsabilidad, lo que puede plantear que no estemos lejos de un escenario como el mencionado.

48 LARENZ, Karl. Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica. 1ª reim. Madrid, Civitas, 1990, pp.107-108.

El juicio de imputación: análisis del ámbito fáctico y de la atribución jurídica (imputación objetiva, deber normativo y deber positivo)

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica⁴⁹, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico –normativo⁵⁰- (que opera conforme a las diferentes condiciones que para establecer la responsabilidad ha consolidado la jurisprudencia contencioso administrativa: falla o falta en la prestación del servicio⁵¹ –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal⁵²-; riesgo excepcional)⁵³, incluida la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Dentro de la imputación jurídica, a su vez, se exige, determinar el (o los) fundamento (s) de la responsabilidad, esto es, la explicación en virtud de la cual la administración pública puede ser, bajo ciertas condiciones, ser declarada responsable de los daños antijurídicos que ocasiona. Dicho fundamento, en la actualidad, puede encontrarse en el incumplimiento, cumplimiento

49 "La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos". SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

50 "Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado". MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

51 Que en su clásica formulación puede representar: a) mal funcionamiento de la actividad administrativa; b) que no funciona la actividad administrativa; c) tardío funcionamiento de la actividad administrativa.

52 "(...) el fundamento de la responsabilidad de la administración puede apreciarse en la siguiente idea: los servicios funcionan en interés general de la colectividad (...) La colectividad se beneficia de sus ventajas, si el funcionamiento de un servicio público causa un perjuicio especial a un individuo es justo que la colectividad soporte la carga de su reparación. Es la idea de la igualdad de los individuos ante las cargas públicas". LAUBADERE, André de; VENEZIA, Jean Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif.*, ob., cit., p.980.

53 "(...) la administración es responsable sin culpa cuando el daño es debido a un riesgo de naturaleza excepcional que la administración había ella misma contribuido a crear (...) El riesgo anormal de vecindad y la teoría de las cosas y actividades peligrosas constituyen las dos aplicaciones esenciales de esta idea de riesgo excepcional". LAUBADERE, André de; VENEZIA, Jean Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif.*, ob., cit., p.998. En el Estado de providencia "es cierto que la necesidad de seguridad caracteriza al hombre contemporáneo y esa necesidad se expresa con un vigor excepcional cuando la causa del accidente puede encontrarse en el funcionamiento de una cosa que crea riesgos particulares para los administrados, de una frecuencia excepcional o de una amplitud anormal". MOREAU, Jacques. "Les choses dangereuses en droit administratif français", en *Travaux Henri Capitant*. Paris, Dalloz, 1967, p.260.

defectuoso o no ejercicio de las obligaciones positivas derivadas de los deberes normativos. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene,

“La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”⁵⁴.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁵⁵, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁵⁶. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”⁵⁷.

En cuanto a esto, cabe precisar que en la actualidad la tendencia de la responsabilidad del Estado está marcada por asociar como fundamento el incumplimiento, el cumplimiento defectuoso o no ejercicio de obligaciones

54 Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

55 En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

56 El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

57 “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [http://criminet.urg.es/recpc], pp.6 y 7.

positivas como fundamento, y la imputación objetiva como condición para establecer la responsabilidad, que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”⁵⁸. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”⁵⁹.

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”⁶⁰. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no⁶¹. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la fundarse en la imputación objetiva, como condición

58 “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*. Madrid, 1990, pp.77 ss.

59 MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, *ob.*, *cit.*, p.7.

60 LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, *ob.*, *cit.*, p.7.

61 JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

para la establecer la responsabilidad de la administración pública, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños⁶².

Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad⁶³ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación⁶⁴ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”⁶⁵.

62 MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

63 “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización... En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

64 “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compete con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

65 ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge,

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica:

“(...) el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección⁶⁶ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁶⁷. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano⁶⁸”.

1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. Habermas on Law and Democracy. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

66 Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

67 Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

68 Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la “posición de garantía” debe modularse: “(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central

A lo que se agrega por la misma jurisprudencia,

“En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad⁶⁹, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.

Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás.

nuclear frente a situaciones críticas”. JAKOBS, Günther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.

69 “En una sociedad de libertades, y, más aún, en una sociedad que además hace posibles contactos en alto grado anónimos, es decir, en una sociedad que pone a cargo de los ciudadanos la configuración del comportamiento a elegir, con tal de que ese comportamiento no tenga consecuencias lesivas, la libertad descentral de elección debe verse correspondida, en cuanto sinalagma, por la responsabilidad por las consecuencias de la elección”. JAKOBS, Günther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal., ob., cit., p.15.

2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso.

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos⁷⁰71.

16. En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante⁷².

Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal⁷³, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una

70 Cfr. Günther Jakobs. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss.

71 Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

72 Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

73 “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23. En el “Arrêt Blanco” (8 de febrero de 1873) se sostuvo que esta “responsabilidad

responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse... que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales⁷⁴.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica (en cuanto a su fundamento) en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio⁷⁵, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos⁷⁶, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho, y que debe ajustarse a la dinámica del progreso de las sociedades, la técnica y la ciencia⁷⁷.

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo⁷⁸ que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización

no es ni general ni absoluta (...) que ella tiene sus reglas especiales que varían siguiendo las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados". LAUBADERE, André de; VENEZIA, Jean Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif.*, ob., cit., p.980.

74 MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204. Para otros, la "responsabilidad de las Administraciones públicas constituye un sistema de garantía que se fundamenta en un criterio de solidaridad social según el cual los daños generados por la acción de los poderes públicos no deben pivotar azarosamente sobre los patrimonios privados de quienes se ven afectados por esa actividad". MARTIN REBOLLO, Luis. La responsabilidad patrimonial de las entidades locales., ob., cit., p.46.

75 En su momento la doctrina francesa ha sostenido: "(...) la responsabilidad de la administración comporta así mismo la coexistencia de dos sistemas, aquel de la falla administrativa que juega como título principal, con aquel del riesgo administrativo que juega como título complementario".

76 Merkl ya lo señaló: "El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la conditio sine qua non, sino condijo per quam de la administración". MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México, Edinal, 1975, p.211.

77 "Los riesgos del progreso afectan a la concepción misma de la lesión antijurídica". MARTIN REBOLLO, Luis. La responsabilidad patrimonial de las entidades locales., ob., cit., p.65.

78 "En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría

o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada⁷⁹. Con otras palabras, y siguiendo a la doctrina, el “contencioso-administrativo y la responsabilidad patrimonial juegan así ese papel de control y garantía, pero, al mismo tiempo, coadyuvan a la eficacia porque enseñan, en primer lugar, a cómo no se debe actuar si se quiere conseguir tales o cuales objetivos e influyen o deberían influir en el modo de actuación futuro que evite el daño y, en consecuencia, el tener que pagar una indemnización”⁸⁰.

La afirmación del principio de imputabilidad y la imputación objetiva

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”.

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”.

Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en

de una institución socialmente absurda: ineficiente”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AF-DUAM, No.4, 2000, p.174.

79 “La responsabilidad, pues (...) apunta al corazón mismo de las dimensiones del Estado, a las pautas de calidad en la prestación de los servicios, a las exigencias del buen funcionamiento”. MARTIN REBOLLO, Luis. La responsabilidad patrimonial de las entidades locales., ob., cit., pp.48 y 49.

80 MARTIN REBOLLO, Luis. La responsabilidad patrimonial de las entidades locales., ob., cit., p.46.

este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”.

Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcarse por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva, o de la construcción jurídica de la responsabilidad objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse... que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”.

Sin duda, cabe comprender que esa atribución no puede resultar de presupuestos mentales, o de creación ajena a la realidad, sino que es ésta y sus especiales circunstancias las que ofrecen el material suficiente para establecer la relación entre el daño antijurídico probado y la acción u omisión del Estado, o de la entidad pública demandada.

Sin oponerse a la imputación, la irregularidad de la conducta conforme a un deber jurídico, exige evidenciar un elemento causal que permita determinar si se desarrolló dentro de los cauces exigidos, en la relación trabada entre el fundamento objetivo del deber y la acción u omisión concreta que se exige

En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante.

Criterios de motivación de la imputación o razonabilidad de la imputación. Crisis de la concepción clásica de los títulos de imputación

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado⁸¹ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión (omisión propiamente dicha o inactividad) de un deber normativo.

Además de los anteriores elementos esenciales para la afirmación de la responsabilidad extracontractual, se precisa distinguir entre los criterios de motivación –de razonabilidad– de la imputación (falla –simple, probada y presunta–, daño especial, riesgo excepcional), del fundamento de la responsabilidad, lo que se tiende a confundir con frecuencia por la jurisprudencia contencioso administrativa. En cuanto a las primeras, las condiciones, “su estudio intrínseco constituye por tanto un problema de técnica jurídica.

El fundamento de la responsabilidad se sitúa por el contrario más allá de la técnica propiamente dicha: este fundamento estará constituido por la explicación que podrá ser dada apelando de hecho a esas diversas condiciones. Nos encontramos por tanto en presencia de dos problemas, que, si bien estrechamente ligados, son no obstante distintos: el problema técnico de las condiciones para establecer la responsabilidad, de una parte, y, de otra, el problema del fundamento de la responsabilidad, es decir la explicación de la técnica”⁸².

Se exige, pues, que la jurisprudencia contencioso administrativa revise si se ha dejado de lado la exigencia de motivar razonada y razonablemente el juicio de imputación que se realiza sobre las administraciones públicas, y se ha primado la afirmación de criterios de motivación –razonabilidad– de la misma. No se trata, pues, de promover el encuadramiento rígido de los diferentes

81 “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16– los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

82 BENOIT, Francis-Paul. “Le regime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, ob., cit., p.1.

supuestos de responsabilidad en uno de los criterios, sino en contar con ellos como herramienta de argumentación o fundamentación que no puede ser excluyente, de tal manera que siempre se parta por analizar la falla en el servicio⁸³, y en caso de no proceder se analice los otros criterios, como el daño especial, el riesgo excepcional y la imputación objetiva, propiamente dicha.

Después de examinados los dos elementos de la responsabilidad, cabe examinar el hecho del tercero como eximente prototípica del conflicto armado en Colombia.

El hecho del tercero examinado en función de los presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado

Con base en los anteriores presupuestos, cabe analizar la configuración del hecho del tercero como causal eximente de responsabilidad prototípica en

83 "Debe recordarse que el sistema francés de responsabilidad civil extracontractual, del cual extrae sus elementos la responsabilidad de la Administración pública, se apoya en la noción de «falta», definida como la violación de una obligación preexistente a cargo del sujeto que realiza la acción o actividad, apartándose de la idea de la prudencia o diligencia. Dicha «falta», trasladada a la responsabilidad de la Administración pública llevó a formular la noción de «faute de service», definida como el defectuoso funcionamiento de la actividad administrativa, teniendo en cuenta el deber que existe para se produzca un funcionamiento ordinario (normal) de dicha actividad". BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio. La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la administración pública por daños ecológicos. Tesis de la obligación positiva del Estado. Puede verse: VENTURINI, Gabriella. La responsabilità extracontrattuale delle comunità europee. Milano, Giuffrè, 1980, pp.29 y 40 a 41. En cuanto a lo anterior, cabe recordar el «arrêt Pelletier» (Tribunal des Conflits du 30 juillet 1873), en el que se planteó la distinción entre actos que constituían faltas personales, y actos que no eran separables del servicio y que constituían una «faute de service». Como rasgos característicos de la «faute de service», se encuentran que a) es «... independiente del carácter material o jurídico del acto dañoso; la operación material, la decisión individual o reglamentaria, pueden ser igualmente constitutivas de falta del servicio»; b) que es «... relativamente independiente de la legalidad del acto». Resultante interesante destacar, que entre los supuestos en los que se puede establecer esta falta, se encuentra la derivada de «un hecho positivo (la toma de una decisión)», o aquella de la tardanza en la adopción de una decisión, en los que puede enfocarse la responsabilidad de la Administración pública por daños ecológicos o ambientales. RIVERO, Jean; WALINE, Jean. Droit administratif. 13ème éd., ob., cit., pp.263 y 277 a 279. Sólo el "(...)criterio operacional será en función del cual se establece el nexo con el servicio». RASY, Douc. Les frontières de la faute personnelle et de la faute de service en droit administratif français. Paris, LGDJ, 1962, pp.86 ss. La «... idea del nexo con el servicio es un standard... la idea del nexo con el servicio ha conocido evoluciones importantes en el curso de este siglo, hasta la fórmula negativa, por tanto extensiva, de la decisión Mimeur en la que se integró a las faltas del servicio los actos "no desprovistos de todo vínculo con el servicio". SCHAEGIS, Chrystelle. Progrès scientifique et responsabilité administrative. Paris, CNRS Éditions, 1998, p.47. Puede verse también RIALS, Stéphane. Le juge administratif français et la technique du standard. Paris LGDJ, 1980

la jurisprudencia del Consejo de Estado, teniendo en cuenta la situación de conflicto armado en la que se encuentra Colombia.

Se destaca que el hecho del tercero debe estar revestido de cualidades como que sea i) imprevisible, ii) irresistible y iii) ajeno a la entidad demandada. Es acertado que algunas decisiones sostengan que no se requiere que el hecho del tercero sea culposo para que proceda como eximente, y por otra parte, se tiene como exigencia que la causa (la actuación del tercero) sea adecuada. También se indica que corresponde a la entidad demandada probar los elementos constitutivos de este eximente de responsabilidad.

La problemática que plantea el hecho del tercero radica en su análisis desde la óptica de la causalidad, o bien en el marco de la tendencia moderna de imputación objetiva, o en la construcción de los deberes positivos del Estado. Sin embargo, la tendencia es a reducir la discusión a la determinación de las condiciones para que el hecho del tercero opere, y si cabe exigir que se reúnan las mismas condiciones que para la fuerza mayor. Esto resulta equivocado, si nos atenemos a los presupuestos inicialmente tratados en la ponencia, ya que sería valorar el hecho del tercero desde la perspectiva propia al debate de la causalidad, de la determinación de si causalmente como eximente tiene la entidad para producir la ruptura de la “superada” relación de causalidad, cuyo lugar en el juicio de imputación que se elabora en la actualidad está en el ámbito fáctico de la imputabilidad del Estado.

Pero, ¿cómo superar el tratamiento causalista del hecho del tercero? En primer lugar, debe decirse que fruto de la constitucionalización de la responsabilidad extracontractual del Estado, la concepción del hecho del tercero como eximente no debe convertirse en elemento que no permita hacer viable el contenido del artículo 90 de la Carta Política, sino que debe advertirse que en la situación en la que se encuentra Colombia, de conflicto armado interno, no puede entronizarse como supuesto eximente el hecho del tercero, ya sea ligado a los presupuestos [equivocados] de la fuerza mayor [imprevisibilidad e irresistibilidad], o a la naturaleza de la actividad, o la relación del sujeto que realiza el hecho dañoso, sino que debe admitirse, o por lo menos plantearse la discusión, de si cabe imputar, fáctica y jurídicamente, al Estado aquellos hechos en los que contribuyendo el hecho del tercero a la producción del daño antijurídico, se logra establecer que aquel no respondió a los deberes normativos, a los deberes positivos de protección, promoción y procura de los derechos de los administrados, y de precaución y prevención de las acciones de aquellos que encontrándose al margen de la ley buscan desestabilizar el orden democrático y, poner en cuestión la legitimidad de las instituciones.

Las anteriores premisas derivan en las siguientes cuestiones:

- a. El Estado no es un asegurador universal, simplemente obedece a unas obligaciones que se desprenden del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho que exige ya no sólo la garantía de los derechos y libertades, sino su protección eficaz, efectiva y la procura de una tutela encaminada a cerrar la brecha de las debilidades del Estado, más cuando se encuentra en una situación singular como la de Colombia de conflicto armado interno, que representan en muchas ocasiones violaciones sistemáticas, o la aceptación de las mismas por parte de actores que no haciendo parte del Estado, no dejan de ser ajenos a la problemática de la responsabilidad extracontractual del Estado.
- b. De acuerdo con la idea del “tercero” en el marco de un conflicto armado interno, no hay duda que no se requiere que haya un acuerdo o una “connivencia” entre el Estado y los terceros que producen violaciones sistemáticas a los derechos humanos. En este sentido, la concepción del hecho del tercero debe superar como hipótesis la necesidad de determinar un vínculo material u orgánico para que pueda atribuirse la responsabilidad, ya que lo sustancial es el rol que juega la administración pública, su “posición de garante de vigilancia”, de la que derivan todos los deberes de actor llamado de evitar, a ofrecer la protección debida a corresponderse con los deberes positivos, y que implica que debe actuar frente a situaciones que amenacen o puedan desencadenar un daño como consecuencia de las acciones de terceros, sino que sea admisible permitir que opere como cláusula de cierre de la eximente que se trate de actos indiscriminados, o que deba contarse con la verificación de la misma amenaza, sino que es el Estado el llamado a ejercer una intervención mucho más profunda ante fenómenos de violencia, o de insurgencia que tiene plenamente definidos.
- c. Debe tenerse en cuenta, también, que el “Estado será responsable de los actos de particulares si los órganos del Estado hubieran podido actuar para prevenir o reprimir el comportamiento de éstos, o si existiese una relación de hecho específica entre la persona o entidad que observó el comportamiento y el Estado”⁸⁴.

84 RODRIGUEZ H, Gabriela. “Normas de responsabilidad internacional de los Estados”, en MARTIN, Claudia; RODRIGUEZ-PINZON, Diego; GUEVARA B., José A. (Comp) Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 1ª ed. México, Fontamara; Universidad Iberoamericana, 2004, pp.56.

Las obligaciones de prevención se conciben por lo general como obligaciones de realizar los máximos esfuerzos, es decir, que obligan a los Estados a adoptar todas las medidas razonables o necesarias para evitar que se produzca un acontecimiento determinado, aunque sin garantizar que el acontecimiento no vaya a producirse, la violación de una obligación de prevención puede ser un hecho ilícito de carácter continuo.

Generalmente se trata de casos en los que el Estado complementa su propia acción contratando o instigando a personas privadas o a grupos que actúen como auxiliares, pero sin pertenecer a la estructura oficial del Estado⁸⁵.

El hecho del tercero no es una causal que permita al juez crear una regla general como máxima, sino que, por el contrario, lo invita a analizar, teniendo en cuenta las especiales condiciones del Estado colombiano, cuándo, en qué medida, y bajo qué proporcionalidad el Estado estaría llamado a responder, o con otras palabras, le sería atribuible (fáctica y jurídicamente) un daño antijurídico producido por un tercero, sin acudir a verificar los vínculos o relaciones de este con la administración pública, sino a partir de la exigencia máxima de la tutela de la víctima como premisa de la responsabilidad extracontractual del Estado en la visión moderna y humanista.

Sin duda, el tratamiento que se pueda dar la hecho del tercero en la visión propia a los tiempos que corren, no permite que sigamos anclados en el modelo clásico causalista, y nos centremos en la vocación que el instituto de la responsabilidad debe atender: herramienta complementaria para tutela de los derechos de los administrados, especialmente de los derechos humanos; factor de convivencia y del logro de la paz, y; instrumento que permita la aplicación de una justicia redistributiva donde sea el principio de solidaridad el que opere, no la visión individualista propia a los orígenes del mismo instituto.

El hecho del tercero debe convertirse en una excepción a la regla general de la primacía de la víctima en la determinación de la responsabilidad extracontractual del Estado, como criterio garantístico, finalístico y principal para dotar al Estado de una herramienta con vocación preventiva, no simplemente como verificación de hechos que sistemáticamente se producen y

85 La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el asunto Fiscal c. Tadic, destacó que: "En derecho internacional, la condición para que se atribuyan al Estado actos realizados por particulares es que el Estado ejerza un control sobre esos particulares". Asunto IT-94-1, Prosecutor c. Tadic, (1999), I.L.M., vol.38, párr.117. Otro ejemplo lo constituye la captura de Adolf Eichmann, por un grupo israelí en Buenos Aires el 10 de mayo de 1960 llevándolo posteriormente en avión a Israel donde fue sometido a juicio.

no tienen eco en la actividad del Estado para procurar tratarlos, superarlos y, así alcanzar la reconciliación nacional.

Finalmente, cabe examinar, brevemente, la dimensión colectiva de la reparación de los daños antijurídicos imputables a la administración pública, por la vía singular de la acción de grupo.

La acción de reparación ante reclamaciones colectivas

Conforme a lo dispuesto en los artículos 88 inciso 2.º y 89 C. N., desarrollados por la Leyes 472 de 1998 y 1437 de 2011⁸⁶, y en contraposición a las acciones populares, las acciones de grupo o de clase constituyen el conjunto de pretensiones que por vía de acción impetra, a través de apoderado y en un solo escrito de demanda ante las autoridades judiciales, un número plural de personas determinado por la ley, unidas bajo el común denominador, o condición uniforme, de ser simple y llanamente todas ellas afectadas por daño o daños comunes o colectivos. Acción que se intenta en conjunto con el exclusivo propósito de que se profiera una condena indemnizatoria con ocasión de los daños o perjuicios de que fue objeto el colectivo⁸⁷, en los de-

86 Ley 1437 de 2011. Artículo 145. Reparación de los perjuicios causados a un grupo. Cualquier persona perteneciente a un número plural o a un conjunto de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que les originó perjuicios individuales, puede solicitar en nombre del conjunto la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado y el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios causados al grupo, en los términos preceptuados por la norma especial que regula la materia.

Cuando un acto administrativo de carácter particular afecte a veinte (20) o más personas individualmente determinadas, podrá solicitarse su nulidad si es necesaria para determinar la responsabilidad, siempre que algún integrante del grupo hubiere agotado el recurso administrativo obligatorio.

87 Recientemente los medios de comunicación han puesto a debate la decisión judicial que en su momento el Tribunal Administrativo del Valle profirió condenando al Estado en cabeza de la empresa EPSA y de la Corporación Autónoma Regional del Valle –CVC- al pago de una indemnización, en ejercicio de la acción de grupo, por valor de US\$94.053.521, que representa para cada grupo familiar aproximadamente US\$30.985. Según la Revista Semana: “El río Anchicayá nace en la parte alta de la cordillera Occidental, en una zona boscosa conocida como Los Farallones en límites de Cauca y el Valle. Se descuelga a lo largo de 575 kilómetros hasta desembocar en el océano Pacífico, en la bahía de Buenaventura. Más de 3.000 personas asentadas en la ribera del río vivían de él hasta que sus aguas se convirtieron en un lodazal “afectando cultivos de pan coger, la actividad de pesca, la economía doméstica y la salud de los habitantes del sector”, según la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle, que condena a la Empresa de Energía del Pacífico (Epsa) y a la Corporación Ambiental del Valle (CVC). El fallo, que data de 2009, confirma una sentencia de primera instancia y señala a dichas entidades como causantes de “una catástrofe social y ambiental de grandes proporciones”, por lo que las condena a pagar 166.945 millones de pesos a las víctimas. La comunidad se vio afectada por la contaminación del río Anchicayá al recibir, en 2001 y durante dos meses, 500.000 metros cúbicos de lodo acumulado

rechos e intereses individuales y subjetivos de sus miembros, a partir de la acción u omisión de autoridades o particulares, independientemente de la posibilidad de reclamar los mismos a través de acciones individuales.

Bajo estas circunstancias, la acción se torna especial, desistible, subjetiva, directa, sujeta a caducidad, que no atiende intereses o derechos colectivos, sino que, por el contrario, se funda en intereses exclusivamente personales relacionados con los derechos constitucionales o legales de cada uno de los interesados, vulnerados colectivamente por la acción u omisión común, y que originan reclamación conjunta a través de una misma demanda, por razones de economía, prontitud y eficacia, y en consonancia con la vida de relación de las sociedades modernas e industrializadas que reclaman tratamientos comunes para problemas colectivos. La acción, adicionalmente, se regula en materias complementarias por el Código de Procedimiento Civil, no obstante que las normas de la Ley 472 de 1998 que la regulan sirven adicionalmente para tramitar algunas acciones especiales de grupo establecidas por el legislador.

En la realidad de las cosas, la acción de clase parte del supuesto de la ocurrencia de daños individuales, pero acaecidos bajo circunstancias de modo, tiempo y lugar comunes a muchas personas, y en el caso de Colombia a un grupo, a las cuales, por esta circunstancia de ser afectadas colectivamente en sus derechos, se les debe brindar, a la luz de nuestro ordenamiento constitucional, garantías suficientes y adecuadas para obtener las indemnizaciones que correspondan, en claro desarrollo del principio constitucional de solidaridad que identifica la esencia de nuestro Estado social de derecho. La acción de grupo corresponde en consecuencia a una nueva visión del derecho y de sus instrumentos procesales, que abandona las viejas bases individualistas, para ver a las personas como miembros activos y determinantes de la comunidad, por lo tanto objeto de tratamientos comunes.

en una represa de la hidroeléctrica Epsa, así como por la CVC, que no ejerció la vigilancia debida. Más allá del monto que sigue pendiente de ser pagado -y que en la práctica se traduce en 55 millones de pesos para cada familia-, lo trascendental de la sentencia es que si resulta ratificada por el Consejo de Estado, sentará jurisprudencia sobre las responsabilidades de las empresas encargadas de explotar recursos naturales en el país. En este sentido, el fallo del Tribunal enfatiza en la necesidad de realizar esa labor "con el máximo cuidado, dada la peligrosidad de la misma y el impacto ambiental, ecológico, económico y social que se puede generar en su ejecución". [<http://www.semana.com/nacion/caso-del-rio-anchicaya-fallo-trascendente-para-medio-ambiente/175007-3.aspx>; consultado el 28 de abril de 2012].

Conclusiones

La acción de reparación está configurada constitucional y legalmente como una acción encaminada a proteger no sólo los intereses de los administrados que padecen o sufren un daño antijurídico que es imputable al Estado, sino a procurar que la responsabilidad como régimen en el que se despliega la acción pueda tener un efecto preventivo. Con otras palabras, la acción de reparación no se puede convertir en un instrumento de corrección de los defectos, deficiencias y debilidades de la administración pública, sino en herramienta para propender por la protección eficaz de los derechos e intereses de los administrados, y por la optimización del servicio o actividad administrativa en toda su extensión.

Si esto es así, el despliegue que el juez contencioso administrativo le da a la acción de reparación no puede orientarse por fuera de los expresos límites constitucionales del artículo 90, en el cual se afirma la existencia de dos elementos para estructurar el “juicio de responsabilidad”: daño antijurídico e imputación. En lo que si está habilitado el juez contencioso administrativo, es en motivar, fundamentar y argumentar el juicio de imputación, no sólo acudiendo a la determinación del ámbito fáctico con base en los medios probatorios existentes, sino también apoyándose en los criterios de motivación, o de razonabilidad, tales como la falla en el servicio, el daño especial o el riesgo excepcional.

Así mismo, cabe afirmar que el régimen de responsabilidad en Colombia debe abordar la necesidad de superar la concepción del hecho de un tercero como una eximente absoluta, y encaminarse a determinar en qué eventos, bajo qué circunstancias, y teniendo en cuenta qué deberes normativos el Estado puede ser objeto de imputación de un daño antijurídico, pese a la concurrencia de la acción de un tercero, especialmente considerando la situación de conflicto armado interno.

Muchas gracias.

Bogotá, D.C., 28 de agosto de 2012

LA INSTITUCIÓN DEL DAÑO A LA SALUD
EN COLOMBIA

Enrique Gil Botero

Magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado
Expresidente de la Corporación

La acreditación del daño, su valoración y cuantificación, implica abordar y dar respuesta a dos interrogantes: i) qué se repara y ii) cómo se repara.

A partir de los anteriores cuestionamientos, ha surgido la necesidad de que el derecho de daños estudie lo que se denomina la “valoración del daño corporal”; en esta sede se abordan problemas de una importante envergadura tales como –a modo de ejemplo– definir si la muerte constituye un daño en sí mismo; si la afectación a la esfera psicofísica es un daño que se deriva de la lesión al derecho constitucional que le sirve de fundamento o, si por el contrario, lo que se indemniza son las manifestaciones externas, sociales y relacionales que ella produce; cuál es la forma de fijar o tasar el daño inmaterial en nuestro ordenamiento jurídico; y si el principio de reparación integral es aquél que permite al juez adoptar medidas de justicia restaurativa en aras de, huelga la redundancia, restaurar el núcleo –subjetivo u objetivo– de los derechos constitucionales que se ven afectados con el respectivo comportamiento.

Así las cosas, la valoración del daño corporal es lo que permite definir qué bienes jurídicos son tutelados y, por lo tanto, cómo se produce el restablecimiento de los mismos.

En el caso de las lesiones a la persona, es fundamental centrarse en delimitar y tomar postura sobre la forma que se adopta en cada ordenamiento jurídico para resarcir el daño corporal que se le irroga.

Colombia, a diferencia de otros países, tiene un sistema indemnizatorio abierto –igual al Francés– esto es, no existe una norma constitucional o legal –a diferencia, por ejemplo del sistema italiano que limita el reconocimiento e indemnización de los daños no patrimoniales a los definidos por la ley (art. 2059 C. Civil Italiano)–. Por lo tanto, a partir de un sistema abierto de reparación, es posible que exista una tendencia fuerte y marcada a la proposición de diferentes

categorías de daños, la cual veo con preocupación, por ello se debe trazar una sistematización que garantice el respeto por el principio de reparación integral, sin llegar a generar un enriquecimiento sin justa causa de la víctima.

En efecto, teóricos del derecho italiano, así como la propia Corte Constitucional de ese país en una decisión emblemática de 1986, han generado un “derecho viviente”¹ parafraseando al profesor Francesco Busnelli que ha permitido brindar una interpretación constitucional “abierta” del texto rígido y cerrado contenido en el Código Civil de esa nación².

Como se aprecia, cada ordenamiento jurídico busca establecer una sistematización de los bienes o intereses que son relevantes para el derecho de daños, así como fijar unos criterios que permitan garantizar el principio de igualdad al momento de efectuar la valoración del daño sufrido. En esta búsqueda se han desarrollado perjuicios que se derivan del daño considerado en sí mismo, mientras que otros reconocen por el contrario las consecuencias y manifestaciones externas de aquél.

En ese orden, resulta necesario que se sistematice la indemnización del perjuicio inmaterial en Colombia para determinar cuáles son los resarcibles –diferentes al daño moral–, pues con la tipología vigente no se define con claridad: i) si se indemniza el daño en sí mismo o lo que la doctrina denomina el “daño evento”, o si por el contrario se reparan las consecuencias exteriores de ese daño, “daño consecuencia”, ii) cuáles son los bienes, derechos o intereses

1 Cf. BUSNELLI, Francesco “Il danno biologico. Del diritto “viviente” al diritto vigente”, Torino, 2001.

2 “En virtud de la idea del derecho viviente, las disposiciones contenidas en reglas y los principios no deben ser interpretadas de manera exclusiva como grafismos, es decir, como términos y conjuntos de enunciados cuyo sentido deba ser esclarecido mediante la remisión a diccionarios y los textos legales. Por el contrario, el sentido de estos términos y enunciados se precisa de mejor manera mediante la consideración del contexto en que han surgido y en que han vivido las disposiciones que los contienen. El objetivo ya no es determinar su definición, sino la forma en que se usan en los diferentes contextos relevantes, por parte de los órganos y las instancias autorizadas. Esta tesis aporta al estudio de la jurisprudencia un poder interpretativo de las reglas, en los casos en que mediante ella se cumplen los supuestos que [las Cortes han fijado]: que la interpretación judicial sea consecuente, es decir, que no se presenten contradicciones o diferencias significativas; que se trate de una interpretación consolidada, y que sea relevante para fijar el significado de la disposición en cuestión. Esta tesis forma parte de una interpretación sistemática de las disposiciones, a las que asigna un sentido práctico, con el fin de contribuir al logro de uno de los elementos de la seguridad jurídica: la operatividad de las disposiciones, es decir, la posibilidad de ser implementadas o llevadas a la práctica por sus destinatarios. Finalmente, esta tesis contribuye a entender el proceso interpretativo como un proceso cognoscitivo y no puramente volitivo, en tanto no parte del sentido que los jueces discrecionalmente puedan asignar a los términos o enunciados, sino que supone el conocimiento de la forma en que la comunidad jurídica los ha comprendido y usado, esto es, remite al conocimiento del contexto lingüístico y social de las disposiciones jurídicas vigentes.” QUINTERO Mosquera, Diana Patricia “La salud como derecho”, Ed. Siglo del Hombre, Bogotá, 2011, pág. 56 y 57.

legítimos que tienen cabida en el plano de la responsabilidad y, por lo tanto, ostentan el carácter de indemnizables, y iii) si el daño derivado de lesiones psicofísicas es posible resarcirlo a través de criterios objetivos y que contengan estándares que garanticen el principio de igualdad, pues frente a una misma lesión debería declararse una idéntica o similar reparación.

El daño a la salud surgió de la necesidad de reconocer un perjuicio más objetivo, que esté dotado de claridad y, por lo tanto, que garantice en mayor medida el postulado de la igualdad de indemnizaciones frente a un mismo o similar daño. En efecto, a diferencia de categorías abstractas o abiertas (v.gr. el daño a la vida de relación) no se tiene en cuenta —o se hace en un mínimo grado— las consecuencias externas del daño considerado en sí mismo, es decir, al evento como tal.

En ese orden de ideas, se abordará el siguiente derrotero: las sentencias gemelas de unificación en relación con el daño a la salud, por qué el daño a la salud o fisiológico es importante en un sistema jurídico como el Colombiano, la valoración del daño a la salud en el contexto del ordenamiento jurídico interno - la valoración médica del daño a la salud, y iv) conclusiones.

Las sentencias gemelas de unificación en Colombia

En sentencias del 14 de septiembre de 2011, proferidas por la Sala Plena de la Sección Tercera, del Consejo de Estado, en los procesos radicados números 38.222 y 19.031³, se estableció:

“(..). De modo que, el “daño a la salud”—esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica— ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez que reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos.

3 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 14 de septiembre de 2011, expedientes Nos: 19.031 y 38.222, MP: Enrique Gil Botero

“(..) Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, como lo hace ahora la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, como quiera que al haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos y que han sido reconocidos en diferentes latitudes, como por ejemplo la alteración a las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se modificó su propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad⁴.

“En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación- precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.

“(..) En esa perspectiva, se insiste, la noción de daño a la vida de relación que sirvió al Consejo de Estado para indemnizar los perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferentes al moral, no es más que un concepto que ya no es utilizado por la doctrina y jurisprudencia italianas, en la medida en que se ha reconocido independencia entre el perjuicio biológico o fisiológico -relacionado con la órbita psicofísica del individuo- y otros perjuicios que afectan valores, derechos o intereses de la persona que, en la actualidad, en Italia, serían indemnizados bajo la panorámica del daño existencial (v.gr. la tranquilidad del ser humano, la seguridad, las condiciones de existencia, entre otros)⁵, sin que esta última categoría se encuentre lo suficientemente decantada en otras

4 “El daño subjetivo o daño a la persona es aquél cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta el final de la vida. Por la complejidad del ser humano, los daños pueden efectuar alguna o algunas de sus múltiples manifestaciones o “maneras de ser”. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos “El daño a la persona”, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pág. 71 y s.s.

5 “Allí se define el daño existencial [se refiere a la sentencia de la Sala Plena de la Corte de Casación Italiana No. 6572 del 24 de marzo de 2006] como todo perjuicio causado en el hacer no reditual del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo exterior.” KOTEICH Khatib, Milagros “El daño extrapatrimonial”, en “Diritto Romano Comune e America Latina”, Universidad Externado de Colombia, Pág. 259.

latitudes, razón para rechazar en esta instancia su adopción en el derecho colombiano...

“Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo, inequitativo e desigualitario—dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño—, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro.

“Entonces, como se aprecia, el daño a la salud gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial⁶.

“(..). De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.

“(..). Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios—siempre que estén acreditados en el proceso—:

“i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;

6 Fruto del trabajo jurisprudencial en Italia, se llegó a establecer dentro de este orden que el concepto daño biológico agrupa entre otros: el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual y el daño a la incapacidad laboral genérica, todo lo cual ha sido recogido y reconocido por la Corte Suprema de Casación de ese país. Ver entre otras, las sentencias: No. 2761 de 1990, 1341 de 1991, 11133 de 1990, 9170 de 1994, y 7262 de 1991.

“1) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal”.

“Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.

“Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud.

“Ahora bien, el hecho de sistematizar el daño a la salud (integridad corporal, psicológica, sexual, estética), mientras se deja abierta la estructura de los demás bienes o derechos jurídicos, garantiza un esquema coherente con los lineamientos conceptuales, teóricos y prácticos del resarcimiento del daño...”

“(...) No obstante lo anterior, es preciso recalcar que en nuestro país no existe un sistema abierto y sistemático del perjuicio inmaterial, puesto que estos esquemas atentan contra el entendimiento del derecho de la responsabilidad,

7 “Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico.” GIL Botero, Enrique “Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación”, pág. 10.

motivo por el cual, será la jurisprudencia de esta Corporación la encargada de definir la posibilidad de reconocer otras categorías o tipos de daños distintos al daño a la salud, pero siempre que el caso concreto permita la discusión y se afronte la misma a través de la búsqueda de una metodología coherente que contenga el abanico resarcitorio a sus justas proporciones sin que se desdibuje el contenido y alcance de la teoría del daño resarcible.

“Esta es, precisamente, la importancia del daño a la salud, ya que como se ha explicado permite reconducir a una misma categoría resarcitoria todas las expresiones del ser humano relacionadas con la integridad psicofísica, como por ejemplo las esferas cognoscitivas, psicológicas, sexuales, hedonísticas, etc., lo que evita o impide que se dispersen estos conceptos en rubros indemnizatorios autónomos.

“(..).”

En otros términos, con las sentencias del 14 de septiembre de 2011, expedientes Nos. 38222 y 19031, la Sala Plena de la Sección Tercera reconoció la importancia de limitar la dispersión que venía operando en materia de la tipología del daño inmaterial en Colombia, para fijar un esquema de reparación que atienda al restablecimiento de los principales derechos que se ven afectados con el daño antijurídico. En ese sentido, se catalogó a la salud como un derecho fundamental que cuenta con reconocimiento autónomo y cuya finalidad es servir de contenedor de categorías del daño inmaterial, en aras de evitar la dispersión de varias nociones abiertas que hacían compleja la aplicación efectiva del principio de igualdad y de reparación integral (v.gr. daño a la vida de relación o la alteración a las condiciones de existencia)⁸.

De manera que, la valoración del daño que se acogió en los referidos pronunciamientos tiene como propósito que la indemnización no refleje expresiones o valoraciones externas al sujeto, ya que esta visión traduciría una dimensión capitalista y monetarista del ser humano⁹.

8 “(...) lo que no se puede tolerar es que el tratamiento diferenciado, que se deduce de la interpretación de las normas tradicionales de la responsabilidad, beneficie a aquellos que se encuentran en una situación de privilegio... Es evidente que la salud es uno de los aspectos de la condición humana en los que se revela como ausplicable una igualdad entre los coasociados, y de ahí que el principio se revele como fundamental en la materia; una persona que sufra una lesión debe tener, en lo posible, la oportunidad de seguir desarrollando su vida en igualdad de condiciones que los demás, afirmación de la que se desprende un corolario lógico: todo aquel que sufra una lesión igual a la de otra persona deberá tener, también una reparación igual.” CORTÉS, Édgar Ob. Cit., pág. 15 y 84.

9 “Entre nosotros se ha sugerido que quizá sería más correcto identificar el daño corporal y el daño a la salud. Se trata este último, de un concepto bastante novedoso, cuya creación proviene de la doctrina italiana que por tal entiende, el perjuicio que deriva de la lesión de uno de los derechos de

En consecuencia, en un Estado Social de Derecho como el nuestro la concepción antropocéntrica hace que el derecho de la responsabilidad se acerque a los postulados constitucionales para definir con precisión qué derechos, bienes jurídicos o intereses legítimos son resarcibles y, por lo tanto, es imperativa su reparación integral en los términos del artículo 16 de la ley 446 de 1998.

De modo que, cuando se indica que el daño a la salud gana objetividad donde otras categorías abiertas de perjuicios inmateriales la perdían, tiene sentido en tanto no se interprete esa acepción como la posibilidad de asignar un valor económico específico o de mercado a esta clase de derechos o intereses legítimos (v.gr. la integridad psicofísica, la honra, la libertad, etc.), puesto que este tipo de bienes jurídicos son de naturaleza inconmensurable, circunstancia por la cual la forma y el *quantum* de la reparación no deben medir la indemnización del perjuicio en términos monetarios, sino la satisfacción o compensación del mismo a partir de criterios –estos sí objetivos– que procuren garantizar los principios de igualdad material y de dignidad humana¹⁰.

la personalidad –la integridad física– y es susceptible de valoración económica independiente. Lo más positivo de esta nueva creación es el haber superado la anterior práctica jurisprudencial por la que la incapacidad se apreciaba y valoraba, en tanto en cuanto afectara a la capacidad de producir ganancias o riqueza, valoración conocida como el “método tradicional”... De aquí se desprende la autonomía del daño a la salud a nivel constitucional, cuya forma de protección es la tutela aquiliana. Lo que quiere decir que es un daño reparable en sí mismo, con independencia de sus posibles consecuencias pecuniarias... La independencia de la categoría del “daño a la persona en sentido estricto”, es una categoría que se une a las más conocidas de “lesiones de bienes o de derechos primarios, en cuanto son inherentes a la persona humana (el derecho a la vida, a la integridad física, al honor, a la intimidad...) todos ellos reconocidos en la Constitución.” VICENTE Domingo, Elena “Los daños corporales: tipología y valoración”, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 138 y s.s.

10 “Ahora bien, los daños irrogados a los bienes de la personalidad, por carecer de “un valor de mercado”, no pueden avaluarse objetivamente, lo que impide en consecuencia determinar la justeza o no de la indemnización. La función de esta última no es resarcitoria, sino más bien “satisfactoria”, es decir, busca que por medio del pago de una suma de dinero u otro paliativo puede procurársele a la víctima una sensación placentera, que le permita apenas sobrellevar y aliviar su lesión, sería impropio pensar que el dinero pueda *resarcir* el daño inmaterial... No obstante, parece tendencia natural la de establecer mecanismos orientados a contener la “inflación” del quantum de la indemnización del daño extrapatrimonial, bien sea mediante la creación de tablas sobre las cuales se fundamente su liquidación o, precisamente, por medio del establecimiento de topes periódicos por parte de la jurisprudencia (a manera de guía para los jueces), la cual debe en todo caso estar siempre atenta al entorno social y económico al que pretende dirigir esas pautas, para no establecer, en definitiva, sumas imposibles de pagar, que pugnarían con la equidad. Se lograría con dichos parámetros, además, favorecer cierta homogeneidad frente a casos similares, lo cual hace más apropiado que dejar al completo arbitrio del juez la tasación de un daño que sólo puede ser aproximativa, pues los medios probatorios ordinarios no son idóneos para la probanza de la extensión del daño extrapatrimonial, en virtud de su carácter no objetivable.” KOTEICH, Milagros “El daño extrapatrimonial, las categorías y

Ahora bien, el daño a la salud tratándose de la lesión o afectación a la integridad psicofísica, se insiste, busca evitar la dispersión de categorías o tipologías abiertas de perjuicios que pueden llegar a trocarse o sobreponerse y, por lo tanto, se atente contra los principios de reparación integral y la prohibición de enriquecimiento sin causa.

Por consiguiente, el daño a la salud, a diferencia de lo sostenido por algún sector de la doctrina, no pretende asignarle un valor monetario a cada órgano o función corporal, toda vez que una postura de esa naturaleza sería reducir este perjuicio a una visión capitalista o monetarista del cuerpo y la psiquis humana. En efecto, el objetivo de esta nueva categoría de perjuicio consiste, única y exclusivamente, en garantizar el resarcimiento de un derecho de rango constitucional que, en términos estadísticos, se ve altamente comprometido en los diversos escenarios de responsabilidad patrimonial del Estado¹¹.

Así las cosas, las providencias del 14 de septiembre de 2011 (exps. 38222 y 19031), fijan una sistematización del daño inmaterial que resulta aplicable a los supuestos en los cuales el Estado sea responsable por daños que afecten el bienestar físico, psíquico, familiar o social del ser humano. Es decir, con las sentencias referidas se adoptó la noción de “daño a la salud”, por ser apropiada para concretar la reparación del perjuicio relativo a las afectaciones a la integridad psicofísica de la persona, sin tener en cuenta aspectos de difícil acreditación y que pueden traducir o reflejar un trato discriminatorio o hermenéuticas encontradas en las que no se tenga certeza sobre el contenido y alcance del perjuicio indemnizable como viene ocurriendo en Francia¹².

De manera que, las categorías abiertas de daños basados en expresiones inconmensurables como el placer, el agrado, la lesión a la afectación social o relacional, generan distorsiones en el sistema indemnizatorio, toda vez que aunada a la dificultad que representa para el juez de la responsabilidad la valoración de un perjuicio inmaterial por la lesión a un bien de contenido

su resarcimiento” en: Revista de Derecho Privado No. 10, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pág. 188 y 192.

11 “Así, el derecho a la salud, también de rango constitucional, abre unas perspectivas bastante amplias... y sin duda ofrece elementos importantes para desentrañar el sentido que hoy asume el derecho de daños. La lesión a la salud es pues un caso paradigmático dentro de la responsabilidad civil, no solo por su frecuente ocurrencia (piénsese no más, en los accidentes de tránsito), sino también porque ofrece situaciones ejemplares, casos y soluciones que sirven de termómetro social, puesto que de la forma en que se repare un daño a la salud se podrá colegir la verdadera eficacia de los principios constitucionales.” CORTÉS, Édgar “Responsabilidad civil y daños a la persona”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pág. 20 y 21.

12 Al respecto, se puede consultar: KOTEICH, Milagros “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés” en: Revista de Derecho Privado No. 18, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pág. 186 y s.s.

personalísimo o un derecho fundamental, resulta de suma complejidad trazar derroteros o baremos que permitan establecer criterios compensatorios que respeten la igualdad y la dignidad humana.

En ese sentido, el daño a la salud evita una dispersión o explosión de perjuicios tales como: el fisiológico, el biológico, el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, de forma tal que se reconducen esas manifestaciones de la persona al concepto y derecho que las engloba, esto es, “la salud”¹³. Por consiguiente, una tipología del daño que se estructure a partir de los bienes jurídicos, constitucionalmente protegidos, garantiza varios aspectos teóricos y prácticos, a saber: i) se repara o compensa el daño en sí mismo, y para ello es preciso verificar la gravedad de la afectación al respectivo interés legítimo (v.gr. la salud, la honra, la libertad, etc.), ii) se produce una constitucionalización del derecho de la responsabilidad, en donde no se indemnizan perjuicios existenciales o derivados de la vida social o relacional del sujeto, sino los vinculados a derechos constitucionales, iii) comoquiera que la tipología del daño inmaterial se concentra en algunos de los derechos reconocidos a nivel constitucional, la labor de establecer una cuantificación del perjuicio se puede hacer a través de criterios más objetivos –no objetivables– con apoyo en el *arbitrio iuris* y las pautas fijadas en la jurisprudencia.

Por qué el daño a la salud o fisiológico es importante en un sistema jurídico como el Colombiano – la valoración médica del daño a la salud

En la segunda mitad del siglo XX se adquiere conciencia del carácter trascendental que tiene la salud, elevándola jurídicamente a la condición de derecho fundamental.

El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de forma expresa lo reconoce (diciembre de 1948).

De igual modo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de diciembre de 1966, en su artículo 12.

13 “[E]l bien salud es tutelado [n]o sólo como interés de la comunidad, sino también y sobre todo como derecho fundamental del individuo, de tal forma que se configura como un derecho primario y absoluto, plenamente operativo aun en las relaciones entre privados... el menoscabo de la integridad psicofísica del sujeto lesionado constituye entonces un daño integralmente resarcible en sí mismo.” Corte Constitucional Italiana, sentencia del 18 de julio de 1991, citada por CORTÉS, Édgar Ob. Cit. Pág. 132.

Por su parte, en el Consejo de Europa la Carta Social Europea del 18 de octubre de 1961, en su artículo 11 consagra la protección al citado derecho.

Así mismo, en el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”, se consagra que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el grado de bienestar más alto a nivel físico, mental y social; normativa que está en perfecta consonancia con la definición de salud que ha dado la Organización Mundial de la Salud “OMS”, según la cual: “es el estado completo de bienestar físico, psíquico y social, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades”.

En Colombia, el derecho a la salud se encuentra consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política¹⁴, y de manera reciente ha sido catalogado como una garantía fundamental de naturaleza autónoma¹⁵, sin que sea necesario demostrar la conexidad con otro derecho (v.gr. la vida).

Por lo tanto, resulta innegable que existe un patrimonio biológico que lejos de estar asociado con una mercantilización del derecho fundamental, supone el reconocimiento de una compleja estructura genética, fisiológica, psicológica y social que representa el ser humano.

En el campo médico, se ha sostenido que *“el patrimonio biológico de la persona se inicia con los genes que le proporciona el primer sustento, a partir del cual se irán configurando todos y cada uno de los órganos, aparatos, y sistemas con sus complejas funciones, hasta conseguir una compleja y armoniosa dotación física y psíquica, única e irreplicable en cada individuo”*¹⁶

Significa lo anterior, que la valoración médica del daño corporal corresponde a la actuación clínica o médico legista dirigida a conocer exactamente las consecuencias de un suceso traumático determinado, sobre la

14 “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

“Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

“Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

“La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria...”

15 Al respecto se pueden consultar las sentencias T-757 y T-893 de 2010.

16 Cf. PÉREZ Pineda, Blanca y GARCÍA Blázquez, Manuel “Manual de valoración y baremación del daño corporal”, Ed. Comares, Granada, 1991.

integridad psicofísica y la salud de una persona, con la finalidad de obtener una evaluación final que permita al juzgador establecer las consecuencias exactas del mismo.

En relación con la valoración médico legal del daño irrogado a la persona, resultan ilustrativas las palabras de la experta en la materia la doctora María Teresa Criado del Río: *“la valoración médico legal del daño a la persona o de los daños personales (valoración del daño corporal) es una rama de la medicina legal que hacemos equivalente a la medicina legal de las lesiones, denominada patología forense, y que los médicos forenses incluyen dentro de sus servicios de la clínica forense. Este motivo es suficiente por sí solo para hablar de “valoración médico legal”, en vez de tan solo “valoración”, pero también se justifica porque la valoración del daño puede entenderse desde dos puntos de vista: desde el ámbito médico de la valoración médico legal del daño o desde el ámbito jurídico de la valoración jurídica del daño que compete a los juristas.”*¹⁷

Por lo tanto, el juez frente a la valoración del daño corporal –y concretamente el perjuicio inmaterial– dada la subjetividad de conmensurar la integridad psicofísica, así como el estado de ánimo y los sentimientos de la persona, tiene dos posibilidades: i) negar su reconocimiento por no ser un perjuicio tangible o medible, o ii) establecer a partir de criterios sociales, científicos y jurídicos una metodología que, sin pretender cuantificar el valor equivalente de la vida, la integridad y los sentimientos humanos, sí permita compensar o tratar de resarcir las lesiones a esos bienes jurídicos.

De allí que, de aceptar los cuestionamientos que se formulan al daño a la salud a partir de argumentos de índole capitalista o clasista, conllevarían a que se negaran, de igual forma, los perjuicios morales deprecados por el deceso de una persona, toda vez que los sentimientos, las pasiones y las emociones son intereses subjetivos que sólo hacen parte de la órbita interna del individuo y que, bajo esa misma lógica, significaría dar un contenido monetario a un bien de connotación personalísima¹⁸.

En ese orden de ideas, la valoración y compensación de daños ocasionados a bienes de naturaleza inmaterial no constituye un aspecto o tópico novedoso que genere aprensiones; *a contrario sensu*, la labor del fallador consistirá en promover sistemas o esquemas de resarcimiento que garanticen

17 CRIADO del Río, María Teresa “Valoración Médico Legal del Daño a la Persona”, Tomo I, Ed. Colex, Madrid, 2010, pág. 43.

18 “(...) el problema de la valoración del dolor sigue existiendo, radicando esencialmente en la subjetividad, elemento que no puede ser obviado dado que forma parte nuclear del propio dolor.” HERNÁNDEZ Cueto, Claudio Ob. Cit., pág. 58.

la efectiva protección del derecho o interés lesionado, así como estándares o baremos de cuantificación del perjuicio que sean respetuosos de los principios de igualdad y de dignidad humana¹⁹.

Valoración del daño a la salud en el contexto del ordenamiento jurídico interno

El daño a la salud obtiene su precisión y concreción en la medida que resulta fácil para el juez trazar parangones a partir de los precedentes judiciales contenidos en las decisiones del Consejo de Estado, según los cuales a lesiones graves que afecten de manera significativa la integridad psicofísica del sujeto se otorga un máximo de cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes. De modo que, el porcentaje de invalidez o la gravedad de la lesión y la edad de la víctima serán los factores determinantes con los cuales el juez contará para, a partir del arbitrio judicial, fijar la indemnización del perjuicio respectivo²⁰.

Corresponderá al juez, a través de todos los medios de convicción—directos o indirectos y, principalmente, los que se refieran técnica o científicamente al porcentaje de incapacidad temporal o permanente derivado del daño— la verificación de la existencia de la lesión, las consecuencias que de la misma se derivan en términos de la integridad psicofísica considerada en sí misma y las limitaciones que esa afectación genera en el estado general de bienestar.

En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y afflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona. La aplicación de

19 "(...) [A] todo individuo, con independencia de su actividad productiva real, se le debe reconocer un determinado valor económico que depende más de su potencialidad que de su capacidad productiva real... Pero las consecuencias de un fenómeno lesivo sobre un ser humano no se limitan a las que se producen sobre su capacidad productiva; es decir, no quedan reducidas a la mera esfera de la actividad laboral, ni a su exclusivo patrimonio biológico (físico y psíquico, anatómico y funcional). Muy al contrario, la víctima afronta otros daños de especial importancia de los que también es justo que sea resarcida. Por ello, modernamente se ha comenzado a considerar la afectación o daño extrapatrimonial..." HERNÁNDEZ Cueto, Claudio Ob. Cit., pág. 48 y 49.

20 "La *ratio* de la proporcionalidad entre la edad y el valor del punto se encuentra, también en este caso, en consideraciones de orden científico: la incidencia de la lesión en las funciones vitales y sociales del damnificado es tanto más grave cuanto menor es su edad, en consideración del mayor lapso durante el cual el damnificado debe soportar la lesión de su integridad psicofísica [si es de carácter permanente]." ROZO Sordini, Paolo Emanuele "El daño biológico", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, Pág. 313.

esta tipología del daño garantiza la reparación genérica, estática u objetiva y la específica, dinámica o subjetiva, esto es, los efectos internos y externos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno.

Esta es, precisamente, la importancia del daño a la salud, ya que como se ha explicado permite reconducir a una misma categoría resarcitoria todas las expresiones del ser humano relacionadas con la integridad psicofísica, como por ejemplo las esferas cognoscitivas, psicológicas, sexuales, hedonísticas, etc., lo que evita o impide que se dispersen estos conceptos en rubros indemnizatorios autónomos²¹. En otros términos, se insiste, se repara el daño considerado en su generalidad (afectación a la integridad psicofísica), así como las consecuencias particulares que el mismo produce de manera individual a la persona (aspecto dinámico o específico), a partir de una lectura en clave del derecho fundamental que se protege, es decir, la salud.

Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación considerado en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadene, circunstancia por la cual este daño, se itera, gana concreción y objetividad en donde las categorías abiertas la pierden y, por lo tanto, permite garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material²². De manera que, para la valoración del daño a la salud, no es viable ni procedente la aplicación del denominado test de proporcionalidad, como tampoco

21 De esta manera se evita la preocupación que han manifestado algunos sectores de la doctrina, en relación con un posible desbordamiento del derecho de daños y de la tipología de perjuicios inmateriales, sin que se delimiten bien los cauces y las categorías de los mismos. "Consolidado como se encuentra hoy el daño a la vida de relación en Colombia, con los contornos propios que la jurisprudencia fue cuidadosa en trazar, resta la preocupación, como se ha manifestado antes, por lo que está sucediendo en algunas instancias en las que se propende por la aceptación, como categorías autónomas, de un sinnúmero de "perjuicios": estético, síquico, sexual, por alteración de las condiciones de existencia –este último, en realidad, con la pretensión de "sustituir", en la jurisdicción administrativa, el daño a la vida de relación– entre muchos otros, que introducen el riesgo de un posible acopio no suficientemente reflexivo, y por ende, no ajustado a nuestra realidad socioeconómica, o a nuestra sistematización sobre el daño, de categorías extranjerías de perjuicio; como, recordemos, infortunadamente sucedió en el Consejo de Estado colombiano..." KOTEICH, Milagros Ob. Cit. Pág. 251.

22 "De las definiciones anteriores se puede ver cómo un elemento central del concepto [daño a la salud] es el llamado "valor hombre", que debe dar la medida del resarcimiento, pues es la afectación de cualquier manifestación de la persona que se sigue a una lesión a la integridad psicofísica el parámetro de referencia para la correcta valoración y liquidación del daño que se ha causado. Además de este aspecto central, se pueden identificar algunos otros elementos de la figura, como su carácter prioritario, autónomo, unitario y no referido al rédito de la persona." CORTÉS, Édgar Ob. Cit. Pág. 133.

verificar si la reparación responde a la protección de una esfera mínima y esencial del individuo²³.

En consecuencia, ante la inexistencia de baremos o tablas de punto legales que definan las indemnizaciones a diferencia de la experiencia de otros países (v.gr. Francia e Italia), para la liquidación el daño a la salud en el derecho vernáculo es preciso recurrir a la aplicación del *arbitrio juris*, postulado que se integra a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez encuentra fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía satisfacción o compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la integridad psicofísica. En este punto, la sentencia del 4 de mayo de 2011, que fue recogida por las sentencias gemelas del 14 de septiembre de ese mismo año, es conteste en señalar que inclusive en la valoración del daño a la salud es el juez quien con fundamento en el principio del arbitrio judicial debe fijar las pautas para la indemnización del perjuicio.

En esa línea de pensamiento, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de forma mayoritaria con apoyo en los lineamientos conceptuales acogidos de manera sistemática por esta Corporación, en reciente sentencia del 28 de marzo de 2012, exp. 22163²⁴, trazó los criterios hermenéuticos que, con fundamento en el principio jurídico del arbitrio judicial, se deben tener en cuenta al momento de valorar y liquidar el daño a la salud.

En esa perspectiva, señaló la mencionada Corporación que –en similar sentido a la decisión del 13 de julio de 1997, exp. 12499– son dos los componentes del perjuicio fisiológico o daño a la salud: i) el ingrediente estático u objetivo, en el cual opera una regla de tres, de tal forma que en principio a una incapacidad del 100% corresponderá una indemnización de 400 SMMLV; en consecuencia, dependiendo del porcentaje de incapacidad, se fijará con el referido método matemático la indemnización correspondiente al componente estático del daño a la salud, y ii) el elemento dinámico o subjetivo, que permitirá valorar al juez las particularidades de la víctima, de tal forma que se permita incrementar, en el porcentaje que defina el funcionario judicial, la indemnización siempre que compruebe que respecto de ese sujeto en particular la lesión psicofísica produjo unas consecuencias específicas que requieren ser compensadas (v.gr. imposibilidad de practicar el

23 Cf. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1º de febrero de 2012, exp. 22.199, M.P. Jaime Orlando Santofimio.

24 M.P. Enrique Gil Botero.

deporte preferido, no poder ejercer una actividad lúdica o cultural, la pérdida de un placer como por ejemplo la actividad sexual de la persona, entre otras).

El primer ámbito del daño a la salud opera de manera automática sin que se requiera una prueba particular, salvo la que sea conducente para demostrar la afectación a la integridad psicofísica y el porcentaje respectivo, por lo que los dictámenes periciales y las actas de calificación de invalidez se tornan en los principales medios de convicción para los mencionados efectos. *A contrario sensu*, la esfera dinámica requerirá que la parte que la alega demuestre esos efectos o consecuencias que se desprenden de manera particular para la persona.

De allí que, si existe la forma de establecer criterios de valoración del daño a la salud, de manera concreta, en el siguiente horizonte:

1. El ámbito o espectro objetivo o estático del daño a la salud se determinará a través del arbitrio iuris, para lo cual se podrá emplear la regla de tres, al tener en cuenta que a la mayor incapacidad corresponde en principio un valor máximo de cuatrocientos salarios mínimos mensuales vigentes, como lo ha hecho la jurisprudencia de tiempo atrás de manera uniforme²⁵. En esta esfera es imprescindible tener en cuenta no sólo el porcentaje de invalidez definido por el médico legista, por la junta de calificación de invalidez o por el perito designado en el proceso, sino, de igual manera, la edad de la víctima, pues a partir de esos dos criterios se establecerá la indemnización en una dimensión más objetiva, ya que una cuadriplejía –incapacidad del 100%- en una persona de avanzada edad (v.gr. adulto mayor) no puede ser indemnizada de igual forma que para un niño o un joven que está iniciando su vida.
2. En cuanto al contenido dinámico del daño a la salud, esto es, las particularidades o especificidades que ese perjuicio significa para cada víctima en particular (v.gr. no es lo mismo la pérdida de una mano para alguien que tiene como “hobbie” ir a cine, frente a alguien cuyo esparcimiento lo obtiene de tocar el piano

25 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del: 14 de marzo de 2002, exp. 12.054, M.P. Germán Rodríguez Villamizar, 13 de diciembre de 2004, exp. 14722, Germán Rodríguez Villamizar, 5 de junio de 1998, exp. 11545 M.P. Juan de Dios Montes, 6 de mayo de 1993, exp. 7428, M.P. Julio César Uribe Acosta, 19 de octubre de 2007, exp. 30871, M.P. Enrique Gil Botero, 8 de julio de 2009, exp. 17960, M.P. Enrique Gil Botero, 1º de octubre de 2008, exp. 27268, M.P. Enrique Gil Botero, sentencias del 14 de septiembre de 2011, exps. 38222 y 19031, M.P. Enrique Gil Botero.

o pintar cuadros. En este tipo de eventos, en los que la persona logre acreditar unas consecuencias particulares que harían más gravosa su condición al resultar afectado en su integridad psicofísica, el juez podrá incrementar, con base en el *arbitrio iuris*, la indemnización correspondiente al factor objetivo del daño a la salud. No obstante, se itera, en principio no se podrá reconocer una suma superior a 400 SMMLV, pues este es el tope –sumado el ámbito estático y dinámico– del daño a la salud²⁶.

Por consiguiente, el daño a la salud reviste una connotación bifronte, una estática u objetiva que garantiza la máxima “a igual afectación a la integridad psicofísica debe corresponder una idéntica o similar compensación del perjuicio”, y una perspectiva dinámica o subjetiva –que posibilita hacer realidad la igualdad material– debido a que en este componente se permite que el juez eleve en un preciso porcentaje la reparación por cuenta de las condiciones particulares de la víctima.

No se trata de reparar la vida relacional o social de quien sufre el daño (en el espectro dinámico), sino de reconocer un porcentaje adicional debido a situaciones particulares que hacen que para ese sujeto específico la afectación correspondiente sea más grave²⁷.

En ese orden de ideas, se reitera, los criterios fijados en las sentencias del 14 de septiembre de 2011, exps. 38222 y 19031, son respetuosos de los principios constitucionales mencionados, así como de un aspecto fundamental del derecho de daños, esto es, la materialización del postulado

26 Según las recomendaciones del grupo de Tréveris que elaboró la recomendación a la Comisión, al Parlamento y al Consejo Europeo, nacido por iniciativa de la Comisión Jurídica del Parlamento Europeo, “(...) toda persona que haya sufrido un atentado a la salud debe, en virtud de los principios fundamentales de dignidad de la persona humana y de tutela de la salud, recibir una reparación; esa reparación debe ser diferente de la que recibirá la víctima por las pérdidas económicas sufridas por los daños que sólo son susceptibles de una valoración subjetiva; el principio de igualdad, entonces impone un tratamiento igualitario para las víctimas, que se logra con la valoración de carácter objetivo del daño, es decir con las bases que ofrece la ciencia médica legal, que puede crear tablas o baremos con grados de invalidez, a los que cada Estado podrá fijar un valor determinado...” CORTÉS, Édgar Ob. Cit. Pág. 184.

27 “Sin embargo, como sucede también en otras experiencias europeas, jurisprudencia y doctrina buscan identificar un criterio de liquidación que salvaguarde las exigencias de uniformidad de base, adecuación equitativa al caso concreto y previsibilidad. El uso del criterio de cálculo por puntos diferencial brinda una herramienta muy importante en este sentido. Luego, una tabla indicativa de sus valores, elaborada sobre la base de los precedentes liquidaciones judiciales ofrece una base de uniformidad indispensable para satisfacer el principio de paridad de tratamiento.” KOTEICH, Milagros La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés” en: Revista de Derecho Privado No. 10, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pág. 178 y s.s.

de la reparación integral, sin sacrificar la igualdad material a la hora de administrar justicia.

De otro lado, el criterio mayoritario e imperante de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de la Sección Tercera y de la Subsección C de esta última, han considerado que el principio de proporcionalidad no constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio inmaterial (moral o daño a la salud), pues lo es, como siempre lo ha sido, el *arbitrio iudicis*.

Conclusiones

1. El Consejo de Estado no ha pretendido abrir un sinnúmero de categorías de perjuicios inmateriales. Si bien es cierto que en sentencia del 4 de diciembre de 2007, exp. 1791²⁸ se hizo referencia a una posible existencia del “daño estético”, lo cierto es que ese perjuicio nunca fue reconocido, ni la Sección Tercera ha forzado los tipos de daños existentes para producir una explosión de perjuicios que afecten la estabilidad socioeconómica del país.
2. La constitucionalización de la responsabilidad genera beneficios concretos, ya que le permite identificar al juez, con mayor facilidad, qué bienes o intereses legítimos son relevantes para el derecho de daños y, por consiguiente, se debe perder el temor infundado de que se van a crear una multiplicidad de daños autónomos que los teóricos conservadores de la responsabilidad ven como una amenaza al patrimonio público. La preocupación provocada por la incidencia del costo elevado de las condenas sobre las finanzas públicas, no es un problema que deba recaer sobre el juez, ni que le deba causar desazón, porque *mutatis mutandis*, ese peligro “no es real” según se explicó en la obra Estudio Sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, en la que se indicó sobre el particular:

“Conviene a este respecto recordar una cita de Sourdat de hace más de cien años, que centra a mi juicio correctamente el problema: “no es admisible invocar el peligro del tesoro público; este peligro no es real. Si las decisiones de los tribunales que declaran responsable a la administración son tan numerosas

28 M.P. Enrique Gil Botero.

*que suponen una seria amenaza para el tesoro público, significa que existe algo anormal en el funcionamiento de los servicios públicos. Contra esta anomalía no hay nada más que un remedio: obligar a la administración, mediante una aplicación justa y severa por parte de los jueces de los principios de responsabilidad, a escoger mejor a sus funcionarios y a obligarles a respetar las leyes y el interés público*²⁹

3. El Consejo de Estado con las sentencias del 14 de septiembre de 2011, optó para el caso concreto del daño a la salud por un sistema autónomo, sin tener que acudir a categorías o compartimientos estancos abiertos como el daño a la vida de relación o la alteración a las condiciones de existencia que permiten que se creen desigualdades entre los asociados, ya que quien acredite una mayor vida relacional o una alteración mayor de su condición de vida (v.gr. participación en clubes sociales, más amistades, una vida social más intensa) recibiría una mayor indemnización que quien tiene una vida relacional menor (v.gr. una persona aficionada a la lectura), cuando la lesión psicofísica puede ser la misma³⁰.
4. Por lo tanto, las denominadas megacategorías son perjudiciales para sistemas jurídicos porque se genera el efecto de una bolsa de contención. Es decir, obtiene más la persona que logre llenar más el respectivo compartimiento a partir de elementos externos -sociales o relacionales- ajenos al daño considerado en sí mismo y las consecuencias individuales que se desprenden directamente de aquél.
5. El daño a la salud gana objetivación frente al reconocimiento individual de las secuelas, de la lesión al bien jurídico, ya que con fundamento en la medicina legal y el arbitrio judicial, es posible fijar criterios indemnizatorios como se determinó en la sentencia del 28 de marzo de 2012, esto es, el componente estático u objetivo y dinámico o subjetivo del daño fisiológico o biológico que tienden a garantizar un real y efectivo resarcimiento del derecho fundamental al cual está asociado el perjuicio.
6. El hecho de que se defienda un criterio más objetivo para la tasación del daño fisiológico o a la salud, no excluye, como se ha

29 Editorial Civitas S.A., Madrid 1991, Tomo III, pág. 2824.

30 "Lo que no se puede tolerar es que el tratamiento diferenciado, que se deduce de la interpretación de las normas tradicionales de la responsabilidad, beneficie a aquellos que se encuentran en una situación de privilegio." CORTÉS, Édgar Ob. Cit. Pág. 15

señalado por la posición minoritaria del Consejo de Estado, la inaplicación del arbitrio judicial. En otros términos, la reparación integral del daño a la salud, a partir del artículo 16 de la ley 446 de 1998, no entra en contradicción con el arbitrio judicial, máxime si un componente del citado perjuicio es dinámico y, por consiguiente, debe el funcionario judicial determinar con fundamento en la sana crítica, la experiencia y el sentido común, el porcentaje compensatorio dirigido a resarcir la lesión psicofísica. En otros términos, la objetivación del daño a la salud no es excluyente de la aplicación del principio del *arbitrio iudice*, toda vez que en Colombia a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, el legislador no ha trazado baremos ni fijado tablas indemnizatorias (v.gr. la ley 57 del 5 de marzo de 2001 proferida por la Cámara de Diputados y el Senado de la República Italiana, que contiene normas sobre apertura y reglamentación de mercados, y que contiene una regulación específica sobre el daño biológico y su tasación).

7. La tesis que se defiende, es que el derecho de daños se acerque al texto constitucional para que sea la Carta Política la hoja de ruta con la que cuente el juez a efectos de definir qué bienes, derechos o intereses legítimos de la persona tienen cabida en la responsabilidad y, por lo tanto, merecen ser indemnizados. Como se aprecia, se dejan de lado categorías abiertas de daños (v.gr. la alteración grave a las condiciones de existencia), para centrar la reparación integral del daño en el bien jurídicamente tutelado, siempre que tenga relevancia constitucional y sea necesaria su compensación por ser una afectación a un interés de contenido personalísimo que no puede ser resarcido por equivalente –como lo son los perjuicios materiales–.
8. En ese orden de ideas, el daño a la salud, así como su valoración a partir de un estándar objetivo que tiene como máxima la indemnización en principio de 400 SMMLV, y que permite fijar una indemnización del ámbito estático a partir de reglas de tres que tengan en cuenta la edad y el porcentaje de invalidez –permanente o temporal– de la víctima es lo que genera un respeto de los principios de dignidad humana y de igualdad. Así mismo, con el componente dinámico se garantiza la igualdad material, es decir, reconocer que cada ser constituye una individualidad y universalidad, y que, por consiguiente, es posible que dadas

las particularidades de la lesión se pueda incrementar la indemnización, sin que se pueda superar en principio el tope de 400 SMMLV, lo que de paso genera certidumbre sobre las condenas contra el patrimonio público, si sobre este aspecto pudiera generarse alguna preocupación.

9. La experiencia del perjuicio fisiológico, su evolución y la forma como se ha ido decantando hasta llegar al daño a la salud es un triunfo de la Jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo. El atreverse a proponer, a formular, discutir, discurrir sobre la lógica de los tipos y categorías de daños es una conducta plausible porque en últimas es pensar y reflexionar, en mover las fronteras de la responsabilidad a su eje central, esto es, la persona, el ser humano.
10. En consecuencia, los daños que puede reclamar una persona que ha sido afectada en su salud, son los siguientes: i) los materiales de daño emergente y lucro cesante, y ii) los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por la lesión, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal³¹.

“Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social...” (Se destaca) (Sentencias gemelas del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222).

- II. El llamado no puede ser otro que al fortalecimiento del daño a la salud como tipo de perjuicio inmaterial que gana concreción frente a otros daños abiertos que generan distorsiones e inequidades en el sistema de reparación. Por lo tanto, el trabajo

31 “Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico.” GIL Botero, Enrique “Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación”, pág. 10.

mancomunado de la doctrina y la jurisprudencia debe estar dirigido a proponer fórmulas para el fortalecimiento del daño fisiológico o a la salud, para lo cual, se insiste, es necesario acudir a principios tan importantes como la sana crítica, la experiencia, el sentido común y el arbitrio judicial para la tasación del perjuicio, al menos hasta que el legislador intervenga sobre la materia. En este punto, resulta imprescindible parafrasear al reconocido vate universal Jorge Luis Borges, “todas las teorías son legítimas, lo importante es lo que se hace con ellas.”

PERJUICIO INMATERIAL A FAVOR DE
PERSONAS JURÍDICAS. EL CASO DE LAS
COMUNIDADES INDÍGENAS

Hernán Andrade Rincón

Magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado

“Esa nueva Constitución, para que satisfaga la expectativa general, debe en absoluto prescindir de la índole y tendencias características de la que ha desaparecido dejando tras sí prolongada estela de desgracias. El particularismo enervante debe ser reemplazado por la vigorosa generalidad. Los códigos que funden y definan el derecho deben ser nacionales; y lo mismo la administración pública encargados de hacerlos efectivos. En lugar de un sufragio vertiginoso y fraudulento deberá establecerse la elección reflexiva y auténtica; y llamándose, en fin, en auxilio de la cultura social los sentimientos religiosos, el sistema de educación deberá tener por principio primero la divina enseñanza cristiana, por ser ella el alma mater de la civilización del mundo”.

“El principio de autoridad es el primer instrumento destinado a la larga y complicada tarea de civilizar la especie humana domesticándola por decirlo así, reemplazando poco a poco sus brutales instintos con instintos benéficos”.

***Exposición del Presidente Rafael
Núñez al Colegio Constituyente***

“Nosotros siempre hemos estado aquí. No vinimos de ningún lado, no atravesamos ningún mar. Síra nos puso aquí y aquí es donde queremos morir”.

Audiencia U'wa por la vida

Precisiones metodológicas

Sí bien es cierto la Constitución de 1991, definió como principio fundamental de nuestra organización social y jurídica que “*el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana*”¹, necesario es recordar que dicha caracterización del sistema político, estuvo antecedida de un proceso ideológico y cultural liderado por las comunidades indígenas en pro de alcanzar su “*visibilización*” institucional, toda vez que en el marco normativo prohijado por la Constitución de 1886 no se establecía ninguna referencia jurídica que reconociera el carácter pluriétnico y pluricultural de la sociedad, pues se establecía un modelo único de la cosmovisión reinante.

Tanto era así que la Ley 89 de 1890 vino a establecer “*la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada*” y en el artículo 1º, se precisó que “*La legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose á la vida civilizada por medio de Misiones. En consecuencia, el Gobierno, de acuerdo con la Autoridad eclesiástica, determinará la manera como esas incipientes sociedades deban ser gobernadas*”², y prescribía –en el artículo 40– que en materia de negociación de bienes de la comunidad, los indígenas son “*asimilados por la presente Ley a la condición de los menores de edad*”, previsiones estas últimas, que siempre se explicaron en función de la necesidad de ser “*civilizados*” y “*protegidos*”³.

1 Artículo 7 de la Constitución Política. En efecto, la Constitución de 1991, como resultado de un proceso participativo y pluralista, estableció el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación (art. 7). Este principio es desarrollado en el artículo 70, que reconoce la igualdad y dignidad de todas las culturas que viven en el país, en el art. 10, que consagra la oficialidad de las lenguas y dialectos de los grupos étnicos en sus propios territorios, en los artículos 171 y 176 (supra), que permiten a las comunidades indígenas participar en el Senado y en la Cámara de Representantes. Adicionalmente, el artículo 286 establece que los territorios de las comunidades indígenas se consideran entidades territoriales, con autonomía administrativa y presupuestal, y les otorga la capacidad para ser representadas judicial y extrajudicialmente (art. 287 supra). Así mismo se crean jurisdicciones especiales, mediante las cuales se autoriza a las comunidades indígenas para aplicar justicia dentro de su territorio, de conformidad con sus normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a la ley (art. 246).

2 Norma declarada inconstitucional por la Corte Constitucional con la sentencia C-139/96.

3 La citada postura se refuerza con lo sostenido por Cristina Rojas, cuando afirma “la civilización no se extendió exclusivamente con métodos violentos, sino también mediante el constructo ideológico de lo que Mary Louise Pratt denomina “consciencia planetaria”, significados a escala global con los que el planeta es ordenado según una perspectiva europea “unificado”. Una vez en contacto con las realidades locales, los significados globales son transformados y adoptados a proyectos nacionales de dominación por parte de las élites locales. También sin impugnados por los grupos subordinados. Como resultado de esta lucha surgen nuevos significados o los viejos aparecen bajo nuevas formas”. ROJAS, Cristina. *Civilización y Violencia. La búsqueda de la identidad en la Colombia del Siglo XIX*. Editorial Norma. Bogotá. 2001. Pág. 17.

No obstante el marcado racismo de Estado⁴ fijado en la regulación legal anotada, en sus disposiciones se consagraba que “*las faltas que cometieren los indígenas contra la moral, serán castigadas por el Gobernador del Cabildo respectivo con penas correccionales que no excedan de uno o dos días de arresto*”, por tanto, a partir, de la dialéctica entre la exclusión social de las comunidades indígenas y la autonomía cultural que reclamaban, comenzó a gestarse el proceso político que terminó con la expedición de la Constitución de 1991, acontecimiento en el cual se dio cabida al reconocimiento de las particularidades propias de la sociedad colombiana, aceptando la existencia de una fragmentación cultural y, por dicho conducto, buscar la institucionalización de un modelo de Estado ajustado a las realidades concretas de nuestra estructura social en el cual se superaran las ficciones universalizantes y abstractas propias de un proyecto de modernidad postfechado.

A efecto de analizar el tema propuesto, dividiré su presentación en tres partes en la primera de ellas, se abordaran los presupuestos filosóficos y políticos que soportaban un modelo de Estado excluyente de los derechos de las comunidades indígenas y en ella se tratará de identificar, de manera somera, las razones de su crisis; como segundo tópico, se relaciona el marco conceptual desde el cual se fundan los derechos de las comunidades indígenas, para finalizar con la presentación del “estado de la decisión” en la jurisprudencia del Consejo de Estado en el tema del reconocimiento de perjuicios a las comunidades indígenas.

4 Aceptando, en gracia de discusión, que el proyecto político de la “*Regeneración*” sea una expresión institucional de nuestra nativa y particular “*modernidad*”, debe aceptarse que esta forma de “*racismo estatal*” se encuentra ligado a una tecnología del poder, aquello que Foucault denominó con la categoría de “*biopoder*”, postura en la cual el racismo no aparece como un dispositivo de la “*lucha de clases*”, conforme al análisis planteado por la ortodoxia propia de la metodología marxiana, sino como una estrategia global del Estado que la sociedad ejerce sobre sí misma en términos de purificación permanente del imaginario colectivo y normalización social en pro de la consolidación de una soberanía estatal homogénea articulada a partir de valores unificados que desaparecen la individualidad y particularidad de los procesos políticos desplegados en la sociedad. Cfr. FOUCAULT, Michel. *Defender la sociedad*. Fondo de la Cultura Económica. Argentina. 2001. Pag.44 y del mismo autor *Historia de la Sexualidad. La voluntad de Saber*. Siglo XXI Editores. México. 1998. Pag. 164.

Presupuestos filosóficos y políticos para la existencia de un sistema jurídico que excluye a los pueblos indígenas de la idea de orden social. -Razones de su crisis

La Constitución Nacional de 1886 figura dentro del imaginario jurídico/cultural colombiano como un *mito fundacional*⁵, pues a dicho acontecimiento se le adjudica la posibilidad de modificar sustancialmente la realidad política mediante la negación de un pasado calificado como “catastrófico” y en el que la “*Regeneración*” se convirtió en una estrategia política orientada a la construcción de un Estado-Nación, práctica donde esta categoría forma parte de una precisa *ideología* del aparato estatal⁶ que soporta las condiciones de *gubernamentalidad*⁷ social.

El contexto frente al cual se desplegó la “*Regeneración*”, se orientó a superar el *Radicalismo Liberal*⁸ donde la organización política se basó en el federalismo⁹ y fue de cara a tal *poliarquía* –en sentido hegeliano¹⁰– que el proyecto de centralización político, pretendió edificar las bases para alcanzar

5 Afirma Tirado Mejía “*el mito sirve así para justificar una práctica que se valida a posteriori, en forma deductiva, son postulados reales o supuestos, emanados de los fundadores de la “nacionalidad”, de la patria y por tanto válidos porque proceden de éstos y se confunden con aquella*”. Cfr. TIRADO MEJÍA, Álvaro. *Colombia: Siglo y Medio de Bipartidismo* en Mario Arrubla. *Colombia hoy*. Siglo XXI Editores. Bogotá. 1978. Pag. 102.

6 La teoría política acepta que “*la nación es la ideología de un cierto tipo de Estado, ya que es precisamente el estado la entidad a la cual se dirige el sentimiento de fidelidad que la idea de nación suscita y mantiene la función de la idea de nación es la de crear y mantener un comportamiento de fidelidad de los ciudadanos hacia el Estado de un vínculo natural, profundo que inviste incluso la esfera más íntima de la personalidad de los individuos que por ello están unidos, tanto que justifica la elaboración de un ritual y de una simbología seudoreligiosas*”. BOBBIO, Norberto, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino. *Diccionario de Política*. Siglo XXI Editores. Tomo L-Z. Argentina. 1983. Pag. 1025.

7 El concepto de *gubernamentalidad* se utiliza en sentido foucaultiano en cuanto se pregunta por las *condiciones político/concretas* que permiten la emergencia histórica de un conjunto de prácticas, racionalidades y tecnologías de gobierno e igualmente exige identificar la manera en que esa multiplicidad de operaciones, se centraliza en solo aparato de síntesis formado por el Estado Moderno, es decir se trata de una *genealogía* de los *procedimientos de estatalización*, sin que ello implique defender posturas pacifistas propias de los *neo-contractualismos* en boga. Cfr. FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Población y Territorio*. Fondo de la Cultura Económica. Argentina. 2006.

8 Para una revisión integral de la filosofía que impregnó al movimiento radical Cfr. SIERRA MEJÍA, Rubén (ed). *El radicalismo colombiano del Siglo XIX*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2006.

9 Cfr. SAA VELASCO, Ernesto. *Teoría Constitucional Colombiana*. Contraloría General de la República. Bogotá. s.f.e. Pag. 37.

10 Cfr. HEGEL, Jorge Guillermo Federico. *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*. Tomo II. Revista de Occidente. Madrid. 1953. Pag. 345.

la concentración del poder político en un único aparato estatal¹¹, toda vez que permitir el fraccionamiento en el sistema de fuentes de producción del derecho, se había convertido en una situación calificada como catastrófica a la cual debía ponerse remedio a través de la estrategia normativo/política que ha dado estabilidad al régimen a través de la historia nacional, cual es proponer una reforma constitucional¹². Así las cosas, la Carta de 1886 no escapa a la caracterización de ser una pacto convencional con más eficacia simbólica¹³ que realidades prácticas, pues de tal manera se reviste al derecho de particularidades mágicas¹⁴ para cambiar desde la ilusión del texto normativo, prácticas políticas incrustadas en las más recónditas singularidades de nuestra cultura nacional.

El movimiento regeneracional fue consciente de que la sociedad colombiana y su realidad política, se encontraban fragmentadas como producto de la estructura geográfica del territorio patrio, toda vez que *“las tres cadenas han sido formidables barreras para la comunicación de las regiones colombianas y del interior del país con el mundo exterior”*.

Por tal condición y a diferencia de otros países de la región, se ha dicho que *“Colombia no ha tenido ninguna característica topográfica de tipo centralizada. Históricamente Bogotá ha dominado el terreno político, enfrentando desafíos y teniendo que compartir el poder económico con rivales importantes de otras regiones. Las realidades geográficas impidieron la emergencia de una*

11 Cfr. WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. Fondo de la Cultura Económica. México. 1997. Igualmente un desarrollo de la idea de *“monopolio de la producción jurídica”* se encuentra ELIAS, Norbert. *El proceso de la civilización*. Fondo de la Cultura Económica. Pag. 333. A manera de juicio comparativo a efecto de establecer las diferencias con sistemas jurídicos donde existe concentración estatal en la resolución de conflictos Cfr. GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Marcial Pons. Madrid. 1996.

12 Afirma VALENCIA VILLA que *“puesto que el proceso de construcción del Estado Nacional ha sido la realidad central en la historia constitucional de Colombia y el republicanism, el centralismo, el presidencialismo, el confesionalismo y el otorgamiento de libertades públicas limitadas han operado como las constantes estructurales del régimen a través de la sucesión de textos fundamentales, cabe afirmar que el reformismo constitucional es un dispositivo ideológico enderezado a prevenir el cambio social y producir el consenso político”*. VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de Batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Universidad Nacional de Colombia. CEREC. Bogotá. 1987. Pag.43.

13 Cfr. GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *La eficacia simbólica del derecho. Exámenes de situaciones colombianas*. Ediciones Uniandes. Bogotá. 1993. Pag.130.

14 Para FITZPATRICK, pese a que el derecho moderno enarbola una pretensión de *“racionalidad”* ello no pasa de ser una mera aspiración, pues la funcionalidad de todo sistema jurídico se basa en una concepción mitológica de sus fundamentos, tal como se ha demostrado con el concepto, funcional pero irreal, de *“norma hipotética fundamental”* dentro del esquema propio del kelsenianismo. Cfr. FITZPATRICK, Peter. *La mitología del derecho moderno*. Siglo XXI Editores. México. 1998. En igual sentido Cfr. SUPLOT, Alain. *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*. Siglo XXI Editores. Argentina. 2007.

ciudad y una región dominantes”, segmentación que imposibilitó –igualmente- la creación de un mercado nacional, tanto que la división propició una *integración económica vertical* que “*permitió diversificar la dieta sin recurrir al comercio de larga distancia*”¹⁵; es decir, Colombia no ha contado con la posibilidad real de crear una economía nacional que integrara horizontalmente su dinámica territorial, tanto así que las denominadas “*fronteras abiertas*” se han convertido en una condición que oxigena la violencia y en un factor que impide la construcción de patrones estables de gubernamentalidad¹⁶.

No obstante lo anterior, la coyuntura política de finales del Siglo XIX, permitió cimentar las bases de lo que sería un Estado centralizado, por cuanto a través de la bonanza cafetera que se presentó para la época, Colombia internacionalizó sus relaciones económicas “*cuando el consumo [del café] se popularizaba en Europa y Estados Unidos, país que habría de convertirse en el principal consumidores mundial del grano*”¹⁷, por tanto fue dicho producto –pese al repunte del oro y de la plata- el que situó al país en el mapa económico internacional, siendo la primera vez en la historia nacional que se posee un bien con demanda real en el mercado mundial y fue por dicha razón que “*se amplió los mercados de la tierra y trabajo y a su alrededor emergió una maraña de obligaciones contractuales, laborales y comerciales*”¹⁸ por tanto los gobiernos locales, se vieron en la necesidad de mejorar los caminos y ampliarlos, presionando con ello la creación de un mercado nacional edificado sobre el monocultivo cafetero, pese al fracaso anticipado al cual asistieron

15 PALACIOS, Marco y Frank Safford. *Colombia. País fragmentado, Sociedad dividida*. Editorial Norma. Colección Vitral. Bogotá. 2002. Pags. 16 - 21.

16 Afirma GARCÍA VILLEGAS “*las dificultades del Estado colombiano “cómo la de muchos otros en América Latina- empiezan por su incapacidad para controlar el territorio nacional. Desde sus inicios, en la segunda década del Siglo XIX, el Estado Colombiano ha tenido grandes problemas para imponerse en todo el territorio ubicado dentro de las fronteras oficiales. A mediados del siglo XIX, según Agustín Codazzi, el 75% del territorio nacional estaba constituido por baldíos de la nación. Por la misma época Salvador Camacho (1890) en sus Notas de Viaje, estimaba que el Estado controlaba menos de la cuarta parte del territorio nacional”* es decir “*Colombia es más geografía que Estado*”, por tanto “*la territorialidad difusa hace imposible la soberanía del Estado sobre su territorio y es una garantía para que los intermediarios [del poder] operen en la frontera entre lo legal y lo ilegal según sus conveniencias el estado colombiano no sólo no ha conseguido controlar todas sus fronteras y monopolizar el uso legítimo de la violencia “con lo cual no ha podido evitar la guerra civil-, tampoco ha logrado aquello que Tilly denomina el dominio directo sobre los territorios y las poblaciones, es decir no ha conseguido eliminar a los intermediarios o al menos evitar sus desbordamientos y su autonomía en las localidades en donde ejercen poder”*”. GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y Javier Eduardo Revelo Rebolledo (Coeditores). *Mayorías sin democracia. Desequilibrios de poderes y Estado de Derecho en Colombia. 2002-2009*. Colección Dejusticia. Bogotá. 2009. Pags. 23 a 25.

17 Cfr. PALACIOS, Marco. *Entre la legitimidad y la violencia. Colombia 1875-1994*. Editorial Norma. Bogotá. 1995. Pag.31.

18 Ibidem. Pag. 33.

todos los gobiernos en la construcción de una red ferroviaria que articulara los diferentes puntos de comercio local, siguió siendo el Río Magdalena el sistema de comunicación fluvial que permitió la articulación rudimentaria de la “Nación” en sentido sur-norte.

El déficit fiscal del Estado ante la inexistencia de un sistema tributario unificado¹⁹ y la necesidad de colocar el grano de café en los puertos para su exportación²⁰, soportaron la creación de un Estado-Nación y fue por ello que la “*la regeneración integró principios de liberalismo económico, intervencionismo borbónico, antimodernismo del corte del papa Pío IX y un nacionalismo cultural hispanófilo. El liberalismo económico se expresó en apertura al capital extranjero, fomento a la minería y a los ferrocarriles y redistribución de baldíos para la agricultura exportadora. Neoborbonismo en aumento de la fiscalidad, modernización del ejército, creación del banco central con monopolio de emisión y paternalismo frente a los artesanos. En 1886 fue proclamada una nueva constitución que recibió una fuerte influencia de la Restauración Española y su Constitución de 1876*”.²¹

Así las cosas, en cuanto hace relación a la caracterización ideológica del proyecto político regeneracionista, ha de decirse que se ha tildado de *conservador*, toda vez que “*es una restauración. No es una creación sino una reacción. Es un movimiento puramente reaccionario enderezado no sólo a dismantelar el Estado Federal y su constitución radical sino también a restaurar la estructura original del régimen construido por Bolívar: el edificio del centralismo, el presidencialismo, la religión oficial, el proteccionismo económico y el autoritarismo en materia de libertades públicas*”²².

19 “*Dentro del espíritu de la nueva Constitución, en 1886 se implementó la centralización de las rentas estatales y el consecuente mayor control del Gobierno Central sobre el gasto público. Dentro de los ingresos centralizados, las transferencias incluyeron los impuestos de degüello, timbre nacional y papel sellado. De otro lado, se transferían al Gobierno Central obligaciones fundamentales de gasto como el ejército y la fuerza pública, educación, justicia y altos ejecutivos departamentales, con lo cual se cumplía un objetivo central del control político a través del manejo económico, lo que constituía un de los objetivos básicos de la nueva Constitución*”. Cfr. JUNGUITO, Roberto. *Las finanzas públicas en el Siglo XIX en Economía Colombiana del Siglo XIX*. MEISEL ROCA, Adolfo y María Teresa Ramírez (Editores). Fondo de la Cultura Económica. Banco de la República de Colombia. Bogotá. 2010. Pag. 93.

20 Cfr. PALACIOS, Marco. *El Café en Colombia. 1850-1970. Una historia económica, social y política*. El Colegio de México. El Áncora editores. México. 1983.

21 PALACIOS, Marco. *Entre la legitimidad y la violencia*. Ob. Cit. Pag. 47.

22 VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de Batalla*. Ob. Cit. Pag. 141. La ideología conservadora del proyecto regeneracionista quedó plasmada en un historiador de la época como lo es José María Samper. Cfr. *Derecho Público Interno de Colombia*. Biblioteca Popular de Cultura Colombiana. Bogotá. 1951. Pags. 355 a 375.

Tal como se anotó en el epígrafe del presente escrito, el *principio de autoridad* fue uno de los elementos centrales sobre los cuales se fincó el proyecto *regenerador* y al ser introducido éste al interior del aparato del Estado, se expresa formal y materialmente en el fortalecimiento del dispositivo represor²³, por lo que la Constitución Nacional de 1886 implicó un recorte sustancial a la práctica de libertades públicas consagradas en la Constitución de 1863, pese a lo cual “*la Constitución no consiguió fortalecer el Estado Nacional frente al regionalismo y localismo, pero si reforzó la posición del Presidente de la República, frente al Congreso, promovió el poder temporal de la Iglesia y facilitó casi medio siglo de gobiernos conservadores de los variados matices y orientaciones*”²⁴.

En suma, con la finalidad de crear un Estado-Nación *regeneracionista*, se definió un arsenal de estrategias –culturales– a efecto de consolidar la unidad centralizadora, siendo estas: la lengua²⁵, la religión²⁶ y el monopolio en la producción del derecho de las cuales ésta última, ofrece mayor funcionalidad operativa a efecto de materializar el uso represivo del poder²⁷, sin que dicha particularidad sea una novedad al interior del diseño constitucional

23 Cfr. MOLINA, Gerardo. *Las ideas liberales en Colombia 1849-1914*. Tomo I. Ediciones Tercer Mundo. Bogotá. 1987. Pag. 137.

24 PALACIOS, Marco. *Entre la legitimidad y la violencia*. Ob. Cit. Pag. 48.

25 Con referencia a éste tópico basta recordar la expedición de la Ley 89 de 1890 “*Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada*” ARTICULO 1o. *La legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de Misiones. En consecuencia, el Gobierno, de acuerdo con la Autoridad eclesiástica, determinará la manera como esas incipientes sociedades deban ser gobernadas*”.

26 Afirma JARAMILLO URIBE que “*una de las ideas más arraigadas en el pensamiento político de Núñez fue su convicción sobre la importancia de las creencias religiosas como elemento cohesivo y conservador en la vida de los pueblos, particularmente en los pueblos de ascendencia española. Por otra parte su admiración por la institución del papado y por la experiencia política acumulada por la Iglesia en muchos siglos de historia, le llevaban a concluir que cualquier tarea política o social del Estado moderno no podía realizarse contrariando los sentimientos religiosos de la población y sin la colaboración de la Iglesia Católica*”. JARAMILLO URIBE, Jaime. *El pensamiento colombiano en el Siglo XIX*. Editorial Temis. Bogotá. 1982. Pag. 269. Afirma OTS CAPDEQUI “*la conversión de los indios a la fe de Cristo y la defensa de la religión católica en estos territorios, fue una de las preocupaciones primordiales en la política colonizadora de los monarcas españoles. Esta actitud se reflejó, ampliamente, en las llamadas Leyes de Indias. En buena parte fueron dictadas estas Leyes, más que por juristas y hombres de gobierno, por moralista y teólogos. Se acusa en ellas, sobre todo al abordar el difícil problema del indio, un tono de plausible elevación moral; pero se desconocen al propio tiempo, o se tratan de soslayar, ineludibles imperativos económicos y sociales*”. OTS CAPDEQUI, José María. *El Estado Español en las Indias*. El Colegio de México. México. 1941. Pag. 13.

27 Cfr. GARCÍA ARBOLEDA, Juan Felipe. *Regeneración o Catástrofe. Derecho penal mesiánico durante el Siglo XIX en Colombia*. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá. 2009.

adoptado en la Carta de 1886, más cuando la teoría política acepta la relación –constitutiva– entre el *poder político* y el *derecho* en la instrumentalidad del Estado Moderno, toda vez que dicha implicación apareja la distinción/ semejanza entre *legalidad* y *legitimidad*²⁸.

En otras palabras, el proyecto de la *Regeneración* construido a partir del derecho, se basó en institucionalizar dispositivos constitucionales a partir de los cuales se pretendió unificar en el nivel central del Estado, tanto la *producción*, como la *interpretación judicial* de las normas legales, negando –simbólicamente– por dicha vía, la fragmentación jurídica presente en el estado federal que la antecedió, creando así las condiciones jurídicas para la existencia de un *monopolio* en la creación y aplicación del derecho radicado en el Estado central, con la pretensión de consolidar una nueva economía a partir de las prácticas jurídicas, pues como lo sostiene BOURDIEU

“[...] en el campo jurídico se desarrolla una lucha por el monopolio del derecho a decir el derecho, es decir, por establecer cuál es la buena distribución (nomos) o el buen orden. Lucha en la que se enfrentan agentes investidos de una competencia inseparablemente social y técnica, consistente en lo esencial en la capacidad socialmente reconocida de interpretar (de manera más o menos autorizada) un cuerpo de textos que consagran una visión legítima, recta, del mundo social”²⁹

Ello explica que la estructura orgánica y los procedimientos judiciales establecidos por el proyecto *Regenerador*, crearon nuevas prácticas jurídico/judiciales que demandaron la identificación de noveles límites al campo jurídico, todo a partir de la adopción –formal– de un Estado central que pretende monopolizar la producción y adjudicación del derecho en un territorio caracterizado históricamente por la fragmentación y una sociedad caracterizada por la división de clases y la multiculturalidad, así como por la exclusión³⁰ de diferentes actores políticos.

28 Cfr. BOBBIO, Norberto y Michelangelo Bovero. *Origen y fundamentos del Poder Político*. Enlace Grijalbo. México. 1984. Afirma el profesor italiano *“Entre legitimidad y legalidad existe la siguiente diferencia: la legitimidad se refiere al título del poder, la legalidad al ejercicio. Cuando se exige que el poder sea legítimo se pide que quien lo detenta tenga el derecho de tenerlo (no sea un usurpador). Cuando se hace referencia a la legalidad del poder, se pide que quien lo detenta lo ejerza no con base en su propio capricho, sino de conformidad con reglas establecidas (no sea un tirano)*. Pag. 30. Cfr. BOBBIO, Norberto. *Teoría General de la Política*. Editorial Trotta. Madrid. 2003. Pag. 237.

29 BOURDIEU, Pierre. *La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico*. Ediciones Uniandes. Instituto Pensar. Siglo del Hombre Editores. Bogotá. 2000. Pag. 160.

30 Cfr. ROJAS, Cristina. *Civilización y Barbarie. La búsqueda de la identidad en la Colombia del Siglo XIX*. Editorial Norma. Bogotá. 2001. E igualmente MÚNERA, Alfonso. *Fronteras Imaginadas*.

Así las cosas, la Constitución Nacional de 1886, explicitó que “*la nación colombiana se reconstituye en forma de república unitaria*” (art. 1) , estableció que la “*religión católica, apostólica, romana es la de nación*” (art.38)³¹, producto de lo cual consagró que “*la educación pública será organizada y dirigida en concordancia con la Religión Católica*” (art.41) y a efecto de garantizar el monopolio de las armas, prescribió que “*sólo el Gobierno puede introducir, fabricar y poseer armas y municiones de guerra*” (art.48).

En este orden de ideas, la *Regeneración* pretendió crear un Estado moderno, pero sin el soporte de la *episteme* que caracteriza a la modernidad³². En palabras de VALENCIA VILLA, en nuestro contexto el diseño del aparato gubernamental se muestra más como problema que como proyecto, pues la consolidación de un modelo democrático apareja la existencia de un sujeto político, elemento ausente de nuestra realidad social y jurídica, de ahí que la ingeniería constitucional patria se pueda caracterizar como un proceso de modernización en el modernismo, pero sin modernidad, esto es, la pretendida forma de organización política institucional ha trasplantado modelos foráneos, sin que existan los soportes culturales y sociales que lo apoyen, por lo que las reformas constitucionales terminan actuando en el nivel epidérmico de la realidad política receptora, pero la realidad social en

La construcción de las razas y de la geografía en el Siglo XIX colombiano. Editorial Planeta. Bogotá. 2005.

31 Cfr. BIDEGARIN, Ana María (directora). *Historia del Cristianismo en Colombia. Corrientes y diversidad*. Editorial Taurus. Bogotá. 2004.

32 La dialéctica entre “*moderno*” y “*modernidad*” implica reparar en la relación entre el derecho y el tiempo, siendo estas dos categorías que no se relacionan de manera pasiva, pues ambas tratan, de alguna manera, de subordinar a la otra, de someterla a su lógica propia, por tanto la historia de las vinculaciones entre derecho y tiempo se encuentra formada por repetidos intentos de captura recíprocas, así lo sostiene DE TRAZEGNIES GRANDA “*el derecho intenta aprisionar el tiempo, insertándolo dentro de un orden formal que establece los criterios de las periodicidades. Niega al tiempo su papel de patrón de los ritmos y de las medidas y trata de obligarlo a regirse por las rutinas y secuencias del orden jurídico pero el tiempo se resiste a estos encasillamientos, se resuelve dentro de los marcos que le impone el derecho, se evade por los intersticios del sistema y luego envuelve al sistema mismo, modelándolo y adaptándolo a una lógica diferente: el tiempo, hecho cultura, impregna la aplicación del Derecho y lo va transformando tanto desde fuera como desde dentro*”. Para este mismo autor existen diferencias entre los conceptos de *modernización*, *modernidad* y *modernismo*. Por *modernización* entiende “*el cambio social que se supone conduce hacia las nuevas formas sociales que imperarán permanentemente en el futuro, cualquiera sea el contenido de esas formas, cualquiera que sea el diseño de la nueva sociedad*”, por su parte por *modernidad* propone “*una forma concreta de sociedad, que corresponde a la que la tradición occidental ha vivido y desarrollado en los últimos tres siglos*” y finalmente por *modernismo* entiende “*el aspecto más superficial de la modernización, la adopción de categorías modernas o de patrones de consumo o estilos modernos más como una moda que como un cambio estructural. Es por ello que el modernismo tiene inevitablemente algo de imitativo, algo de extranjero, un cierto sabor a plagio*”. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Derecho y Postmodernidad*. Editorial Temis. Bogotá. 1993. Pags 5 a 7.

la cual intervienen las instituciones, no es una facticidad que se encuentre por fuera de ellas mismas³³, por lo que puede plantearse que las instituciones tienen, en principio, una capacidad de incidencia en la sociedad, pero esa capacidad para producir cambios está condicionada –en una relación de recíproca dependencia- por la existencia de estructuras profundas de tipo cultural, político o económico, por tanto el éxito en la consecución de propósitos no depende solo del diseño, sino también de las condiciones fácticas, de tipo social, político, económico en las cuales operan.³⁴

Como afirma GARCÍA VILLEGAS

“Colombia, como casi todos los países de América Latina, adoptó lo esencial de sus instituciones a principios del Siglo XIX, y lo hizo a partir de modelos provenientes de Europa y de los Estados Unidos. Pero quienes importaron esas instituciones lo hicieron con premura, forzados por la necesidad de construir una nación a partir de las ruinas del imperio colonial y bajo el presupuesto de que podían aborrase el proceso de maduración contextual que esas instituciones tuvieron en los países de origen”

Dicho trasplante se articuló a las características propias de la forma de organización colonial, sin que pudiera superarse los atavismos históricos³⁵ que la caracterizaban.

Ahora bien, si en este esquema existe un desfase histórico en el plano político y jurídico donde priman los modelos autoritarios por encima de los espacios democráticos, ni que hablar en el plano filosófico, pues el contacto de los modelos culturales nativos con la cosmovisión de occidente, fue, como lo sostiene CRUZ VÉLEZ, de “anormalidad” la cual se funda en “el rumbo que tomó España en el siglo XVII, al desviarse del camino que venía recorriendo con las otras naciones europeas” pues decidió aislarse y mantenerse “encerrada

33 A efecto de ilustrar el ejemplo GARCÍA VILLEGAS, afirma “por eso quizás, la metáfora de la planta (una planta sembrada en un terreno específico, en una latitud, con un clima) represente mejor la manera como las instituciones operan que la metáfora de, digamos, el taladro. El trasplante de un árbol es tan delicado como el de una institución; no basta con abonar el terreno. Si no se dan las condiciones similares a las que originalmente tenía el árbol, simplemente no crece o no produce los frutos esperados”. GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y otros. *Los Estado del País. Instituciones municipales y realidades locales*. Colección DeJusticia. Bogotá. 2011. Pag. 16.

34 Cfr. RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Alejandro Portes (coord.) *Las Instituciones en Colombia. Un análisis sociológico*. Universidad de los Andes. 2012.

35 Cfr. JARAMILLO URIBE, Jaime. *Estado, Administración y Vida Política en la sociedad colonial en Manual de Historia de Colombia*. Tomo I. Procultura S.A. 1982. Pag. 349. En dicha oportunidad el citado autor caracterizó la forma de administración colonial como centralista, reglamentarista, intervencionista, uniformista, casuística, burocrática y con concentración del poder. Cfr. OTS CAPDEQUI, José María. *Instituciones del Gobierno del Nuevo Reino de Granada durante el Siglo XVIII*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 1950.

*en sí misma detrás de los Pirineos, había decidido vivir de espaldas a la filosofía y a la ciencia que habían fundado Descartes y Galileo y en quijotesca oposición al espíritu de la modernidad, estaba empeñada en mantener viva en su territorio y en sus colonias una Edad Media que ya pertenecía al pasado*³⁶, circunstancia que explica en parte que en Colombia la experiencia de la *modernidad* se encuentre postergada, según la acertada caracterización que JARAMILLO VÉLEZ realizó de nuestro proceso político³⁷, sin que ello quiera decir que se vivieran como una copia vulgar de las experiencias centrales, pues existen rasgos que individualizan nuestra visión del mundo y desde los cuales se debieron desarrollar nuestras prácticas políticas, sociales y culturales, pues la “*sociedad civil universal*” de la que hablara KANT, en términos históricos y empíricos, no coincide con el conjunto de las prácticas políticas realizadas por los diferentes actores sociales que tienen intereses particulares desde los cuales articulan sus acciones colectivas.

En efecto, el simple “*sentido común*” histórico, impone reconocer las diferencias entre sociedades y culturas, de donde resulta claro que la experiencia de la “*modernidad*” tiene unos orígenes culturales concretos, una geografía que se articula con evoluciones precisas de la vida urbana, una infraestructura cultural que la hizo posible y unas condiciones sociales que fueron el elemento básico de su difusión, pero al mismo tiempo, ese mismo sentido histórico, nos plantea el problema general de la relaciones entre áreas culturales y la forma concreta de su recepción³⁸, esto es de las modalidades propias de los contextos sociales de *redefinición* y de las formas de negociación de acceso a la modernidad³⁹.

Bajo las anteriores precisiones, puede concluirse que el derecho producido bajo el imperio de la Constitución Nacional de 1886, se caracteriza por ser masculino heterosexual, proveniente de un sujeto racialmente con

36 CRUZ VÉLEZ, Danilo. *Tabula Rasa*. Editorial Planeta. Bogotá. 1991. Pag. 23.

37 Cfr. JARAMILLO VÉLEZ, Rubén. *Colombia: la modernidad postergada*. Temis. Bogotá. 1994.

38 Cfr. GUERRA, Francois-Xavier. *Modernidad e Independencias. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*. Fondo de la Cultura Económica. México. 2001. Afirma este autor “*la modernidad es ante todo la “invención” del individuo. El individuo concreto, “agente empírico, presente en toda la sociedad” va a convertirse ahora en el “sujeto normativo de las instituciones” y de los valores. A través de toda una serie de mutaciones que afectan progresivamente a los diferentes campos de la actividad humana, el individuo y los valores individualistas se fueron imponiendo. Progresivamente, el individuo va ocupando el centro de todo el sistema de referencias, remodelando, a pesar de la inercia social y de múltiples resistencias, los valores, el imaginario, las instituciones*”. Pag. 85. Cfr. LYNCH, John. *Las revoluciones hispanoamericanas. 1808-1826*. Ariel Historia. Barcelona. 1976.

39 Cfr. SANTOS, Boaventura de Sousa. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Universidad Nacional de Colombia. ILSA. Bogotá. 1999. Pag. 72.

pretensiones de blanco católico y que se comunica a través del lenguaje español; por tanto, aquello que no se ajuste a dichos parámetros queda excluido, social y jurídicamente, al no contar con reconocimiento institucional. Por ello la crítica a esta forma monolítica de análisis jurídico es aquel que entra en crisis en la perspectiva multicultural y –en concreto– las comunidades indígenas no se vieron reconocidas dentro de sus categorías de operatividad, toda vez que sus rasgos y características no se ajustaban a ninguna de las concisiones que estructuran el llamado sistema jurídico occidental.

Hacia un modelo de derechos fundamentales para los pueblos indígenas

El problema de las teorías del derecho fundadas en el *multiculturalismo*, radica en el hecho que propicia la relación de culturas que no necesariamente se conocen, por lo que podría llegar a ser un dialogo desde las ausencias o de complicidades en la cohabitación de sectores sociales que se toleran, pero que no se comprenden.

En la actualidad se asiste a una crisis del Estado desarrollista⁴⁰ producida por la globalización⁴¹ que desestabilizó la unidad y coherencia de la idea espacio/tiempo nacional⁴² e igualmente propició la emergencia y visibilidad de espacios subnacionales con especificidades sociales y culturales muy arraigadas que otorgan identidad y parámetros de diferencialidad a los noveles actores políticos.

40 Cfr. ESCOBAR, Arturo. *La invención del Tercer Mundo. Construcción y Deconstrucción del Desarrollo*. Editorial Norma. Bogotá. 1996. Pag.51.

41 Cfr. BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización?. Falacias del globalismo. Respuestas a la globalización*. Editorial Paidós. Barcelona, 1998.

42 Sobre la relación de las categorías *espacio/tiempo* como eje articulador del Estado-Nación, Cfr. SANTOS, Boaventura de Sousa y Mauricio García Villegas. *Colombia. El revés del contrato social de la modernidad en El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Tomo I. Colciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra "CES-, Universidad de Los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores. Bogotá. 2001. En dicha obra sostienen los autores que "las comunidades indígenas proporcionan ejemplos extremos de esta desvaloración espacio-tiempo nacional. El conflicto reciente entre la compañía petrolera OXY con la comunidad indígena de los u'was es uno de estos ejemplos. Según la comunidad indígena el petróleo hace parte de la madre tierra, es sagrado, es su sangre, en consecuencia se oponen a su extracción y están dispuestos al suicidio colectivo si ello sucede. Este caso no solo plantea una conflicto entre lo local (comunidad indígena) y lo global (empresa multinacional), también plantea un conflicto entre dos temporalidades, dos duraciones: la lenta, casi glacial derivada de la visión del mundo de los u'was y otra acelerada, casi inmediata, determinada por las exigencias financieras globales del mercado petrolero, todo ello con la intermediación del tiempo-burocrático que no dispone de solución a semejante problema". Pag. 42.

En nuestro contexto el multiculturalismo corrió parejo con las movilizaciones sociales de las comunidades indígenas, pues sus reivindicaciones implicaron un cuestionamiento a los elementos definitorios del Estado, ya que el derecho de la autodeterminación y a la identidad cultural fue por ellas planteado en términos de un derecho colectivo, además que sus pretensiones políticas invitan a un replanteamiento de la organización territorial en la medida en que los “*derechos ancestrales*” estarían anclados en un territorio específico, sustraído, en aspectos esenciales de la intervención del Estado, lo cual implicaría el reconocimiento de instituciones y órdenes jurídicos totalmente ajenas al derecho vigente, así como las lógicas propias del Estado-nación, de donde aparece el multiculturalismo como una amenaza contra la integridad jurídico/institucional y una frontera epistemológica que cuestiona los elementos definitorios de las tradicionales formas de organización jurídico/política.

Ahora bien, pese a reclamar los citados derechos, la antropología cultural sostiene que no puede hablarse de la existencia de indígenas puros, toda vez que “*los pueblos indígenas colombianos de hoy son una mezcla de tradición, adaptación, imposición y recreación*”⁴³, pues no puede negarse que a lo largo de su proceso histórico han permanecido en constante relación con el “*elemento blanco*” y es a partir del tal sincretismo que deben definirse las categorías del multiculturalismo que define la forma de nuestro Estado Social de Derecho, a lo cual se suma que cada una de las etnias existentes en Colombia ofrece particularidades que la individualizan y desde ahí emergen problemas y prácticas diferentes que no se pueden articular a la luz de categorías universales, de ahí la crisis de patrones de interpretación totalizantes como el marxismo o el liberalismo que no dieron cabida en sus discursos a las singularidades propias de cada una de las comunidades étnicas.

En la Constitución de 1991, el reconocimiento del multiculturalismo apareja los siguientes desafíos: (i).- El modelo *estándar* de Estado de Derecho adoptado en la Carta Política, no garantiza una oferta institucional que se adecúe a los modelos tradicionales de resolución de conflictos utilizados por las comunidades indígenas, pues esta corresponde a los diseños propios de la cultura occidental; (ii).- Los territorios indígenas se ven afectados por la realización de megaproyectos que afectan la identidad de sus patrones culturales y por tanto se hace necesario ponderar la dialéctica que se presenta en modelos de desarrollo y derechos de los pueblos indígenas; (iii).- Resulta

43 SANCHÉZ, Beatriz Eugenia. *El reto del multiculturalismo jurídico. La Justicia de la Sociedad Mayor y la Justicia Indígena en el Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Tomo II. Ob. Cit. Pag. 7.

compleja la aplicación de criterios de manejo del orden público en el interior de los territorios indígenas, cuando las comunidades han declarado la neutralidad frente al conflicto.

En efecto, tal y como se sostuvo en precedencia, el liberalismo, entendido como sistema político fundado en la existencia de un contrato que legitima el monopolio de la fuerza en manos del Estado –conforme a la clásica definición weberiana- apareja la existencia de una comunidad homogénea dotada de una “*verdadera naturaleza universal*” e igualmente una sola concepción de racionalidad, paradigma que entró en perfecta crisis, por cuanto la antropología demostró la existencia de comunidades humanas con racionalidades diferentes a la occidental circunstancia que impone aceptar que se está ante una proliferación de modelos epistemológicos para entender y relacionarse con el mundo que implica un cuestionamiento a los pilares de la modernidad⁴⁴, de donde las categorías de sujeto, principio de igualdad y el interés general, han debido ser reformulados para atender las exigencias de la relatividad cultural. Para los efectos del presente trabajo vale indicar que el “*concepto de sujeto, se ha ampliado para dar cabida a nuevos actores sociales, ya no individuales sino colectivos, tales como los pueblos indígenas*”, toda vez que “*la lucha de las comunidades tradicionales por no desaparecer, por continuar existiendo como tales, implica el reconocimiento de derechos –de naturaleza fundamental- que se ubican en la cabeza de la colectividad como tal y no de sus individuos independientemente considerados*”⁴⁵.

En otras palabras, el reconocimiento de derechos a las comunidades indígenas y, en concreto, lo que versa con su autonomía, no implica sostener la separación del Estado del cual hacen parte, toda vez que su forma –la del Estado Colombiano– exige la unidad y sus relaciones se fundan en el principio de articulación⁴⁶, pero los criterios de autogobierno de tales comunidades llevan a replantear el monopolio en la producción del derecho que –en teoría– ostenta el Estado en las ficciones propias de los relatos contractualistas liberales.

44 Cfr. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Una epistemología del Sur*. Clacso Coediciones. Siglo XXI Editores. México. 2009.

45 SANCHEZ, Beatriz Eugenia. Ob. Cit. Pag.24.

46 En el artículo 8, numeral 2º de la Ley 21 de 1991, se establece el siguiente principio de coordinación “2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecer procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.

Sabido es que una de las fuentes formales de los derechos de los pueblos indígenas, es la Convención 169 de la OIT, documento integrado por Colombia al sistema jurídico interno con la expedición de la Ley 21 de 1991, hecho jurídico que debe notarse ocurrió antes de la entrada en vigencia la Carta Política del mismo año y en el cual se refrenda la articulación de las dinámicas jurídicas propias de las comunidades indígenas con aquellas prohijadas por la denominada “*sociedad mayor*”, de ahí que el debate llevado a cabo en el interior de la Asamblea Nacional Constituyente hubiera partido del vacío jurídico, como tampoco de la ausencia de dinámicas políticas desplegadas por las mismas comunidades indígenas.

Como se indicó con antelación, la crisis del modelo liberal en la concepción de Estado y la necesidad de replantear el fundamento mismo de los derechos fundamentales, toda vez que no se fundan en el concepto de individuo, exige tener en cuenta soportes jurídicos diferentes para adoptar decisiones en el tema de los derechos de los pueblos indígenas los cuales exigen que aquellas se orienten a potenciar y efectivizar las garantías de las cuales se encuentran revestidos, tal como lo prescribe el artículo 13 de la ley en cita donde se establece “*Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación*” y reafirma el artículo 14 cuando reconoce “*a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan*” que destaca la importancia que tiene la relación de la comunidad con el territorio que la misma Convención garantiza –en el numeral 5º del artículo 16- y en virtud de la cual “*Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento*”.

Además, debe tenerse en cuenta la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada en la 107ª Sesión Plenaria, realizada el 13 de septiembre de 2007, la cual parte de reconocer que las garantías de las comunidades nativas se fundan desde el reconocimiento de sus particularidades y singularidades, siendo este el punto de soporte desde el cual se prescribe “*la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones*

espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos”.

Nótese que de la citada proclama, se deduce que la Declaración soporta los derechos de las comunidades indígenas en el concepto de colectividad y no propiamente desde la categoría liberal de individuo, pues reconoce *“en particular el derecho de las familias y comunidades indígenas a seguir compartiendo la responsabilidad por la crianza, la formación, la educación y el bienestar de sus hijos, en consonancia con los derechos del niño”* y agrega *“que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos”*. Por tanto, cualquier interpretación de las garantías de los pueblos indígenas exige construir un modelo epistemológico a partir del cual desarrollar la hermenéutica que sea capaz de entender el significado de las particularidades que las singularizan.

En el artículo 5 de la citada declaración se establece que *“Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”* en el artículo 8 se exige a los Estados establecer mecanismos eficaces para la prevención y restablecimiento de *“Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica”* y se establece el derecho a la pertenencia a la comunidad, pues se prescribe –en el artículo 9– que *“Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate”* y para ello tienen el derecho –según las voces del artículo 11– de *“practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales”*, en donde viene a resultar que existen compromisos políticos para garantizar las particularidades, materiales y espirituales, de las comunidades indígenas.

Debe resaltarse el derecho consagrado en el artículo 25 de la Declaración en el cual se establece que *“Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras”* y en el artículo siguiente se prescribe:

Artículo 26

1. *Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.*
2. *Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.*
3. *Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.*

Más adelante se establece, la siguiente garantía:

Artículo 31

1. *Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.*
2. *Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos (s.f.t.).*

Artículo 32

(...)

3. *Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual (s.f.t.).*

Nótese que en la citada disposición, para referirse a occidente se habla de religiones, pero en cuanto hace relación a las comunidades indígenas,

se utiliza el calificativo de “*espiritual*”⁴⁷ a efecto de incluir dentro de dicho concepto la existencia de prácticas trascendentales no institucionalizadas⁴⁸, no obstante lo cual dichas ritualidades deben concebirse como formas immanentes ancladas con la historia e identificación de la comunidad y que, por tanto, se convierten en objeto de protección especial por parte del aparato estatal, tal como lo sostiene, la doctrina especializada en el tema cuando expresa:

*“Existen límites entre lo mágico y lo religioso, entre el shamanismo y el sistema shamánico o la religión en el sentido en que para estos sistemas la simple actividad de tratamiento de enfermedades del curandero deviene en una práctica en la cual el sistema, shamánico o religioso establece reglas de comportamiento, no solo espiritual, sino para la vida cotidiana. Es en el marco de la interiorización de la comunidad de la regla religiosa, en la cual las autoridades religiosas, se convierten en jueces del comportamiento de los fieles y pueden llegar a la toma de decisiones en conflictos particulares de estas comunidades”.*⁴⁹

Bajo esta premisa y frente al papel central que cumple la religión en la dinámica de los pueblos indígenas, debe concluirse que en ellos no existe una cosmovisión cartesiana⁵⁰ de la vida y, por tanto, la interpretación de sus patrones sociales de convivencia, exige —a los occidentales— considerarlos como “*el otro*” que cohabita en el mismo proyecto político de Estado-Nación, lo que implica que su existencia debe ser entendida bajo umbrales hermenéuticos de distinto orden, pues no pueden interpretarse sus prácticas

47 El origen griego del término, *pneuma*, significa soplo animador o “*lo que vivifica*”, por el cual “*dios obra sobre las cosas ordenándolas, vivificándolas y dirigiéndolas*”. ABBAGNANO, Nicola. *Diccionario de Filosofía*. Fondo de la Cultura Económica. México. 1995. Pag. 918. Cfr. VANZAGO, Luca. *Breve historia del alma*. Fondo de la Cultura Económica. Argentina. 2011.

48 Sostiene PERAFÁN SIMMONDS que “*entre los pueblos indígenas, solo a los mamos y mamas de las culturas de la Sierra Nevada es posible calificarlos como religión, por el carácter ecuménico de su escatología y su influencia en los destinos de la vida diaria de los kogi, ijka y sanká. A pesar de lo anterior, en el pacífico, los emberá, waunana y chamí y en la amazonía se encuentran verdaderos sistemas shamánicos en los cuales se regula una buena parte de los patrones de comportamiento de estas comunidades y a través de cuyas reglas y ritos los shamanes ejercen funciones jurisdiccionales*”. PERAFÁN SIMMONDS, Carlos César. *Sistemas Jurídicos Páez, Kogi, Wayúu y Tule*. Colcultura. Instituto Colombiano de Antropología. Bogotá. 1995. Pag.25.

49 *Ibidem*. Pag. 26.

50 Cfr. BERMAN, Morris. *El reencantamiento del mundo*. Cuatro Vientos Editorial. Chile. 1997. Afirma el citado autor “*la visión del mundo que predominó en Occidente hasta la víspera de la Revolución Científica fue la de un mundo encantado. Las rocas, los árboles, los ríos y las nubes eran contemplados como algo maravilloso y con vida, y los seres humanos se sentían a sus anchas en este ambiente. En breve el cosmos era un lugar de pertenencia, de correspondencia. Un miembro de estos cosmos participaba directamente en su drama, no era un observador alienado. Su destino personal estaba ligado al del cosmos y es esta relación la que daba significado a su vida*”. Pag.16.

a partir de patrones culturales estandarizados propios de la racionalidad instrumental de occidente.

Ahora bien, el marco normativo arriba indicado, así como los contextos políticos insinuados, han servido de soporte a la jurisprudencia para definir y desarrollar los derechos de los pueblos indígenas y es a partir de ellos que se procura, en estas líneas, identificar los ejes conceptuales en algunos pronunciamientos de la jurisdicción contenciosa administrativa donde se han reconocido perjuicios morales a la comunidad indígena solicitante por la muerte de alguno de sus comuneros.

La anterior reflexión parte del presupuesto que la Corte Constitucional, en línea constante de su precedente, reconoce a las comunidades indígenas como un sujeto colectivo autónomo, titular de derechos fundamentales, los cuales se radican y predicen del grupo dotado de singularidad propia⁵¹, sin importar las garantías de las cuales disfrutaban sus miembros individualmente considerados, tal como se consignó en la T-380/93 de la siguiente manera:

“Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (CP art. 88). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes”.

51 Cfr. Sentencia T-380/93, oportunidad en la cual se precisó “La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser “sujeto” de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a “la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (CP art. 1 y 7). La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (CP art. 1, 7 y 14)

Frente a este punto afirma MAGDALENA GÓMEZ, lo siguiente:

“Así partimos de la idea de que el reconocimiento a los pueblos indígenas, implica otorgarles un estatus de derecho público como entidades políticas con derechos colectivos diferentes a los que están destinados a ejercerse por los individuos, y de naturaleza difusa porque su titularidad no puede ser individualizada. Estos derechos tienen como fuente el principio de legalidad en la medida en que son formalizados en el orden jurídico y no entrañan violación al principio de igualdad, pues éste implica que a cada cual en igualdad de circunstancias reguladas por la ley, se aplique la misma norma. Así el principio de igualdad y de legalidad pueden muy bien expresar el derecho a la diferencia. (...)

Siendo así la situación jurídica respecto de los derechos individuales, abordaremos en seguida su dimensión colectiva. Es decir, la que se refiere a aquellos derechos cuyo reconocimiento y ejercicio es necesario para garantizar la existencia misma de los pueblos indígenas. Entre ellos el fundamental se refiere al territorio, entendido éste como el espacio donde los pueblos ejercen control político y pueden decidir de acuerdo a su cultura... Es a partir del derecho territorial que un pueblo puede ejercer el derecho a la propia cultura, a la posibilidad de mantener y desarrollar su relación con la naturaleza, sus expresiones artísticas, sus creencias, su historia misma, su versión de la historia. A través de las lenguas se expresa este sistema de conocimientos, valores, mitos y ritos propios... otro aspecto fundamental de los derechos colectivos de los pueblos indígenas es el relativo al ejercicio de formas propias de organización social y política. Estos pueblos tienen normatividad propia, formas internas de control social, sistema de cargos, mecanismos y procedimientos que en conjunto les han permitido mantener con mayor o menor fuerza la vida comunitaria”⁵².

Pero la referida premisa debe partir de reconocer que las comunidades indígenas, tienen una visión holística del universo, por tanto no puede entenderse la producción jurídica realizada en dichos espacios territoriales, sin conocer las particularidades culturales en las cuales se gesta y por tanto

52 GÓMEZ, Magdalena. *Derecho Indígena y Constitucionalidad* en KROTZ, Esteban (ed) *Antropología Jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. Anthropos. Universidad Autónoma Metropolitana. 2002. Pag. 268. En el mismo estudio afirma la citada autora que “es importante aclarar que los pueblos indígenas no son los únicos cuyos derechos tienen naturaleza difusa. Dentro de una nueva generación de derechos como el derecho a la paz, al medio ambiente sano o el relativo a los consumidores, encontramos que se trata de regular la protección de derechos de naturaleza difusa que atañen a colectividades pero cuyo ejercicio tiene implicaciones distintas a las de los pueblos”. Pag. 269.

corresponde al juez que decide un caso tener información plena sobre las particularidades de cada una de las comunidades indígenas que son analizadas, tal como *–p.e.–* lo realizó la Corte Constitucional en la sentencia T-523/97 a efecto de determinar la constitucionalidad del proceso aplicado a un miembro de la comunidad indígena páez quien era enjuiciado por el delito de homicidio, oportunidad en la cual dispuso una valoración pericial de una antropóloga y una etnolingüista a efecto de reconstruir la tradición oral bajo la cual se juzgaban los delitos en dicha comunidad y para estudiar la validez de la sanción impuesta consistente en el “*fuete*”⁵³.

Bajo las anteriores premisas, se presenta a continuación el análisis de algunas sentencias dictadas por la jurisdicción contenciosa administrativa en las cuales se estudia el tópico referido al reconocimiento de perjuicios morales a los miembros de una comunidad indígena.

Algunas reflexiones relacionadas con el reconocimiento de perjuicios morales a las comunidades indígenas

Tal como se indicó en precedencia, para el estudio de este punto se utiliza como marco de referencia conceptual, algunas decisiones judiciales que han abordado el tema propuesto como objeto de estudio, no sin antes reconocer que dicho tópico se ofrece, en la jurisprudencia del Consejo de Estado,

53 En la referida sentencia se precisó “*La sanción del fuete, impuesta al actor por la Asamblea General, muestra claramente una tensión entre dos tipos de pensamiento: el de la sociedad mayoritaria y el de la comunidad indígena páez. En el primero, se castiga porque se cometió un delito, en el segundo se castiga para restablecer el orden de la naturaleza y para disuadir a la comunidad de cometer faltas en el futuro. El primero rechaza las penas corporales por atentar contra la dignidad del hombre, el segundo las considera como un elemento purificador, necesario para que el mismo sujeto, a quien se le imputa la falta, se sienta liberado... El fuete consiste en la flagelación con “perrero de arriar ganado”, que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor entidad que el cepo, es una de las sanciones que más utilizan los paezes. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía. En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que “humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno”, porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paezes y cuyo fin no es exponer al individuo al “escarmiento” público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad. Al respecto, es significativo el hecho de que ninguno de los condenados, ni siquiera el propio demandante, cuestionara esta sanción”.*

como una variable de la discusión jurídica de reconocer indemnización de perjuicios morales a las personas jurídicas.

Uno de los primeros referentes contextuales a tener en cuenta, se encuentra en la sentencia dictada —el 20 de agosto de 1993— por la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro del radicado No. 7881, de la que fue ponente el Magistrado DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ donde aparece como demandado el Ministerio de Defensa Nacional, oportunidad en la cual el sacerdote GERARDO REMOLINA VARGAS, actuando en representación de la *COMPAÑIA DE JESUS* solicitó se dispusiera:

“1° Declárase administrativamente responsable a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa por los daños perjuicios ocasionados con la muerte del sacerdote jesuita Sergio Restrepo Jaramillo a la Compañía de Jesús, comunidad religiosa a la cual pertenecía, según hechos ocurridos el 1° de junio de 1992 en el Municipio de Tierralta - Córdoba.

“2° Condénase a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa a pagar a la “Compañía de Jesús”, la suma de mil gramos oro como indemnización por los daños morales ocasionados a esa comunidad con la muerte del sacerdote Sergio Restrepo Jaramillo. Para tal efecto, la liquidación del gramo de oro se hará al precio que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Los hechos que soportaron la indicada petición, se fundan en la muerte, a manos de paramilitares, de un Vicario Cooperador de la Parroquia de “San José” del Municipio de Tierralta, quien en su condición de sacerdote jesuita hacía parte de la comunidad demandante y, a efecto de soportar el reconocimiento de indemnización de perjuicio moral, argumentó:

“Con relación al daño moral alegado por la comunidad religiosa lo deduce del vínculo que existe entre los integrantes de la compañía de Jesús que considera “igual al que se establece con la existencia de vínculos de sangre en el seno de las familias”. Sostiene además que el daño moral no se limita exclusivamente al dolor natural por la pérdida de un ser querido. Concreta su petición de un reconocimiento equivalente a 1.000 gramos de oro “como indemnización de los daños morales a ella causada con el hecho, por el dolor o afección sufrida por la pérdida de su compañero de comunidad y labores, y los perjuicios causados al desempeño de la misión apostólica que la Compañía de Jesús tiene en la región” .

La citada petición fue atendida por el Tribunal de instancia y para arribar a tal determinación, razonó como sigue:

“Al referirse a los perjuicios morales reclamados por la comunidad religiosa denominada Compañía de Jesús, hace el Tribunal rápida relación sobre las personas jurídicas basado en conceptos y comentarios de los profesores Recasens y Wieses; anota algunos aportes de la declaración del Superior Provincial de la comunidad demandante en los cuales pretende acreditar que por el solo ingreso a la Compañía de Jesús la persona desde un principio entra a formar parte de una nueva familia, desde el primer día dependerá totalmente para sus gastos personales y formación de la Compañía.

Posteriormente el Jesuita hace una renuncia jurídica de todos sus bienes materiales, renuncia que el sacerdote Restrepo ya había cumplido. En otro aparte de esa declaración que se transcribe en el fallo apelado, manifiesta: nosotros afirmamos que entra a formar parte de nuestra familia la Compañía de Jesús... lo cual significa que él obedece más a la Compañía que a lazos familiares. Por su convivencia fraterna ponemos en común nuestras vidas y nuestros esfuerzos constituyéndonos en una familia en el sentido pleno de la palabra.

Con fundamento en lo anterior, concluye el a quo que cuando se asesina a uno de sus integrantes se infringe un daño moral inmenso a la persona jurídica de la que hacía parte... Es esa unidad espiritual y de horizontes de las entidades trascendentes de las que hablaba Houriou, analizadas desde el punto de vista sociológico, la que permite colegir que la Compañía de Jesús representa simbólicamente el dolor de los jesuitas colombianos por la muerte del sacerdote...por la gravedad de lo acontecido y por los lazos de hermandad que los une en la vida terrena y que trasciende en la prosperidad.

La citada decisión fue objeto de apelación bajo el argumento de no resultar lógico afirmar que una persona jurídica, pueda llegar a “sentir dolor” y al desatarse la misma, la declaración anotada, fue revocada por el Consejo de Estado, bajo las siguientes precisiones:

“En principio, estima la Sala que en el caso presente, la Compañía de Jesús como persona jurídica que es no tiene derecho a reclamar indemnización “por el dolor o afección sufrida por la pérdida de su compañero de comunidad y labores”, según lo expresa en las peticiones de la demanda. Se precisa lo anterior por cuanto no es unánime ni preciso el criterio doctrinario y jurisprudencial en torno de si las personas jurídicas son susceptibles de sufrir o no daño moral. De ahí la necesidad de que el juzgador al conocer esta clase de controversias relacionadas con los perjuicios mo-

rales de las personas jurídicas deba analizar cada caso en particular, especialmente en lo relacionado con la esencia y naturaleza del daño no patrimonial alegado”⁵⁴

Como resultado de lo anterior, en esa oportunidad el Consejo de Estado optó por una visión reducida que sostiene que el dolor no se puede predicar de las personas jurídicas, con lo que cerró el debate sustantivo propuesto por el demandante.

De otra parte, de cara al tema de reconocimiento de perjuicios morales a las comunidades indígenas, se encuentra la sentencia adiada el 22 de mayo de 1992 dictada dentro del radicado No. 6027, siendo ponente el Magistrado JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ, y en la cual se confirmó el fallo de instancia que declaró “*a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados a la Señora EUSTACIA CONCEPCIÓN URDANETA PANA y morales ocasionados a DIGNA ROSA, NATIVIDAD, MARÍA CONCEPCIÓN URDANETA PANA y a CONCEPCIÓN PANA IPUANA, con la muerte del señor FRANCISCO ANTONIO URDANETA PANA IPUANA, ocurrida en la ranchería KAITAMANA jurisdicción del Municipio de Uribia, Guajira*”⁵⁵.

54 En la referida sentencia se analizan las dos posiciones doctrinales, esto es una que reconoce y otra que niega la procedencia de perjuicios morales para las personas jurídicas y en esta oportunidad, el Consejo de Estado, opta por aquella que los niega, para lo cual argumenta que “*Frente a las concepciones doctrinarias anteriormente transcritas, más se acerca la Sala a las dos iniciales en el sentido de considerar que si bien por regla general la indemnización por perjuicios morales va acorde con la aflicción, la pena, el abatimiento y amargura sufridos por la persona como consecuencia del daño recibido, tal gama de sentimientos angustiosos es inherente al ser humano sensitivamente capaz de recibirlos, de tal forma que la persona jurídica incapacitada e inhabilitado por su propia naturaleza para experimentar tales sensaciones, queda exenta de pretender indemnizaciones de índole moral cuando la causa del daño como en el presente caso, es el fallecimiento de uno de los miembros adscritos de esa persona moral. Se ha considerado que la base del perjuicio moral subjetivo estriba en la aflicción, tristeza o angustia nacidas del amor, el afecto, la amistad que sienten los demandantes por la víctima, sentimientos que unidos al parentesco, en la mayoría de los casos, permiten presumir el dolor que la desaparición les causa y cuya compensación en dinero se procura*”.

55 Producto de la declaratoria de responsabilidad, se dispuso “2. - Como consecuencia condenase IN GENERE a la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA a pagar a la señora EUSTACIA BEATRIZ PANA IPUANA, con C.C. N° 27.027.067 de Uribia Guajira, los perjuicios materiales sufridos por los hechos precisados en ésta sentencia. La regulación se hará de conformidad con lo dispuesto en los arts. 172 del C.C.A y 308 del C.P.C. para lo cual seguirán las pautas indicada || 3. - CONDENASE a la Nación - Ministerio de Defensa - a pagar por concepto de indemnización de perjuicios morales, el equivalente a un mil gramos (1 000) de oro a favor de la señora EUSTACIA BEATRIZ PANA IPUANA, con C.C. N° 27.027.067 de Uribia, como madre del finado; y el equivalente a (500) gramos de oro para cada una de las hermanas DIGNA ROSA URDANETA PANA, C.C. 40.916.290 de Riohacha, MARIA CONCEPCION URDANETA PANA, C.C. N° 40.981.548 de Maicao, NATIVIDAD URDANETA PANA, C.C. No 40.912.604 de Riohacha y quinientos gramos oro (500) para la tía del finado CONCEPCION PANA IPUANA C.C. No 27.027.100 de Carrizal Guajira, certificados en la forma anotada || 4. - La suma de dinero que resulte de la liquidación de los perjuicios materiales causará intereses comerciales corrientes dentro de los seis (6) meses siguientes

Los presupuestos fácticos de la citada condena, radican en el suceso que miembros del Ejército Nacional, en desarrollo de misión oficial, protagonizaron y en medio del cual dieron muerte a una persona e hirieron a otra, ambas pertenecientes a la comunidad indígena *wayuu*. Concurrieron a solicitar el reconocimiento de perjuicios morales las dos esposas del padre del occiso aduciendo que el daño causado había generado un inmenso perjuicio a sus sentimientos.

En dicha oportunidad, la Sala analizó como problema jurídico a establecer cuál de las dos esposas del padre del occiso –circunstancia aceptada por los patrones culturales de la comunidad indígena a la cual pertenecía el demandante– tenía derecho al reconocimiento de indemnización por perjuicios morales y se redujo tal beneficio a la madre biológica del difunto. Tal conclusión se basó en el informe rendido por el Secretario de Asuntos Indígenas del Departamento de la Guajira, quien en dicha oportunidad consideró:

“Cohabitación con otras esposas:

Aunque el hombre es polilínico si sus mujeres no son del mismo apüshi no cohabitarán con ellas en una misma casa. Esto solo ocurre cuando ellas son hermanas, pues generalmente se asocia a las mujeres a un territorio fijo, establecido y al hombre a la movilidad.

Hombre fijo y único y mujer móvil y múltiple:

Es una de las oposiciones fundamentales de la cultura wayuú. Los hermanos maternos no conservan entre sí la reciprocidad solidaridad que guardan para sus parientes uterinos más lejanos. Usualmente un hombre puede tener otras esposas en lugares distantes entre sí y visitarlas periódicamente o dejarlas definitivamente, debilitando los lazos potenciales de reciprocidad de sus hijos. (fls. 303 a 305 C. 1).

En consonancia con lo anterior, si se tiene en cuenta que las dos esposas de MANUEL ANTONIO URDANETA padre del occiso, eran hermanas entre sí, es decir, pertenecían al mismo apüshi, parece lo más justo identificar a la madre como materialmente perjudicada con la muerte de su hijo.”

a la ejecutoria de la providencia que decida el incidente, y - sic - ahí en adelante, intereses moratorias. Igualmente, a la condena concreta de los perjuicios morales serán reconocidos y pagados los intereses señalados, que se contarán desde la fecha de esta sentencia”.

En efecto, en la providencia materia de análisis, sí bien es cierto se reconoce –teóricamente– la multiculturalidad del Estado Colombiano y a partir de tal rasgo estructural del modelo político constitucional, se aceptan las particularidades ancestrales de la comunidad indígena a la cual pertenecía el occiso, tales consideraciones no superan la visión tradicional que suministra occidente de la institución familiar, pues reduce el concepto de madre al hecho biológico de la procreación y descarta la construcción simbólica que de ella se pueda realizar en la cosmovisión indígena.

Otra decisión del Consejo de Estado referida al tema que aquí se trata, vino a ser la proferida el 24 de marzo de 2011 dentro del radicado No. 18.956 de la que fue ponente la Magistrada GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ, oportunidad en la cual se declaró administrativamente “*RESPONSABLE a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL, de los perjuicios morales causados a PABLO DUCUARA MURCIA, DIOSELINA LEYTON DE DUCUARA Y CLARA INÉS DUCUARA LEYTON, con ocasión de la muerte del señor MEDARDO DUCUARA LEYTON y las lesiones sufridas por la última de las nombradas*” y al desatar el recurso de apelación, además de confirmar la decisión de primer grado en torno a la responsabilidad de la entidad accionada, se modificó en el sentido de ordenar “*pagar a la comunidad indígena La Sortija la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales, por concepto de perjuicios morales, como consecuencia del homicidio del líder indígena Medardo Ducuara Leyton*”.

Los hechos que dieron origen a la presente condena, tienen que ver con “*la muerte del gobernador indígena Medardo Ducuara Leyton y las lesiones causadas a su hermana Clara Inés Ducuara Leyton, miembros de la comunidad indígena denominada “La Sortija”⁵⁶, quienes fueron agredidos con arma de dotación oficial, accionada por miembros de la Estación de Policía del Municipio de Ortega, Departamento del Tolima*” y, tal como se anotó en la misma sentencia, se condenó a la Nación a pagar perjuicios morales a los miembros de la comunidad indígena a la cual pertenecía el occiso.

Al revisar la estructura argumentativa de la citada providencia a efecto de reconocer los perjuicios morales a los integrantes de la comunidad, se encuentra que en ella aducen los siguientes razonamientos:

“De otra parte, el Tribunal Administrativo del Tolima negó el pago de perjuicios morales reclamados por la Comunidad Indígena “La Sortija”, por estimar que no se demostró en el plenario en qué consistían éstos, pero particularmente porque

56 Pertenece a la comunidad indígena de los coyaima.

dicho reconocimiento exige que se demuestre un grado de congoja o aflicción en la persona que lo sufre, lo cual sólo es posible tratándose de personas naturales, pero no de personas jurídicas, como es el caso de la citada comunidad.

En el sub lite, no hay duda de que la comunidad La Sortija resultó afectada con la muerte de su líder indígena, hecho que debió producir gran congoja y profundo dolor entre sus miembros, pues el hoy fallecido era el representante de la comunidad y gozaba de gran respeto y admiración. No debe perderse de vista que los grupos indígenas gozan de una especial protección por parte del Estado, particularmente por su grado de debilidad manifiesta y porque a lo largo de los años han sido víctimas de toda clase ultrajes, persecuciones, discriminaciones y desplazamientos, lo cual ha puesto en riesgo su estructura como grupo social.

La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser sujeto de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente constituye el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a “la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.”

Debe resaltarse que en el párrafo transcrito, se abordaron –somera-mente- algunos aspectos que permiten el avance de la jurisprudencia de la Sala en el tema, entre los que se encuentran: (i).- Se descarta la postura –excluyente- del criterio según el cual no había lugar a reconocer la posibilidad de existencia de perjuicios morales para las personas jurídicas y por tal razón adoptó una concepción jurídica que sí los acepta; (ii).- La muerte de un miembro de la comunidad indígena, puede producir “congoja” en sus integrantes, y para el caso concreto, deriva del liderazgo y representación que ejercía el occiso; (iii).- Los grupos indígenas gozan de especial protección del Estado debido a su alto grado de “debilidad manifiesta” lo cual ha generado ultrajes que ponen en riesgo la estructura social que los caracteriza; (iv).- La comunidad indígena es titular de derechos fundamentales autónomos, mismos que no son predicables de los individuos, singularmente, considerados, sino de toda la colectividad.

Con referencia a los indicados razonamientos, vale indicar que resulta propiamente limitante y corto en su intensidad el argumento utilizado para justificar el grado de “congoja” que afectó a la comunidad a la circunstancia de ser la víctima líder y representante legal de la esa comunidad.

Finalmente y con la pretensión de contextualizar el debate propuesto, pareciera pertinente hacer referencia a un caso fallado por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, con ponencia de quien esto escribe, instancia judicial que con la sentencia proferida el 17 de junio de 2009 dentro del radicado No. 2003008600, condenó a la Nación al pago de “*veinte (20) SMLMV a favor de la Comunidad Indígena de Calderas*”, por el *desequilibrio y afectación que ha sufrido como consecuencia del padecimiento de su comunero ALBERTO PAME MUSSE*”.

Los hechos que dieron origen a la anotada condena, tienen que ver con las lesiones físicas causadas al mencionado indígena, por un pelotón del Ejército Nacional, cuando se desplazaba, junto con sus dos hijas, a cumplir actividades propias de su trabajo agrícola, momento en el cual fue atacado con una ráfaga de arma de fuego uno de cuyos proyectiles impactó en su cadera, lo que le produjo una invalidez del 100%.

La variante interesante del caso, radica en que la Comunidad Indígena a la cual pertenecía el occiso, planteó como pretensión el reconocimiento de perjuicios morales a su favor, para lo cual se expuso como razón que justificaba su procedencia la existencia de profundas relaciones afectivas que se traban entre los miembros del resguardo y el respeto e interdependencia que surge entre los comuneros como producto de la convivencia.

A efecto de reconocer el punto planteado por la Comunidad Indígena, el Tribunal referido, con fundamento en la sentencia T-380/93, adujo en atención a la definición adoptada por la H. Corte Constitucional que “*la comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser sujeto de derechos fundamentales*”, siendo estos diferentes a los de sus miembros individualmente considerados, pues la aceptación constitucional de la existencia de diversas formas de vida, exige pensar que tales garantías “*se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias*”, derechos que conforme a lo dispuesto en la sentencia T-342/94 deben alcanzar protección efectiva por parte del Estado al ser consustanciales a la identidad que define los rasgos propios de cada comunidad indígena y en tal virtud se convierten en fin esencial del Estado Social de Derecho.

Con fundamento en lo anotado, concluyó el Tribunal, que “*la trasgresión a los derechos básicos de una comunidad trasciende la esfera de cada uno de sus miembros, así como la trasgresión a los derechos de uno de los miembros de la*

57 Pertenece a la comunidad indígena nasa.

comunidad tiene la potencialidad de afectarla” y enfatizó “que la pertenencia a una comunidad indígena se establece por el nacimiento de la persona y termina, salvo la renuncia voluntaria, por la muerte, por lo que el individuo vive en su conjunto de relaciones dadas por la comunidad, es decir, concibe su vida alrededor de su vínculo comunitario indígena” postura que reforzó con lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU-510/98 en cuanto hace relación a las particularidades de las formas de vida presentes en el imaginario indígena y conforme a lo reglado en la providencia T-778/05, puntualizó que *“una de las formas de que la identidad cultural se materialice es la posibilidad de que la comunidad ejerza sus derechos según su forma de ver el mundo, lo que implica, a su vez, que sus miembros puedan expresarse en la misma forma, dentro y fuera de su territorio”* y, bajo tales consideraciones, concluyó:

“5.- Siguiendo estos lineamientos, considera la Sala que la afectación al derecho fundamental a la integridad de una persona perteneciente a una comunidad indígena, afecta a ésta, entre otras por las siguientes razones:

- La garantía de los derechos fundamentales de un miembro de la comunidad, entre ellos el derecho a la vida y a la integridad personal, hace parte de la materialización de los derechos a la subsistencia y a la integridad étnica, cultural y social de una comunidad indígena.*
- Tales derecho –los de la comunidad- se desprenden tanto de la diversidad y del pluralismo de la Nación, como de la prohibición de toda forma de desaparición forzada, por lo que no es admisible que una comunidad indígena padezca la afectación o extinción de uno de sus miembros, pues, en el peor de los casos, sistemáticamente implicaría la extinción de la comunidad.*
- La comunidad se configura por las relaciones que se traban entre sus individuos, esto es, no hay comunidad sin individuos. En este, sentido, la repartición de las tierras, las autoridades, los ritos y actividades, la forma de vestir, la lengua, el trabajo comunitario y en general sus costumbres y manifestaciones, se forjan por la identificación que con ellos tienen sus integrantes y porque estos los acogen como propios dentro de su cotidianidad como personas individualmente consideradas.*
- En tanto que mayor sea el carácter comunitario de una actividad, rito o costumbre, mayor será la afectación para el individuo que no puede participar en ella, como mayor será la afectación a la comunidad por no contar con uno de sus miembros, lo cual desnaturaliza ese carácter comunitario”.*

Frente a las particularidades procesales del caso que se comenta, debe indicarse que la sentencia fue apelada por la entidad condenada, pero sobre lo ordenado se realizó conciliación entre las partes, misma que fue aprobada por el Consejo de Estado en providencia del 30 de noviembre de 2011, razón por la cual no existió la posibilidad para que se refiriera esta Corporación a los razonamientos expuestos por el juez de instancia en relación con el tema del reconocimiento de perjuicios morales a las comunidades indígenas.

En la referida sentencia fueron analizados los soportes conceptuales que justifican el reconocimiento de perjuicios morales para la comunidad indígena cuando ésta se afecta por la muerte de uno de sus integrantes, postura que se funda en aceptar sus particularidades y los roles que tienen los comuneros en las lógicas propias de vida cultural de la población, criterio que busca acercarse de manera más concreta a los rasgos propios de la multiculturalidad y pluriétnia entendidos como elementos definitorios del Estado Social de Derecho colombiano, pues a través del reconocimiento de perjuicios morales a la comunidad, se está frente a una acción afirmativa dictada por un juez a favor de grupos discriminados y marginados⁵⁸ y por dicho conducto se cumple la finalidad constitucional de alcanzar la eficacia de los rasgos definitorios de la fórmula política de organización socio/jurídica adoptada en la Carta de 1991, bajo el entendido que la concreción de la teleología constitucional, se convierte en el parámetro político para valorar la legitimidad del Estado, pasando de modelos racionalistas abstractos a concepciones pragmáticas operativas.⁵⁹

58 Cfr. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Ariel Derecho. Barcelona. 1995. Pág. 327. Las críticas raciales al derecho, han dado origen en los Estados Unidos a modelos conceptuales tales como la "teoría crítica racial" o el "latcrit", para estas "las actuaciones racistas no pueden concebirse, entonces como actos aislados y ocasionales sino como manifestaciones que se insertan dentro de un contexto histórico y social muy amplio en el cual el racismo y, por ende la afirmación de la supremacía blanca, es una constante. Conforme a esto, la neutralización de los actos concretos de racismo no es suficiente, para poner fin a este fenómeno. Para ello la jurisprudencia en materia racial debería concebirse como un proyecto de ingeniería social "mediante la asunción de una perspectiva de la víctima- tendiente a la modificación y remoción de aquellas condiciones materiales y sociales que subordinan a las minorías raciales a la mayoría blanca". GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Esteban Restrepo Saldarriaga. *Crítica Jurídica*. Universidad Nacional de Colombia. Universidad de Los Andes. Bogotá. 2006. Pág. 27.

59 Cfr. LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Alianza Universidad. Madrid. 1997.

Conclusiones

Presentado el estado de la decisión en el tema del reconocimiento de perjuicios morales a las comunidades indígenas y bajo la consideración que en la sentencia dictada por el Tribunal se abordó el referido tópico, se echa mano de ella en esta oportunidad para indicar los fundamentos, conceptuales y epistemológicos que la justificaron por considerarse que puede resultar de ayuda para la discusión del problema jurídico planteado en esta oportunidad.

Un primer punto a tener en cuenta y que explica la protección declarada en la sentencia, tiene que ver con las particularidades culturales propias de la comunidad indígena demandante, reflexión que necesariamente parte de reconocer su pertenencia a la etnia de los *nasa* y, desde tal punto de vista, de aceptar que las relaciones sociales establecidas entre sus integrantes ofrecen especificidades que justifican el reconocimiento de perjuicios a favor de toda la comunidad, pues la visión que dicha etnia tiene de “*lo colectivo*” permitía llegar a esa determinación, postura que -vale anotar- no puede hacerse extensiva a la totalidad de comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, pues cada una de ellas debe interpretarse atendiendo sus particularidades y concreciones, sin que sea posible fijar parámetros universales en los cuales englobar las individualidades que las definen y diferencian, luego lo demandado es la realización de justicia frente al caso concreto como fin esencial de la constitución que exige alcanzar un “*orden jurídico justo*” como lo prescribe el Preámbulo de la Carta.

Las singularidades de la citada comunidad indígena, se expresan en puntos tales como la tenencia de la tierra, la cual “*está determinada por un sistema en el cual la nuda propiedad es colectiva –materializada en el título del resguardo de origen colonial- y el usufructo es particular, de familias nucleares*”, su demarcación se encuentra sujeta a titulación y alinderamiento por parte del Cabildo e, igualmente, dentro del mismo “*existen porciones de tierra de manejo comunal, para financiamiento de actividades del Cabildo*”⁶⁰.

Así las cosas, frente a tales particularidades, fácil es inferir que la estructura social de la referida comunidad no está cimentada en la concepción individualista propia del modelo capitalista liberal, es por ello que la propiedad colectiva sobre la tierra suministra las condiciones materiales para que surja un sentido grupal en su explotación y unos vínculos intersubjetivos caracterizados

60 PERAFÁN SIMMONDS, Carlos César. Pág. 51.

por el sentido de pertenencia y no propiamente por el “egoísmo”⁶¹ originado en la apropiación personal de la “plusvalía” que generan los medios de producción, sino que se está en presencia de otro modo de entenderlo que se expresa en un reparto comunitario de las “ganancias”, en beneficio de toda una colectividad, no obstante tal premisa no debe entenderse de manera absoluta ya que al estar, las comunidades indígenas, articuladas a un sistema jurídico occidental, la protección de sus derechos debe alcanzarse llevando a cabo una perfecta armonización de tales cosmovisiones del mundo, tarea que corresponde realizar al juez que interpreta las singularidades del caso sometido a decisión.

Otro aspecto a tener en cuenta a efecto de caracterizar los lazos que estructuran a la comunidad, tiene que ver con la forma como se alcanza la pertenencia al grupo indígena, condición que se logra mediante las siguientes reglas:

- *“Ascendencia indígena por ambas líneas. No importa que no sean paeces. Existen 3 casos de mujeres y 2 de hombres guambianos casados con parejas de Toribio. Sus hijos son considerados de la comunidad. Los mestizos no se consideran de la parcialidad, aunque se toleran sus familias como comuneras, mientras se acojan a los reglamentos, respeten el trabajo ritual de los médicos y la jurisdicción del Cabildo.*
- *Sentimiento de identificación con la etnia indígena, que para los paez se identifica con el hecho de no portarse como blanqueado.*
- *Participación en prácticas culturales: respecto a la medicina tradicional, respeto a las reglas económicas de la reciprocidad, redistribución y de la prohibición de la acumulación y participación en el proceso de recuperación de la lengua.*
- *Sometimiento a la jurisdicción del cabildo.*
- *Compromiso de prestar el servicio público de cabildante.”*⁶²

Vistas las formas de ser parte integrante de la comunidad, se aprecia que existen unas de orden biológico y otras de naturaleza cultural, de donde viene a seguirse que el calificativo de comunero se alcanza atendiendo a rasgos de identificación étnicos y del sometimiento al sistema jurídico/político del Cabildo, permitiendo dicha concepción superar la visión reducida a patrones de orden sanguíneo y por ello ampliándola a espacios de interacción donde la identidad se alcanza a partir de patrones de orden cultural.

61 Para el pesimismo antropológico hobbesiano, “los hombres están continuamente en competencia de honor y dignidad en consecuencia entre los hombres surgen sobre ese fondo la envidia y el odio y finalmente la guerra”. HOBBS, Thomas. *Leviatán*. Editora Nacional. Madrid. 1979. Pág. 265.

62 Ob. Cit. Pág. 56.

A lo anterior se suma que en el campo de las obligaciones y contratos, la comunidad *nasa* se caracteriza, como lo resalta el estudio de Perafán Simmonds que se viene citando, por la reciprocidad o la “*ronda de trabajo: kosep’t’chi’ia ka’ke’cha –trabajar unidos para ayudarse unos a otros para que haya rendimiento en el trabajo–*” y de tal característica se deriva la responsabilidad comunal en dicha materia, por cuanto se está ante una forma de organización que supera la concepción individualista, propia del pensamiento liberal, y en la cual se tiene que si la comunidad trabaja de manera mancomunada para colaborar mutuamente, tal situación es el presupuesto que funda también su responsabilidad colectiva y en tal sentido al estar obligada de manera conjunta a sanear las “*ilegalidades*” cometidas por alguno de los comuneros, dicha circunstancia debe entenderse como soporte para el reconocimiento de los perjuicios morales originada en el daño estatal producido a uno de sus integrantes.

Lo anterior guarda armonía con otro aspecto que tiene relación también con las fuentes de responsabilidad y que constituye otro elemento a tener en cuenta en este caso, y se trata del régimen de responsabilidad penal de los *nasa*. PERAFAN SIMMONDS, sostiene al respecto:

“En el campo penal, la característica más peculiar de los sistemas indígenas es que la responsabilidad no cae en primera instancia en la persona ofensora sino en la unidad de organización social a la que pertenece. Esta unidad tampoco posee un tamaño predeterminado y permanente; el tamaño del grupo depende de la distancia de parentesco a la que está situada la contraparte, dentro de las reglas de segmentariedad del grupo.

Lo anterior no implica que pueda aplicarse pena en la humanidad del ofensor. La responsabilidad ante el ofendido es del grupo del ofensor, la responsabilidad es así social y no personal, pero el ofensor puede ser castigado, en su persona, por su propia familia o grupo o por toda la comunidad, aunque este castigo tiene la característica de cumplir función de rehabilitación y no de pago o compensación a la persona ofendida o a la comunidad misma por la ofensa cometida”.⁶³

Precisa el citado autor que en la comunidad indígena paez “*el sistema de imputación es personal y está regido a los actos de las personas*”, no obstante lo cual “*existen casos en los cuales la responsabilidad se transmite a sus familiares (por entenderse como función principal de las familias cognáticas la de controlar el comportamiento de sus miembros, dentro del patrón cultural paez*

63 PERAFÁN SIMMONDS, Carlos César. Ob. Cit. Pag. 3.

de la vida armónica⁶⁴, siendo éste el fundamento para que exista dentro del régimen jurídico de tales colectividades la “*legítima defensa colectiva*”, título que –por lo demás– suele ser usado de manera impropia en los procesos de “*recuperación*” de las denominadas “*tierras sagradas*”⁶⁵, óptica desde la cual pretenden hacer valer los derechos comunitarios y que se encuentra en discusión política por parte de los diferentes actores sociales.

A efecto de contextualizar la forma de responsabilidad *nasa* vale indicar que ésta –igualmente– es practicada por el sistema jurídico *wayúu*, respecto del cual se ha indicado que, “*a diferencia del sistema de nuestro derecho positivo, el wayúu no considera la imputabilidad como personal, el sistema de imputabilidad wayúu se caracteriza por la premisa de que toda conducta socialmente reprimida en la que incurra un individuo, se imputa al segmento social al cual este pertenece. En este sentido, la imputación se socializa, dentro de la fórmula “conocemos nuestras obligaciones y nos hacemos cargo de la falta”*⁶⁶, régimen de responsabilidad que también se aplica a los Yukpa⁶⁷, pese a lo cual –y tal como se indicó– no obstante a la existencia de identidades, no se pueden establecer parámetros inamovibles para la interpretación de las singularidades culturales de las comunidades indígenas ya que cada una de ellas amerita ser analizada de forma particular.

Frente a lo anotado, se concluye que los indígenas, de conformidad con la filosofía que gobierna nuestro Estado Social de Derecho, son considerados como sujetos colectivos titulares de derechos, y por tanto articulados a una lógica que debe armonizar la igualdad con la diferencia, pero esta dialéctica no puede ser asumida de manera ligera ya que implica una compleja determinación de límites cuando el juez entra en el terreno de los

64 Afirma BEATRIZ EUGENIA SÁNCHEZ que “*la mayoría de las culturas amerindias conciben un orden universal surgido del caos inicial. Orden relativamente frágil pues se encuentra continuamente amenazado ya que las fuerzas dicotómicas que conforman el universo se encuentran en permanente lucha, creando desequilibrio. La preservación de la armonía entre estas fuerzas es condición primordial para la vida en el cosmos, así que es necesario que los hombres, en compañía de las demás criaturas del Universo, trabajen por mantener el balance. En consecuencia los códigos culturales de comportamiento de estos pueblos están orientados al mantenimiento de este equilibrio. Las acciones que contrarían los postulados de estos códigos generan desorden, el cual debe ser reparado por medio de acciones de expiación*”. SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia. Ob. Cit. Pag. 71

65 Ibidem. Pag. 91.

66 Id. Pag. 218.

67 En dicha comunidad “*las responsabilidades se socializan empezando por las familias incluyendo a los miembros de la comunidad local*” pese a que la imputabilidad es personal. Cfr. PERAFAN SIMMONDS, Carlos César y Luis José Azcárate García. *Sistemas Jurídicos Uitoto, Yukpa, U'wa, Tikuna*. Ministerio de Cultura, Instituto Colombiano de Antropología e Historia y Colciencias. Bogotá. 2002. Pag. 155.

modelos propios de la teoría del derecho y de la casuística de la práctica judicial, dificultad que encuentra su punto de articulación en la ideología que da sustento a los derechos humanos, pues fue concebida con la perspectiva occidental de la modernidad como garantía de orden individual, masculino y de propietarios privados, elementos que fueron cuestionados con el movimiento político del multiculturalismo, toda vez que la universalidad anclada en la abstracción de los derechos humanos, impide visualizar las particularidades y singularidades de las comunidades indígenas y actuar de cara a tal diagnóstico.

No obstante las anteriores consideraciones y teniendo como marco de referencia el contenido argumentativo de la sentencia a la cual se circunscribe esta parte del análisis, vale realizar las siguientes precisiones a manera de epílogo de las presentes reflexiones:

1. Las particularidades culturales de los *nasa* sobre las cuales se fundó el reconocimiento de perjuicios morales a tal comunidad, no pueden considerarse como patrones definitorios aplicables a todas las agrupaciones indígenas presentes en el territorio nacional, pues cada una de ellas guarda sus propios referentes de identidad, tanto que algunas se asemejan al régimen de responsabilidad de los sistemas jurídicos occidentales⁶⁸, variando así el umbral hermenéutico desde el cual se interpretan sus dinámicas sociales y por tanto las consecuencias jurídicas al interior del sistema normativo occidental frente al cual deben guardar una perfecta armonía.
2. Ahora bien, pese a que en la referida sentencia se aceptan las particularidades culturales y ancestrales de los *nasa*, tal posición no implica predicar que siempre que ocurra la muerte de un comunero donde se vea implicado un hecho del Estado, el juez deba reconocer indemnizaciones de perjuicios morales, sin

68 Tal como se aprecia en la comunidad indígena Tukano donde la responsabilidad es personal y conforme al sistema mágico-religioso “*la violación de prohibiciones genera pago en la forma de enfermedad*” (pag.85), también en la comunidad Chamí “*la responsabilidad es personal y material, no importa si la conciencia está afectada*” (pag.163), para los guambianos “*la responsabilidad es personal de quien es encontrado como causante de un hecho*” (pag.249) y para los Sikuani “*la responsabilidad es preferencialmente personal y excepcionalmente social*” (fl.321). Cfr. PERAFAN SIMMONDS, Carlos César, Luis José Azcarate e Hildur Zea. *Sistemas Jurídicos. Tukano, Chamí, Guambiano, Sikuani*. Ministerio de Cultura, Instituto Colombiano de Antropología e Historia y Colciencias. Bogotá. 2000. También en los U’wa la responsabilidad es personal. Cfr. PERAFAN SIMMONDS, Carlos César y Luis José Azcárate García. *Sistemas Jurídicos Uitoto, Yukpa, U’wa, Tikuna*. Pag. 225.

realizar análisis alguno, pues tal postura implicaría institucionalizar una presunción en esos casos e igualmente desmontar el régimen probatorio que exige el reclamo de tal pretensión; por tal razón, si la comunidad alega la existencia de un perjuicio moral, recae sobre ella la carga del argumento y de comprobar el grado de articulación que tenía el comunero y la afectación que provocó en la colectividad la lesión a sus derechos, espacio desde el cual se ha de valorar la situación concreta, pues desde una posición diferente se fomentarían abstracciones conceptuales que carecen del soporte fáctico respectivo e implicaría darle prevalencia al derecho de las comunidades indígenas, cuando, por disposición constitucional, éste debe encontrar la armonía con el sistema jurídico plasmado en la Constitución Política ya que de por medio se encuentra la soberanía del Estado en el monopolio de producción y aplicación de las normas.

3. Un punto que merece especial reflexión tiene que ver con la aparente contradicción en la cual se habría incurrido en la sentencia referida, pues analizada ahora de cara a la evolución conceptual en el tema y bajo las consideraciones de orden jurídico y político expuestas en esta ponencia, se tendría que si se parte de entender que para las comunidades indígenas la fundamentación de los derechos humanos no se encuentra en el concepto de individuo, propio del pensamiento filosófico de occidente y sí, por el contrario, se soporta en la titularidad de garantías superiores en las lógicas comunitarias que despliegan sus integrantes, podría pensarse que bajo esa óptica no resultaría posible asumir el reconocimiento de indemnización de perjuicios a título individual –como allí se hizo– a favor de algunos de los comuneros por razones de parentesco civil, pues podría entenderse que una mejor lectura de la integración de los ordenamientos que le dan origen apuntaría a que sólo deberían ser reconocidos a favor de la comunidad, pues parecería que de otra manera se estaría obligando al Estado a reconocer indemnización dos veces por la misma circunstancia al hacer parte aquellos a los cuales se les reconocen los perjuicios morales –de manera individual– a los integrantes de la colectividad a la que pertenecen.

Frente a tal disyuntiva pareciera plausible asumir que el problema ha de abordarse logrando una cohabitación entre los dos sistemas jurídicos

diversos y, para ello, quizás una forma de lograrlo pudiese ser –como lo intentó la sentencia que se comenta– repartir el porcentaje de las indemnizaciones en partes diferenciales conforme a lo probado en el expediente, lo cual implica ajustar el monto de lo reconocido al núcleo familiar (concepto que es común a las dos cosmovisiones: la paez y la occidental), con lo que corresponde a la comunidad, juicio de ponderación que se alcanza a través de los argumentos derivados de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, sin que puedan existir certezas matemáticas que aten al juez de antemano y limiten su capacidad de razonamiento y le obliguen a abandonar los rasgos propios de la cultura occidental, pues vale resaltar que la sentencia en referencia, además de reconocer la diversidad cultural de nuestra sociedad, se debía mostrar respetuosa de las categorías centrales del sistema jurídico establecido por la Constitución Política, siendo, por tanto, garante de la diferencia étnica, pero ubicada dentro de la unidad que caracteriza a todo sistema jurídico.

Con las anteriores precisiones se pretende tan solo dejar esbozado un tema de actualidad en la realidad política nacional, pues nadie puede desconocer el rol activo que tienen las comunidades indígenas en la dinámica del conflicto por el cual transita la sociedad colombiana, como tampoco ignorar el debate histórico que han patrocinado en defensa de sus derechos, correspondiéndole también a la jurisprudencia del Consejo de Estado marcar los derroteros conceptuales en este tema, tarea que de seguro abordará atendiendo las dinámicas propias de un derecho administrativo que, ante su constitucionalización, necesariamente ha venido redefiniendo las categorías que lo estructuran y, por esa vía, progresivamente reflejando las garantías multiétnicas y pluriculturales que fomenta el Estado Social de Derecho que se ha dado la sociedad colombiana, en el que el reconocimiento de la diferencia se convierte en un patrón de convivencia pacífica y propicia un espacio de inclusión social de sectores sociales discriminados y marginados, por lo que, en tal sentido los jueces de lo contencioso administrativo, se convierten en garantes de los principios de legitimidad que dan soporte al Estado.

EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO EN LA LEY
1437 DE 2011

Martha Teresa Briceño de Valencia
Magistrada de la Sección Cuarta del Consejo de Estado

Consideraciones generales

La Constitución de 1991 consagra el Estado Social de Derecho siendo una de sus características la división de los tres poderes públicos: ramas legislativa, ejecutiva y judicial, con funciones separadas, pero bajo el principio de colaboración armónica para la realización de los fines del Estado. Establece también diferentes mecanismos de control mutuo entre las diferentes ramas para garantizar el equilibrio de los poderes.

EN MATERIA TRIBUTARIA, las ramas ejecutivas y legislativa ejercen las funciones delimitadas por la Constitución y al poder judicial le corresponde el control sobre el ejercicio de esas funciones, de las que depende el adecuado recaudo de los tributos que constituye la principal fuente de recursos con los que el Estado atiende las cargas públicas.

A nivel nacional (tributos nacionales) le corresponde al Congreso de la República el poder creador de los tributos. A nivel territorial (tributos locales), a las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, pero con sujeción a los límites establecidos en la Constitución y en la Ley creadora del tributo.

A la Rama Ejecutiva, en cabeza del Presidente de la República, le corresponde velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión de acuerdo con las leyes. Para el cumplimiento de esta función la Constitución le otorga la potestad reglamentaria que le permite expedir los decretos y resoluciones ejercida por el presidente a través de sus ministros y directores de departamentos administrativos.

La Rama Judicial tiene a su cargo, de una parte, preservar el orden jurídico abstracto de los actos de carácter general e impersonal que expiden tanto el Congreso como el Ejecutivo, mediante el control de

constitucionalidad que ejerce la Corte Constitucional y, de manera residual el Consejo de Estado. Y, de otra parte, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ejerce el control de legalidad de los actos administrativos de carácter general que, en materia de impuestos, profieren autoridades a nivel nacional, departamental y municipal, creadores de situaciones jurídicas impersonales y abstractas, tales como Decretos, resoluciones, Conceptos, Circulares de servicio de contenido tributario.

Además, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, juzga las *controversias* que se originan en la actividad de las entidades públicas que desempeñan funciones administrativas de determinación, fiscalización y recaudo de los impuestos, a nivel particular y concreto. Estas controversias pueden ser:

1. Entre los contribuyentes y la Dirección Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN que tiene la administración y recaudo de los impuestos del orden nacional como el impuesto de renta, IVA derechos de aduanas, control cambiario, etc. y
2. Entre los contribuyentes y los entes territoriales quienes tienen a cargo la administración y recaudo de los tributos locales, tales como: industria y comercio, azar y espectáculos, predial, vehículos, valorización, consumo etc.

Autonomía del derecho tributario

El derecho tributario tiene por objeto el estudio de las obligaciones tributarias, que nacen de la ley dictadas por el Estado en ejercicio del «poder de imposición». Por lo tanto, su objeto no se confunde con el de las demás ramas del derecho público y menos aún con las del derecho privado.

Pero dicha autonomía se refiere a la parte material o sustancial del derecho tributario ya que la parte procedimental o formal pertenece al derecho administrativo.

Derecho tributario y administrativo

El derecho administrativo tiene por objeto el estudio de la organización jerárquica del Estado o Administración Pública, dada la limitación de competencia entre los funcionarios para la correcta prestación de los servicios públicos.

El derecho tributario se relaciona con el administrativo debido a que para la obtención efectiva del tributo se requieren ciertos organismos

administrativos que permitan establecer la obligación tributaria a cargo de los contribuyentes.

No obstante que el derecho sustancial tributario regula relaciones entre los sujetos activos o entidades públicas y sujetos pasivos o entes públicos y privados, no hace parte del derecho administrativo. Sólo la manera de hacer efectivas las obligaciones materiales que de esa relación surgen o derechos formales (procedimiento) hace parte del derecho administrativo. Porque solamente dicha parte requiere el ejercicio de la «potestad administrativa» (administración fiscal), de manera que el fisco y el contribuyente se encuentran en el mismo plano de igualdad frente a la ley tributaria sustancial expedida por el Congreso.

Medios de control para juzgar las controversias tributarias

Uno de los principales cambios que introduce la Ley 1437 de 2011, dentro del Capítulo de «medios de control» es el concepto «acción» que trae el anterior Código Contencioso Administrativo.

Esto por considerarse, según los doctrinantes, que la expresión «acción» denota un vínculo jurídico entre el demandante y el Estado y no entre el demandante y el demandado, como ocurre con la «pretensión», además, identificadas las pretensiones se determina el trámite que debe seguirse y se delimita el pronunciamiento del juez¹. Sin embargo, no se modifica en lo sustancial las clásicas acciones existentes e integra las acciones de origen constitucional que conoce esta jurisdicción, así como la nulidad por inconstitucionalidad y el control inmediato de legalidad, que no tenían regulación procedimental en el anterior Código.

Pretensión de nulidad

El nuevo Código no modifica ni la titularidad ni las causales de nulidad de los actos administrativos, sólo que especifica -en el primer inciso- que procede contra los de «carácter general».

Lo anterior porque la Ley 1437 de 2011 permite que, excepcionalmente, la pretensión proceda también contra los actos de «carácter particular», de esta forma se eleva a rango legal la jurisprudencia del Consejo de Estado

1 ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá : LEGIS. p. 205

relacionada con la «teoría de los móviles y finalidades». No obstante, para que pueda solicitarse la nulidad de actos particulares, se debe -además de los requisitos previstos en el artículo 137- cumplir con la condición que de la demanda no se desprenda un restablecimiento automático del derecho².

Pueden ser objeto de nulidad, además de los actos de contenido general, los decretos, resoluciones, ordenanzas, acuerdos municipales y las «circulares de servicio» que en materia tributaria se refieren a los Conceptos y Oficios emitidos por la DIAN, a través de los cuales, fija su doctrina no solo a nivel general sino cuando responde consultas de los particulares.

Respecto de las consultas, debe precisarse que tanto el anterior Código³ como el nuevo⁴ dejan a salvo la regulación que de manera especial realicen otras normas frente a las respuestas que profieren las entidades ante las consultas de los particulares, como es el caso de las respuestas que emite la DIAN.

Esto significa que en asuntos de impuestos, estos conceptos tienen una relevancia particular, porque constituyen interpretación oficial para los empleados públicos de la DIAN y, por ende, de obligatoria observancia.

Esta característica incentiva el ejercicio de la «pretensión de nulidad» de este tipo de actos en materia tributaria, pues constituyen criterios de aplicación obligatoria para los funcionarios de las oficinas de impuestos al momento de adelantar sus actuaciones de fiscalización, liquidación o determinación de los tributos.

Vale la pena precisar que si bien sólo aquéllos conceptos y oficios publicados en el Diario Oficial tienen el carácter vinculante para los funcionarios de la DIAN, para efectos de la discusión por vía de la pretensión de nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no es indispensable que cumplan con este requisito de publicación, porque tanto en el anterior como en el nuevo Código basta con que hayan sido «expedidos»⁵.

2 ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José, Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. pág. 215.

3 CCA. Art. 25. El derecho de petición incluye el de formular consultas escritas o verbales a las autoridades, en relación con las materias a su cargo, y sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales.

Estas consultas deberán tramitarse con economía, celeridad, eficacia e imparcialidad y resolverse en un plazo máximo de treinta (30) días. Las respuestas en estos casos no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

4 L. 1437/11. Art. 28. Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

5 CONSEJO DE ESTADO, Sección Cuarta. Sentencia del 24 de octubre de 2007, Exp. 15730.

También es importante señalar que estos conceptos además de ser obligatorios para los funcionarios de la Administración de Impuestos, la normativa también ha establecido a favor de los contribuyentes la posibilidad de respaldar sus actuaciones en los conceptos que emite la DIAN así sea que posteriormente sean rectificadas, respaldado en el principio de seguridad jurídica y confianza legítima⁶.

Efectos de las sentencias de nulidad

La Sección Cuarta ha precisado que las sentencias que declaran la nulidad de «actos administrativos de carácter general» tienen efectos *ex nunc*, es decir, hacia el futuro. En este caso debe establecerse si la situación jurídica de quienes actuaron bajo su vigencia se encuentran en una situación jurídica consolidada o no.

La Sala ha aclarado su posición en los casos de devolución del pago indebido de un impuesto en el siguiente sentido:

«El fallo de nulidad de un acto de carácter particular produce efectos ex tunc. El fallo de nulidad de un acto de carácter general no afecta situaciones consolidadas, esto quiere decir, que sus efectos son ex nunc, pero sí afecta las no consolidadas, lo que significa que en este caso sus efectos son ex tunc, por ello la sentencia de nulidad en relación con estos últimos actos produce efectos retroactivos»⁷.

En todo caso, cuando se trata de devolución de un pago indebido de impuestos el término de prescripción para solicitar su devolución es de 5 años según el artículo 2536 del Código Civil, el cual una vez transcurrido, genera una situación jurídica consolidada a la que no le son aplicables los efectos de la sentencia de nulidad (*ex nunc*).

Pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho

Las actuaciones administrativas pueden iniciarse cuando alguien obra en cumplimiento de una obligación o deber legal⁸.

Uno de las formas de iniciar la actuación administrativa en materia tributaria o aduanera, tiene lugar cuando una persona realiza el hecho

6 L. 223/95. art. 264

7 CONSEJO DE ESTADO, Sección Cuarta. Sentencia del 3 de marzo de 2011, Exp. 17741.

8 L. 1437/11. Art. 4º.

generador de determinado impuesto y tiene el deber legal de presentar la «declaración del tributo», a fin de que el Estado conozca su obligación.

La presentación de la declaración puede poner en marcha la actuación administrativa de la DIAN, que en uso de sus facultades adelanta distintos procedimientos en los que expide los actos administrativos.

Para adelantar los procesos administrativos (primera parte del código), no se aplica lo dispuesto en el Código anterior ni en el nuevo, pues el que debe aplicarse por existir norma especial es el Estatuto Tributario en su parte procedimental⁹.

En esas condiciones, como el Estatuto Tributario regula todas las etapas que deben adelantar las autoridades tributarias a nivel nacional y territorial¹⁰, la aplicación de este procedimiento constituye una de las «excepciones» a la del «procedimiento administrativo general» regulado en el nuevo código.

A pesar de que en materia impositiva el procedimiento administrativo es especial, los actos definitivos proferidos por las autoridades administrativas se controvierten ante la jurisdicción contencioso administrativa (segunda parte del código).

Así, para efectos de discutir la «legalidad de la actuación administrativa de carácter particular», relacionada con la determinación o liquidación del tributo, en la nueva normativa, las personas seguirán haciendo uso de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, que tiene por objeto la anulación del acto definitivo y que, como consecuencia de ello, se le restablezca el derecho o se repare el daño.

El *restablecimiento del derecho* será procedente, por ejemplo, cuando la Administración modifica oficialmente la declaración tributaria presentada por el contribuyente y el juez advierte que el acto liquidatorio incurre en alguna de las causales de nulidad alegadas por el demandante, por lo tanto, la consecuencia de su anulación será la de dejar en firme total o parcialmente la declaración privada.

En materia tributaria también es posible obtener la *reparación del daño*, como consecuencia de la anulación de una actuación administrativa,

9 L. 1437/11. Art. 34. Procedimiento administrativo común y principal. Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código.

10 En los municipios y departamentos la aplicación del procedimiento establecido en el Estatuto Tributario Nacional para los impuestos administrados por dichos entes, fue establecido en los artículos 66 de la Ley 383/97 y 59 de la L.788/02.

esto ocurre cuando ya no es posible el restablecimiento toda vez que se ha ejecutado el acto y no pueden retrotraerse al estado en que se encontraban antes.

En un fallo de la sección cuarta se decidió reconocer perjuicios patrimoniales causados a un contribuyente a quien se le había sancionado (sanción moral más no económica) con el cierre del establecimiento por *tres días* con un sello que contenía la leyenda «cerrado por evasión» al encontrarse demostrado que el contribuyente cumplía con su obligación de facturar. No era posible el restablecimiento pero se le reparó el daño¹¹.

En relación con la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho en materia tributaria en el nuevo Código deben hacerse algunas precisiones para efectos de la impugnación de actos en materia tributaria ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa.

Desaparece la mención expresa a la impugnación de actos que modifican una obligación fiscal o la devolución del pago de lo no debido

El anterior Código Contencioso Administrativo establecía que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o la reparación del daño es la procedente cuando *«se modifique una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente»*.

Para el estudio propuesto es pertinente recordar el *origen* de este especial aparte del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo.

La *Ley 167 de 1941 «Sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa»*, fue el Código que reguló la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa antes de que se expidiera el Decreto 01 de 1984, anterior Código Contencioso Administrativo. En dicha Ley, se contemplaba un título especial para regular el *«Juicio especial de impuestos»* que tenía un carácter revisorio de la actuación administrativa¹².

En el *Decreto 01 de 1984* se incluyó el «juicio de revisión de impuestos» en los términos definidos en el aparte final, dentro de la regulación y procedimiento de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y así, adquirió la connotación de una controversia con la administración y que se tramita con un criterio judicial.

11 CONSEJO DE ESTADO, Sección Cuarta. Sentencia del 18 de marzo del 2004, Exp. 13751.

12 L. 167/41. CAPITULO XXIII. DE LOS JUICIOS SOBRE IMPUESTOS. Art. 271. Toda persona a quien se exija un impuesto definitivamente liquidado, tiene acción para pedir que se revise la operación administrativa correspondiente, y se declare que no está obligada a cubrirlo, o se haga una nueva liquidación, en la cual se fije la suma a su cargo.

Lo anterior, produjo un cambio fundamental en el contencioso de los impuestos, con consecuencias en la demanda y en la decisión, pues la acción no es la revisión de una operación administrativa, sino la de nulidad y restablecimiento del derecho. En el juicio de revisión de impuestos el acto no se anulaba sino que se revisaba o modificaba y la decisión producía efectos retroactivos¹³.

Ahora, el hecho de que el Código anterior disponga que a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho podía pretenderse la « *modificación de una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente* », no significa que sea una acción especial con unas pretensiones específicas, puesto que:

- La esencia de esta «acción» es la posibilidad de que se declare la nulidad del acto administrativo, y
- No se diferencia de las demás pretensiones contra actos administrativos diferentes a los que se refieren a tributos, pues su identificación está dada fundamentalmente por la *causa petendi* que se refiere a las « *controversias relacionadas con la relación jurídico tributaria* ».

En este contexto, puede concluirse que aunque en el nuevo código no se haya incluido de manera expresa la mención que hace el Código anterior a la pretensión contenciosa de carácter tributario, no quiere decir que haya desaparecido.

Es claro que la regulación en materia tributaria que actualmente existe, tiene su origen en la necesidad que se dio de adaptar e incluir dentro del procedimiento contencioso administrativo un juicio especial de impuestos, lo cual merecía, en su momento, hacer expresa su inclusión para efectos de no dejar por fuera la posibilidad de impugnar este tipo de actuaciones administrativas.

Ahora, como se explicó, la «acción» de nulidad y restablecimiento del derecho se mantiene en el nuevo Código sin que haya sufrido cambios sustanciales, lo que permite indicar que seguirá siendo el medio de control procedente e idóneo para discutir la legalidad de los actos administrativos expedidos por las entidades encargadas de fiscalizar, determinar y liquidar los tributos, así como los relacionados con las sanciones, entre otros.

13 ABELLA ZÁRATE, Jaime. Procedimientos constitucional y contencioso administrativo en materia tributaria. Bogotá : LEGIS. 1999. P. 51.

Las causales de nulidad procedentes para impugnar la actuación administrativa de carácter tributario

De las normas que regulan el medio de control consistente en la solicitud de nulidad y restablecimiento del derecho, se puede advertir que tanto en el anterior como en el nuevo Código proceden las mismas causales de nulidad de los actos administrativos, como se advierte de las respectivas normas que las establecen.

A las anteriores causales, algunos doctrinantes añaden las causales de nulidad especiales que rigen en materia tributaria, señaladas en el artículo 730 del Estatuto Tributario, respecto de los actos de liquidación de impuestos y resolución de recursos.

De todas formas se ha considerado que estas causales de nulidad en sede judicial se subsumen en la causal de violación de la ley, pues el acto expedido con alguno de los anteriores defectos implica que la autoridad administrativa se apartó de los preceptos superiores que rigen el acto.

Posibilidad de demandar actos administrativos de contenido general por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho

El inciso 2º del artículo 138 del nuevo Código consagra de manera expresa la posibilidad de demandar por medio de la «pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho» actos administrativos de carácter general, porque si bien, en principio, sólo los actos de carácter particular pueden lesionar derechos subjetivos, pueden ocurrir situaciones en que los actos de contenido general ocasionen perjuicios a una persona.

En esas condiciones, será en cada caso particular que se determine la procedencia de este medio de control cuando se trate de actos generales relacionados con materias tributarias, siempre y cuando se establezca que lesiona un derecho de una persona en particular. Para ello, deberá cumplirse, además, con el requisito temporal previsto en la norma, así:

- Que la demanda se presente dentro de los *4 meses siguientes a la publicación del acto* y
- Si existe un *acto intermedio, de ejecución o de cumplimiento del acto general*, este término se contará *a partir de su notificación*.

Extensión de la jurisprudencia

Una de las instituciones más novedosas del CPA es la de la extensión de los efectos de la jurisprudencia. Se trata de la obligación de las autoridades de extender

los efectos de una «sentencia de unificación» a quien no fue parte en el proceso, siempre que esté en la misma situación de hecho y de derecho del demandante.

El fundamento para hacer obligatorio el seguimiento de la jurisprudencia en las decisiones administrativas surgió de varias situaciones¹⁴:

- a. *El respeto al principio de igualdad reforzado con el de confianza legítima*: Porque implican la igualdad de trato a las personas en la misma situación y el respeto por la natural expectativa de quien confía que se le conceda el mismo derecho que se le otorgó a quienes con anterioridad formularon una petición similar. (CN art. 13; CPA art. 3-2)
- b. *La congestión de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*: Porque a menudo, a pesar de existir sentencias reiteradas reconociendo un derecho, y la Administración, pese a ello, continúa decidiendo en contra de lo establecido por la jurisprudencia, las personas afectadas deben acudir al juez administrativo.
- c. *Costo económico, material y humano*: El desconocimiento de la jurisprudencia implica gastos para mantener el aparato judicial, abogados defensores de ambas partes, del Ministerio Público y el valor de los intereses y actualizaciones monetarias.
- d. *La seguridad jurídica*: La existencia de múltiples procesos tramitados en diferentes despachos judiciales conduce a que en algunas oportunidades se produzcan fallos contradictorios, hecho que es fuente de nuevos procesos y de tutelas contra sentencias judiciales.

Con esta figura, las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Competencia para conocer de las controversias en materia de impuestos

Para determinar la competencia de los distintos órganos que componen la jurisdicción de lo contencioso administrativo, deben utilizarse dos criterios:

- El factor territorial
- El factor de la cuantía

14 ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. págs. 152 y 153.

Determinación de la competencia por razón del territorio.

- a. *Nulidad*. Contra los actos de carácter general la competencia por razón del territorio está determinada por el «lugar donde se expidió el acto», criterio que frente a los asuntos que conoce el Consejo de Estado no fue modificado por el nuevo código¹⁵. Sin embargo, en relación con los Tribunales y Jueces Administrativos, la competencia que solo estaba radicada en los Tribunales para conocer en primera instancia de los actos administrativos expedidos por autoridades departamentales, municipales y distritales, fue separada para asignarle a los Tribunales los actos proferidos por «autoridades departamentales»⁸³ y a los Jueces, en primera instancia, los del «orden municipal y distrital»¹⁶.
- b. *Nulidad y restablecimiento del derecho - impuestos, tasas y contribuciones*. El anterior Código establecía una *regla general*, según la cual, la competencia se determina por el lugar en donde se expidió el acto impugnado o el del domicilio del demandante, si la entidad demandada tiene oficina en dicho lugar. Esta regla general fue suprimida en el nuevo Código, para dejarla como regla de competencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho¹⁷. Pero, continúa la *regla especial* que ya viene rigiendo para los procesos en que se discute el monto, distribución o asignación de impuestos, tasas y contribuciones nacionales, departamentales, municipales o distritales¹⁸. La competencia por razón del territorio para procesos contenciosos tributarios tiene dos *subreglas*: «El lugar donde se presentó o debió presentarse la declaración tributaria, cuando procede». «en los demás casos, en el lugar donde se practicó la liquidación», es decir, cuando no procede la presentación de declaración, independientemente de si se cumple o no con este deber legal.
- c. *Sanciones*. Debe tenerse en cuenta que en materia tributaria se establecen diferentes sanciones que se imponen a los contribuyentes, por consiguiente, en estos casos debe acudirse a la regla

15 L. 1437/11. Art. 156 num. 1º

16 L. 1437/11. Art. Art. 155 num. 1º

17 L. 1437/11 Art. 156 num. 2º

18 L.1437/11 Art. 156 num. 7º

especial prevista para este tipo de discusiones. Tanto el anterior Código, como el nuevo, establecen la misma regla de competencia territorial, es decir, que se determina por el «lugar donde se realizó el acto o el hecho que dio origen a la sanción»¹⁹.

- d. *Aduaneros*. Se rige por la regla de donde se presentó o debió presentarse la declaración.
- e. *Cambiario*. La DIAN también expide actos mediante los cuales impone sanciones al régimen cambiario, en estos casos, es aplicable la regla general para la determinación de la competencia por razón del territorio.

Determinación de la competencia por razón de la cuantía

El nuevo Código no modifica la forma de determinar la cuantía para los procesos en materia tributaria. Por consiguiente, para asuntos en que se discuta el monto de las tasas, impuestos y contribuciones, la cuantía seguirá determinándose por la diferencia entre el valor liquidado en los actos acusados y el valor determinado en la liquidación privada por el contribuyente²⁰, pero teniendo en cuenta las glosas que efectivamente son discutidas en la demanda, porque bien puede ocurrir que el contribuyente no impugne la totalidad de las modificaciones propuestas.

En el caso de sanciones la cuantía estará determinada por el valor discutido.

Los *intereses, multas y perjuicios* pueden hacer parte de la cuantía, pero solo los que se generen hasta la presentación de la demanda.

Por consiguiente, teniendo en cuenta el factor territorial y la cuantía discutida con la demanda, puede determinarse el órgano de la jurisdicción contencioso administrativa competente para tramitar y decidir la demanda interpuesta contra los actos administrativos de carácter particular en materia tributaria.

Asuntos con cuantía – doble instancia

Los montos de las cuantías en el nuevo Código²¹ fueron disminuidas para el caso en que se discutan impuestos, tasas o contribuciones, lo que permitirá que en la gran mayoría de los casos los procesos contencioso tributarios

19 L.1437/11 Art. 156 num. 8º

20 L.1437/11 Art. 157

21 L.1437/11 Arts. 150, 152, 153 y 155

cuenten con una segunda instancia, pues en vigencia del anterior Código, se exigía que la cuantía supere los 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es, \$170.010.000²² para que el proceso tuviera la oportunidad de una segunda instancia ante los Tribunales Administrativos o el Consejo de Estado, dependiendo el caso.

Con el nuevo Código la cuantía deberá ser superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, es decir, \$56.670.000²³. Esto es aplicable a las demandas presentadas a partir del nuevo código.

En el anterior Código, la cuantía de ese tipo de procesos tenía que ser superior a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para ser conocidos en primera instancia por los Tribunales Administrativos. Si la cuantía no superaba el mencionado tope, la competencia estaba radicada en única instancia en los Juzgados Administrativos.

No obstante para los procesos sancionatorios, en el nuevo Código se mantiene la exigencia de que la cuantía no exceda los 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para ser conocidos en segunda instancia por los Tribunales Administrativos y cuando exceda dicho tope será un proceso de doble instancia que se surtirá ante los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado.

Asuntos sin cuantía – única instancia

El Consejo de Estado conocerá en única instancia de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional que carezcan de cuantía.

Los Tribunales Administrativos conocerán en única instancia cuando controviertan actos administrativos sin cuantía expedidos por autoridades del orden departamental, municipal o distrital.

Jueces especializados en asuntos tributarios. Es oportuno precisar que en la distribución de controversias contencioso administrativas en materia tributaria, a nivel de los Juzgados Administrativos se ha dispuesto que sea especializado, es decir, que sean competencia exclusiva de un determinado número de jueces, lo cual solo se presenta en Bogotá. En los demás circuitos los jueces son promiscuos y, por tanto, conocen de toda clase de procesos sin ninguna especialidad.

A nivel de Tribunales Administrativos, esta especialidad únicamente se ha establecido en el de Cundinamarca, que en su distribución interna

22 Calculado sobre el salario mínimo mensual vigente para el 2012 (\$566.700)

23 Calculado sobre el salario mínimo mensual vigente para el 2012 (\$566.700)

cuenta con la Sección Cuarta que conoce de todos los asuntos relacionados con impuestos, tasas y contribuciones.

En similar forma se distribuyen los procesos en el Consejo de Estado donde, de acuerdo con el Reglamento de la Corporación²⁴, el conocimiento de los asuntos es especializado. Así entonces, los relacionados con impuestos y contribuciones corresponden a la Sección Cuarta y los relativos a tasas y aduaneros los conoce la Sección Primera.

La especialización de jueces y secciones a nivel de Bogotá y Cundinamarca, favorece a los contribuyentes en la medida en que, de una parte, sus procesos son estudiados por jueces que tienen una dedicación exclusiva a la materia tributaria y, de otra, el trámite resulta más ágil y eficiente.

Requisitos de procedibilidad de la demanda

El artículo 161 de la Ley 1437 de 2011 consagra una serie de requisitos previos para demandar, entre ellos la conciliación cuando el asunto sea conciliable.

El artículo 135 del anterior Código únicamente preveía el agotamiento de la vía gubernativa como presupuesto procesal de la acción. Sin embargo, el nuevo código recogió en un solo artículo los requisitos previos que deben cumplir las demandas que se presenten en ejercicio de todos los medios de control.

En relación con las demandas en materia tributaria, es importante precisar lo siguiente:

Los asuntos tributarios no son conciliables

La normativa ha sido clara en cuanto a que no puede haber conciliación en asuntos que versen sobre conflictos tributarios, regulación que ha estado vigente desde la Ley 23 de 1991.

Recientemente, la Ley 1285 de 2009 incluyó un artículo nuevo a la Ley 270 de 1996, en el que se dispone que la conciliación judicial y extrajudicial siempre será requisito de procedibilidad en materia contencioso administrativa para las acciones consagradas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo²⁵.

24 Acuerdo 58 de 1999, Art. 13

25 L.1285/09, Art. 13

Esta ley fue reglamentada por el Decreto 1716 de 2009 y en su artículo 2º establece que los asuntos tributarios no son susceptibles de conciliación.

Finalmente debe precisarse que la prohibición de conciliar en asuntos tributarios incluye todo lo relacionado con impuestos, tasas, contribuciones incluidas las sanciones que se derivan de los tributos. También los procesos ejecutivos de crédito fiscal, pues en este caso no se discute la existencia del derecho, que se da por cierto ante la existencia del título ejecutivo²⁶.

No obstante lo anterior, la conciliación de deudas tributarias puede ser posible en la medida que una Ley así lo disponga, como en efecto ha ocurrido de manera excepcional y temporal²⁷.

Recurso procedente en materia tributaria

En el Código anterior, con la regulación de los recursos se daba inicio a lo que se denominaba «la vía gubernativa», de esta forma, se dividía en dos partes el procedimiento administrativo. La primera parte correspondía a la «actuación administrativa» que comprendía desde la inicio de la actuación hasta la decisión del asunto, y la segunda, era la «vía gubernativa» que comprendía la regulación de los recursos contra las decisiones administrativas. Esta distinción generaba confusión al momento de determinar cuál era el acto definitivo para efectos (i) de la interposición en tiempo de la demanda y (ii) de los actos que debían ser demandados en forma conjunta.

Así, al suprimir la «vía gubernativa» debe entenderse que la actuación administrativa es una sola, es decir, que comprende desde el inicio de la actuación hasta la decisión de los recursos por parte de las autoridades administrativas²⁸.

En esas condiciones, el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011²⁹ regula los recursos que proceden por REGLA GENERAL contra los actos administrativos, que son los de reposición, apelación y queja.

26 ABELLA ZÁRATE, Jaime. Procedimientos constitucional y contencioso administrativo en materia tributaria. LEGIS : Bogotá, 1999, p. 84

27 Artículos 245 y 246 L.223/95; 17 del Dcto. 326/95 (amnistía); 100 y 102 L.633/00; 98 y 99 L.788/02; 38 y 39 L.863/03; 54 y 55 L.1111/06

28 ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo, pág. 115.

29 L. 1437/11. Art. 74. Recursos contra los actos administrativos. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:

1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.
2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito.

Como se observa, el citado artículo es aplicable en la generalidad de los casos, es decir, que pueden existir reglas especiales, como precisamente ocurre en materia de impuestos, pues el artículo 720 del Estatuto Tributario³⁰ prevé el «recurso de reconsideración» como «recurso único» para todos los actos proferidos dentro de la actuación de determinación, liquidación, imposición de sanciones y reintegro de sumas devueltas³¹.

Sin embargo, debe precisarse que este recurso en materia tributaria no sólo es aplicable a los actos proferidos por la DIAN dentro de las actuaciones antes señaladas, sino que se hizo extensivo a los procedimientos administrativos tributarios que adelantan los municipios, departamentos y el Distrito Capital, mediante lo dispuesto en los artículos 66 de la Ley 383 de 1997, 59 la Ley 788 de 2002 y el Decreto 807 de 1993, respectivamente.

Al interponerse el recurso pueden ocurrir tres situaciones que tienen incidencia en el cumplimiento del requisito de procedibilidad para acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa³², así:

- a. El recurso de reconsideración se INADMITE³³ por no haber cumplido los requisitos establecidos en el artículo 722 Estatuto Tributario³⁴ Contra esta decisión procede el recurso de reposi-

No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos.

Tampoco serán apelables aquellas decisiones proferidas por los representantes legales y jefes superiores de las entidades y organismos del nivel territorial.

3. El de queja, cuando se rechace el de apelación.

30 Estatuto Tributario Nacional. Art. 720. Recursos contra los actos de la administración tributaria. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales de este Estatuto, contra las liquidaciones oficiales, resoluciones que impongan sanciones u ordenen el reintegro de sumas devueltas y demás actos producidos, en relación con los impuestos administrados por la Unidad Administrativa Especial Dirección General de Impuestos Nacionales, procede el Recurso de Reconsideración. El recurso de reconsideración, salvo norma expresa en contrario, deberá interponerse ante la oficina competente, para conocer los recursos tributarios, de la Administración de Impuestos que hubiere practicado el acto respectivo, dentro de los dos meses siguientes a la notificación del mismo. de reconsideración deberá interponerse ante el mismo funcionario que lo proferió.

PARAGRAFO. Cuando se hubiere atendido en debida forma el requerimiento especial y no obstante se practique liquidación oficial, el contribuyente podrá prescindir del recurso de reconsideración y acudir directamente ante la jurisdicción contencioso administrativa dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de la liquidación oficial.

31 Dentro del trámite del procedimiento administrativo tributario existen actuaciones contra las cuales procede el recurso de reposición, como son las previstas en los artículos 260-9, 579-1, 662, 671-3, 678, 682, 722, 726, 728, 732, 735, 739, 814-3 y 834 del Estatuto Tributario

32 ABELLA ZÁRATE. Procedimientos constitucional y contencioso administrativo, pág. 110.

33 Estatuto Tributario Nacional. Art. 726

34 (i) Que se formule por escrito, con expresión concreta de los motivos de inconformidad. (ii) que se interponga dentro de la oportunidad legal y (iii) que se interponga directamente por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante o se acredite la personería del apoderado o

ción³⁵, si la providencia confirma el auto de inadmisión se agota la vía gubernativa respecto de la decisión inadmisoria.

El demandante podrá acudir a la jurisdicción y solicitar la nulidad de esta decisión demostrando su ilegalidad que, en caso de ser determinada por el juez, lo habilitará a estudiar de fondo de la demanda.

- b. El recuso SE ADMITE Y SE FALLA. El demandante deberá allegar con la demanda copia de este acto para demostrar que se interpuso el recurso precedente³⁶.
- c. NO SE INTERPONE EL RECURSO CONTRA LA LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN. El parágrafo del artículo 720 Estatuto Tributario permite que el contribuyente prescinda de este recurso y acudir *per saltum* ante la jurisdicción, pero con la condición de haber respondido en debida forma el requerimiento especial.

Es importante señalar, que si transcurrido un año después de interpuesto el recurso de reconsideración no es decidido, se entenderá fallado a favor del contribuyente, es decir, que se produce el silencio administrativo positivo³⁷. No obstante, debe tenerse en cuenta, que ese término pudo haber sido suspendido durante el lapso que dure la práctica de la inspección tributaria, cuando es solicitada por el contribuyente y hasta por 3 meses cuando se practica de oficio.

Revocación directa en materia tributaria

De conformidad con el artículo 736 del Estatuto Tributario, la revocación directa prevista en el Código Contencioso Administrativo, procede únicamente cuando no se hubieren interpuesto los recursos por la vía gubernativa, es decir que, como se explicó, corresponde -por regla general- al recurso de reconsideración. En igual forma, en el procedimiento administrativo regulado en la Ley 1437 de 2011, la revocación directa de los actos no procede cuando el peticionario haya interpuesto los recursos de que los actos sean susceptibles³⁸.

Sin embargo, su trámite ante la Administración de Impuestos por parte del contribuyente es diferente al regulado en la Ley 1437 de 2011, pues

representante. Cuando se actúa a través de agente oficioso debe ratificarse su actuación dentro de los 2 meses siguientes a la notificación del auto admisorio del recurso, en caso contrario, se entenderá que el recurso no se presentó en debida forma y se revocará el auto admisorio.

35 Estatuto Tributario Nacional. Art. 728

36 Estatuto Tributario Nacional. Art. 731

37 Estatuto Tributario Nacional. Art. 734

38 L.1437/11 Art. 94

la normativa tributaria tiene previsto un plazo de 2 años para presentarla, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo³⁹. En el nuevo Código, de conformidad con el artículo 95 CPACA, la oportunidad para solicitar la revocatoria está comprendida entre la ejecutoria del acto y la oportunidad para demandarlo, o si se presentó demanda, hasta la notificación del auto que la admita.

El artículo 738-1 del Estatuto Tributario prevé un término de 1 año contado a partir de la fecha de presentación de la solicitud en debida forma, para que el Administrador de Impuestos Nacionales decida la solicitud de revocatoria, mientras que el artículo 95 de la Ley 1437 de 2011 dispone un plazo de 2 meses siguientes a la presentación de la solicitud.

A diferencia de lo regulado en el artículo 96 de la Ley 1437 de 2011 en el que se señala expresamente que ni la petición de la revocación de un acto ni la decisión que sobre ella recaiga darán lugar a la aplicación del silencio administrativo, el artículo 738-1 del Estatuto Tributario dispone que si dentro del término de 1 año antes indicado no se profiere decisión, se entenderá resuelta a favor del solicitante, debiendo ser declarado de oficio o a petición de parte el silencio administrativo positivo.

Procedimiento administrativo de cobro

El nuevo código regula el procedimiento administrativo de cobro coactivo⁴⁰ y remite el procedimiento a lo dispuesto en el Estatuto Tributario Nacional, salvo que existan normas especiales para dicho procedimiento.

Debe advertirse que desde la expedición de la Ley 1066 de 2006⁴¹, el Legislador dispuso la unificación del procedimiento administrativo de cobro remitiéndolo al Estatuto Tributario Nacional.

39 Estatuto Tributario. Art. 737

40 L. 1437/11 Arts. 98 a 101

41 Por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública y se dictan otras disposiciones. En el artículo 5º indicó: FACULTAD DE COBRO COACTIVO Y PROCEDIMIENTO PARA LAS ENTIDADES PÚBLICAS. Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario.

PARÁGRAFO 1o. Se excluyen del campo de aplicación de la presente ley las deudas generadas en contratos de mutuo o aquellas derivadas de obligaciones civiles o comerciales en las que las entidades indicadas en este artículo desarrollan una actividad de cobranza similar o igual a los

El artículo 101 de la Ley 1437 de 2011 establece que sólo serán demandables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los actos administrativos que deciden las excepciones a favor del deudor, los que ordenan llevar adelante la ejecución y los que liquiden el crédito. Además, el párrafo de la citada norma dispone que la demanda contra dichos actos tienen «prelación», sin perjuicio de la que le corresponda por la Constitución u otras leyes para otros procesos.

De lo anterior se observa que el nuevo código incluyó lo que jurisprudencialmente se había sostenido por la Sección Cuarta en el sentido de que el control jurisdiccional se amplía a actuaciones que, sin ser las señaladas por el artículo 835 del Estatuto Tributario⁴², pueden constituir decisiones diferentes a la simple ejecución de la obligación tributaria, porque crean una obligación distinta, como es el caso de la liquidación del crédito.

En conclusión, bajo el nuevo Código se especifican los actos demandables ante la jurisdicción y a diferencia del Estatuto Tributario que permite demandar los actos que fallan las excepciones sin hacer ninguna precisión, en el artículo 101 de la Ley 1437 de 2011 sólo se permite la demanda contra el acto que decide las excepciones siempre que sean a favor del deudor.

La demanda: requisitos y oportunidad

Puede afirmarse que el nuevo código reitera los requisitos del anterior Código. Sólo hace precisiones en relación con la forma en que deben presentarse las pretensiones, los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones e incluye la posibilidad de indicar una «dirección electrónica para notificaciones», teniendo en cuenta que en esta Ley cobran importancia estas herramientas tecnológicas como medios para contribuir no solo con la actividad de la Administración sino de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

particulares, en desarrollo del régimen privado que se aplica al giro principal de sus negocios, cuando dicho régimen esté consagrado en la ley o en los estatutos sociales de la sociedad.

PARÁGRAFO 2o. Los representantes legales de las entidades a que hace referencia el presente artículo, para efectos de dar por terminados los procesos de cobro coactivo y proceder a su archivo, quedan facultados para dar aplicación a los incisos 1o y 2o del artículo 820 del Estatuto Tributario.

42 Las resoluciones que fallan las excepciones y las que ordenan llevar adelante la ejecución.

En este punto es importante destacar que en el procedimiento administrativo tributario nacional ya se prevé la posibilidad de que las notificaciones de las actuaciones de la Administración se realicen de manera electrónica⁴³.

La Ley 1437 de 2011 realiza importantes avances para introducir no solo el procedimiento administrativo sino el judicial en la utilización de medios electrónicos, con el fin de que en un plazo de 5 años, todas las actuaciones procesales escritas puedan estar contenidas en documentos electrónicos que estén a disposición de los usuarios de la administración judicial.

Sin embargo, en materia del procedimiento administrativo tributario esta implementación ha venido desde la Ley 1111 de 2006 que estableció en los artículos 45 y 46 los medios electrónicos como una de las posibilidades para la notificación de las actuaciones de la administración tributaria. Para ello la DIAN asigna una dirección electrónica a los contribuyentes que opten por esta forma de notificación.

El Decreto Ley 19 del 10 de enero de 2012 (ley antitrámite), modificó el Estatuto Tributario para indicar que cuando no sea posible determinar la dirección de un contribuyente o la notificación sea devuelta por correo, deberá notificarse la parte resolutive del respectivo acto administrativo en el portal *web* de la DIAN, para lo cual deben implementarse mecanismos de búsqueda por número de identificación tributaria, además de la publicación que debe realizarse en un lugar de acceso al público de la entidad.

De esta forma, desaparece la notificación que en esos casos se hacía en un periódico de amplia circulación nacional o regional del lugar que correspondiera a la última dirección informada en el RUT⁴⁴.

No cabe duda entonces, que en materia tributaria, por lo menos la legislación, se ha anticipado a lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011, lo cual permitirá avanzar en que toda la actuación administrativa de la DIAN se adelante por medios electrónicos y, en esa medida, llegar en la práctica a que dicha actuación, cuando sea demandada, sea remitida por el mismo medio a la jurisdicción contencioso administrativa, donde también puede adelantarse por vía electrónica el procedimiento judicial, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 186 de la Ley 1437 de 2011, que permite que todas las actuaciones judiciales susceptibles de surtirse en forma escrita se podrán realizar a través de medios electrónicos.

43 L. 1111/06. Art. 45 que modificó el art. 565 Estatuto Tributario

44 En el procedimiento administrativo tributario continúa vigente la notificación por edicto, cuando el contribuyente no comparece a notificarse personalmente de los actos que deciden los recursos. Estatuto Tributario. Art. 565

Algunos de los requisitos de la demanda que requieren de un análisis concreto en demandas contra actos administrativos de contenido tributario, son:

Designación de las partes y de sus representantes

Cuando la parte demandada es la DIAN, por haber sido la entidad que profirió los actos demandados, debe tenerse en cuenta que en el nuevo código al igual que el anterior en los procesos sobre impuestos del orden nacional, la representación de las entidades públicas la tendrán el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales en lo de su competencia, o el funcionario que expidió el acto⁴⁵.

Vale la pena recordar que la DIAN es una unidad administrativa especial con personería jurídica cuya representación legal está a cargo de su Director quien podrá delegarla⁴⁶. En el caso de los impuestos territoriales, la Constitución Política señala que la representación judicial de los municipios y departamentos recae en cabeza del Alcalde Municipal y del Gobernador⁴⁷.

Es importante precisar que el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1411 de 2011, creó la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación, unidad administrativa especial que tiene como objetivo el diseño de estrategias, planes y acciones para la defensa jurídica de la Nación y del Estado, políticas en materia de prevención de las conductas antijurídicas por parte de servidores y entidades públicas, del daño antijurídico y la extensión de sus efectos y las acciones que aseguren la adecuada implementación de las estrategias, para la defensa de los intereses litigiosos de la Nación⁴⁸.

Dentro de sus funciones está la de asumir, en calidad de demandante, interviniente, apoderado o agente y en cualquier otra condición que prevea la Ley, la defensa jurídica de las entidades y organismos de la Administración Pública, y actuar como interviniente en aquellos procesos judiciales de cualquier tipo en los cuales estén involucrados los intereses de la Nación, de acuerdo con la relevancia y los siguientes criterios:

- La cuantía de las pretensiones.
- El interés o impacto patrimonial o fiscal de la demanda;

45 L. 1437/11 Art. 159 inc. 4º

46 L. 489/98 Art. 9º

47 C.P. Arts. 314 y 303 respectivamente

48 Dcto. 4085/11 Art. 2º «Por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado».

- El número de procesos similares;
- La reiteración de los fundamentos fácticos que dan origen al conflicto o de los aspectos jurídicos involucrados en el mismo;
- La materia u objetos propios del proceso y la trascendencia jurídica del proceso por la creación o modificación de un precedente jurisprudencial;

De acuerdo con lo anterior, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación podrá actuar como apoderado de la DIAN ante la jurisdicción contencioso administrativa e incluso el parágrafo del artículo 6º del Decreto 4085 de 2011 le permite celebrar convenios interadministrativos para asumir la representación judicial de las entidades territoriales.

Las pretensiones

Además de la precisión y claridad que exige el artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, es importante destacar que la nueva normativa introduce un cambio en relación con los actos que deben ser demandados.

Con el nuevo Código, se advierte que en el artículo 163 se entiende que cuando se demanda el acto principal también quedan incluidos los actos que deciden los recursos. En materia tributaria entonces, la sola demanda de la solicitud de anulación de la liquidación oficial de revisión permitirá entender que también cobija la de la resolución que decidió el recurso de reconsideración.

En cuanto a la prueba del silencio administrativo, este requisito también está previsto en el artículo 166 de la Ley 1437 de 2011, como anexo de la demanda.

Oportunidad para presentar la demanda

Este requisito no requiere mayor análisis por cuanto el nuevo código no modificó el término que actualmente rige para la interposición de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho⁴⁹. En esas condiciones, la demanda deberá presentarse dentro del término de *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.

49 L. 1437/11 Art. 164 numeral 2º literal d)

Solicitud de suspensión provisional

De conformidad con el artículo 238 de la Constitución, la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

En desarrollo de esta disposición, el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 establece los requisitos para suspender los efectos de los actos administrativos, pero es necesario verificar si existen cambios con lo establecido en el anterior Código Contencioso Administrativo.

La nueva normativa mantiene la exigencia de que la solicitud de suspensión provisional se haga por escrito debidamente sustentada y que, adicionalmente, al tratarse de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se demuestre al menos sumariamente el perjuicio actual o potencial que puede generar el acto.

En el nuevo Código se amplían las posibilidades para que el Juez decrete las medidas cautelares que estime pertinentes, sin que las haya limitado a determinado tipo de procesos o controversias, razón por la cual, en materia de impuestos, será en cada caso concreto que se determine la necesidad de adoptar alguna de esas decisiones.

En relación con la suspensión de «actos administrativos de carácter particular», por tratarse de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho verifica que se cumpla con la exigencia de demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio de que la ejecución del acto demandado causa o podría causar, sin embargo no es usual que se solicite el decreto de esta medida y cuando se pide no se cumple con el requisito de probar el perjuicio.

En la nueva normativa, la suspensión provisional de actos administrativos de carácter particular que sea revocada en el curso del proceso por ser improcedente o cuando la sentencia sea desestimatoria, impone la obligación al solicitante de responder patrimonialmente por los perjuicios causados⁵⁰.

50 L. 1437/11 Art. 204

Trámite de la demanda

Las reglas aplicables al trámite de la demanda una vez ha sido repartida al juez que en ella se indica y con el fin de trabar la relación jurídico procesal, entre las partes en conflicto en el nuevo código, están relacionadas con las decisiones que puede adoptar el funcionario judicial, según sea el caso, así: falta de jurisdicción o de competencia, rechazo de la demanda, inadmisión de la demanda y corrección, admisión de la demanda, traslado y reforma.

Sin embargo, en materia tributaria, es importante dentro del trámite de la demanda la figura de la suspensión del proceso por prejudicialidad que es frecuente en procesos relacionados con asuntos tributarios. En efecto, la suspensión del proceso está regulada en los artículos 170 a 172 del Código de Procedimiento Civil aplicable al procedimiento contencioso administrativo por disposición del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011

Estas situaciones ocurren debido a que:

Si se anulan los actos oficiales de liquidación del impuesto y se deja en firme la declaración privada, procedería acceder a las pretensiones de la demanda en el proceso sancionatorio.

Pero sí la decisión que se toma frente a la liquidación oficial de revisión es desfavorable para la parte demandante, de tal manera que quedaren en firme los actos de la administración, la decisión será la de confirmar la sanción impuesta.

Por lo anterior, es necesario suspender el proceso en el que se discuten los actos sancionatorios hasta tanto se defina la legalidad de liquidación oficial del impuesto.

Contestación de la demanda

Dentro del traslado de la demanda, la parte demandada debe contestarla por escrito, en el que se deben indicar todos los aspectos señalados en el artículo 144 de la Ley 1437/11.

Debe resaltarse que la contestación de la demanda es una facultad, es decir, que la entidad demandada puede guardar silencio, lo cual podrá ser apreciado como indicio grave en su contra, en aplicación del artículo 95 del C.P.C, cuya remisión también está prevista en el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011.

En relación con los demás requisitos no se observan cambios sustanciales respecto de lo regulado en el artículo 144 del anterior Código Contencioso Administrativo.

En cuanto a las posibilidades que tiene el demandado, el artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, prevé: proponer excepciones, allanarse o acudir a la transacción, o presentar demanda de reconvencción.

Para efectos del proceso tributario, merecen comentario, las siguientes:

En cuanto a las *excepciones previas* con la Ley 1437 de 2011, las excepciones previas serán decididas en la audiencia inicial, que más adelante se explicará.

En relación con el *allanamiento*, la norma exige que se trate de asuntos conciliables, que como se explicó no es posible en asuntos tributarios.

Finalmente, la *demanda de reconvencción* no es aplicable en controversias tributarias, porque en estas no se pretende una condena en contra de la Administración, sino una declaración de la obligación fiscal.

Etapas del proceso en la ley 1437 de 2011

La oralidad en el proceso contencioso administrativo

El principal cambio que introduce la Ley 1437 de 2011 al trámite del proceso contencioso administrativo es el de la oralidad sustentado en tres razones principales: política legislativa, necesidad de modificar las atribuciones del juez, eficiencia en la administración de justicia⁵¹.

Es indiscutible que las finalidades perseguidas por la implantación del sistema oral en el procedimiento contencioso administrativo son loables, pues se pretende que exista una mayor intermediación del juez en la práctica de las pruebas y en su relación con las partes, permitirá garantizar la celeridad, sencillez y economía del trámite, todo lo cual requiere en la práctica una gran inversión económica –salas de audiencias, equipos de grabación- y de preparación en todos los niveles –funcionarios judiciales, estudiantes, abogados litigantes, etc.- para que este sistema pueda cumplir con sus objetivos.

No obstante, en materia de controversias tributarias, el sistema oral requerirá de un mayor esfuerzo y adaptación, toda vez que desde su trámite en sede administrativa predomina la escrituralidad y las pruebas documentales, tales como libros de contabilidad, facturas, certificados de revisor fiscal, etc.

51 ARBOLEDA PERDOMO. Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. P. 243.

Etapas del proceso contencioso administrativo: primera y única instancia

De conformidad con el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, el proceso para adelantar y decidir todos los litigios incluyendo el tributario, respecto de los cuales este Código u otras leyes no señalen un trámite o procedimiento especial, en primera y en única instancia, se desarrollará en las siguientes ETAPAS:

- Audiencia inicial
- Audiencia de pruebas
- Audiencia de alegaciones y de juzgamiento

Cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, el juez prescindirá de la segunda etapa y procederá a dictar la sentencia dentro de la audiencia inicial, dando previamente a las partes la posibilidad de presentar alegatos de conclusión.

Este último evento aplicará, principalmente, en el medio de control de simple nulidad, en el que el juez se limita a hacer una confrontación del acto acusado con la norma invocada como violada, análisis en el que no se requiere, por lo general, aportar pruebas.

En cuanto al régimen probatorio en la Ley 1437 de 2011, pueden establecerse las siguientes características:

El Código de Procedimiento Civil regula los aspectos probatorios que no han sido regulados de manera especial por el nuevo código, como ocurre con el dictamen pericial⁵². Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en materia de impuestos, el Estatuto Tributario contiene un régimen probatorio específico y en el que se señalan los requisitos que deben reunir ciertas pruebas para tener validez en el proceso administrativo tributario, no obstante que admite también los medios de pruebas señalados en el Código de Procedimiento Civil en cuanto no sean incompatibles con sus disposiciones.

Contenido de la sentencia

El artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 regula el contenido de la sentencia sin que introduzca cambios sustanciales. En términos generales, puede afirmarse que la única inclusión que hace el nuevo Código, está referida al ajuste en las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero con base en el IPC, aspecto regulado en el artículo 178 del anterior código.

52 L.1437/11 Arts. 218 a 221

En el proceso contencioso tributario, la pretensión, por regla general, consiste en la modificación de la obligación fiscal, por lo tanto, en el fallo se practica una nueva liquidación de impuestos, que reemplaza la realizada por la Administración, pero en cuanto a los intereses existe un régimen especial en el E.T.

En cuanto a los efectos de la sentencia, el inciso 5º del artículo 189 de la Ley 1437 de 2011 reitera lo dispuesto en el artículo 175 del anterior Código Contencioso Administrativo, en relación con la sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho al disponer que «aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor».

Trámite del proceso contencioso administrativo en segunda instancia

En la segunda instancia del proceso contencioso administrativo en el nuevo código también se aplica la oralidad, aunque es «potestativo del Consejo de Estado». De acuerdo con el artículo 247, el recurso de apelación contra la sentencia debe interponerse y sustentarse dentro de los *10 días* siguientes a su notificación ante el *a quo* y se dispondrá remitir el expediente al superior. En este sentido ya está operando actualmente, en virtud del artículo 67 de la Ley 1395 de 2010 que modificó el artículo 212.

Admitido el recurso por el superior, y vencido el término probatorio de *10 días*⁵³, cuando las partes las hayan solicitado, debe señalar hora y fecha para la audiencia de alegaciones y juzgamiento dentro de un término no mayor a *20 días*, pero si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de la audiencia, ordenará la presentación de alegatos por escrito dentro de los *10 días* siguientes y dictará sentencia dentro de los *20 días* siguientes.

Como se explicó, en el proceso contencioso administrativo tributario, por lo general, las pruebas son de tipo documental o pericial, que por su especialidad requieren de un análisis complejo, razón por la cual, las audiencias se limitarán a etapas de recaudo de pruebas y, en la mayoría de los casos, será poco posible dictar sentencia en la correspondiente audiencia de juzgamiento, salvo que se trate de asuntos o controversias que ya hayan sido decididas por el Tribunal o por el Consejo de Estado, situaciones que generalmente se pueden presentar, por ejemplo, cuando se demandan por separado diferentes bimestres de IVA o de ICA del mismo contribuyente y las declaraciones privadas han sido cuestionadas por idénticas causas, lo que permitiría aplicar el precedente judicial.

53 L.1437/11 Art. 212 par.

Cumplimiento de la sentencia

Aunque el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 establece la forma en que debe cumplirse la sentencia proferida por la jurisdicción contencioso administrativa, esta regulación no es aplicable cuando la decisión verse sobre asuntos tributarios, por cuanto dicha disposición hace referencia a sentencias condenatorias y en los procesos de impuestos las sentencias son de tipo declarativo.

Entonces, las autoridades tributarias para dar cumplimiento a las sentencias realizan una verificación del estado de cuenta del contribuyente para determinar si con el fallo se genera un saldo a cargo por impuestos y sanciones o un saldo a favor.

- *Si existe saldo a cargo:* Se procede a liquidar el valor con los recargos por concepto de intereses a que haya lugar.
- *Si existe saldo a favor:* Se procede a ordenar su devolución con los intereses que se causen a favor del contribuyente en aplicación del artículo 864 del Estatuto Tributario.

Recursos extraordinarios

Recurso extraordinario de revisión

Tanto el anterior como el nuevo Código contemplan este recurso contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por:

Las Secciones y Subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Jueces administrativos⁵⁴.

Sin embargo se introducen algunos cambios que se resaltan por ser pertinentes para la materia tributaria, así:

La competencia para conocer del recurso contra una sentencia del Consejo de Estado continúa en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, pero a diferencia de lo que ocurre actualmente, en la decisión interviene la Sección que profirió la sentencia recurrida. Anteriormente la Sección excluida podía intervenir en la discusión si es llamada a explicar la decisión.

La oportunidad para interponer el recurso se redujo de *dos años a uno*, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, pero cuando se invoquen las causales que tienen como fundamento una sentencia penal, el término se cuenta a partir de la ejecutoria de esta última.

54 L.1437/11 Art. 248

En vigencia del nuevo Código no se exigirá la caución. Las causales son las mismas.

Recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia⁵⁵

Este novedoso medio de impugnación extraordinario puede ser interpuesto por cualquiera de las partes del proceso o terceros afectados con la decisión, siempre mediante apoderado.

El recurso tiene como finalidad:

- Asegurar la unidad de la interpretación del derecho y su aplicación uniforme.
- Garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y,
- Reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales, cuando fuere del caso.

Se tendrán como «sentencias de unificación» las proferidas por el Consejo de Estado en los siguientes eventos:

- a. Por importancia jurídica o trascendencia económica o social.
- b. Por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.
- c. Al decidir los recursos extraordinarios.
- d. Las relativas al mecanismo eventual de revisión de las acciones populares y acción de grupo.

Procedibilidad: Habrá lugar a este recurso cuando la sentencia impugnada contraríe o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado.

Este recurso procederá: Contra las sentencias dictadas en única y segunda instancia por los Tribunales Administrativos, cuando no proceda el recurso de apelación.

Tratándose de sentencias de contenido patrimonial o económico, como ocurre en materia tributaria, el recurso procederá siempre que la cuantía de la condena o, en su defecto, de las pretensiones de la demanda, sea igual o exceda los siguientes montos vigentes al momento de la interposición del recurso y que están establecidos en el artículo 257 de la Ley 1437 de 2011.

El recurso será tramitado y decidido por la *Sección especializada* del Consejo de Estado.

55 L. 1437/11 Arts. 256 a 268

Bibliografía

ABELLA ZÁRATE, Jaime. Procedimientos constitucional y contencioso administrativo en materia tributaria. Bogotá : LEGIS. 1999.

ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá : LEGIS.

Jurisprudencia:

Consejo de Estado, Sección Cuarta:

Sentencia del 24 de octubre de 2007, Exp. 15730.

Sentencia del 3 de marzo de 2011, Exp. 17741.

Sentencia del 18 de marzo del 2004, Exp. 13751.

COMPETENCIAS NORMATIVAS TRIBUTARIAS EN COLOMBIA¹

Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

Presidente de la Sección Cuarta del Consejo de Estado

¹ Este ensayo fue publicado por la Universidad Nacional Autónoma de México como parte de las memorias de las Segundas Jornadas Internacionales de la Función Consultiva realizado en México los días 29 y 30 de marzo del año 2012.

El principio de reserva de ley para asuntos tributarios (reserva de la ley tributaria) orienta las competencias normativas tributarias en Colombia. En materia de impuestos nacionales, la competencia para regular los asuntos tributarios radica en el Congreso de la República. El poder ejecutivo ejerce la facultad reglamentaria. Tratándose de los impuestos territoriales, la constitución colombiana les reconoce a las entidades territoriales autonomía relativa para votar sus tributos, pues su regulación se supedita a la ley de creación del tributo. Las normas y reglamentos tributarios son objeto de control ante la jurisdicción constitucional y ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. El gobierno colombiano no acude periódicamente a los servicios de la Sala de Consulta del Consejo de Estado en materia tributaria porque cuenta con un organismo del mismo gobierno que funge como autoridad doctrinaria en ese tema.

Glosario

Autonomía:² “(...) *capacidad de gestión independiente de los asuntos propios. Etimológicamente, autonomía significa autonormarse, y de ella se derivan las siguientes consecuencias: a. Capacidad de dictar*

2 De conformidad con el artículo 298 de la Constitución Política de Colombia los departamentos tienen autonomía para la administración de los asuntos seccionales y la planificación y promoción del desarrollo económico y social dentro de su territorio en los términos establecidos por la Constitución. También ejercen funciones administrativas, de coordinación, de complementariedad de la acción municipal, de intermediación entre la nación y los municipios y de prestación de los servicios que determinen la Constitución y las leyes.

Al municipio, como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado Colombiano, le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación

*normas; b. Capacidad de la comunidad de designar sus órganos de gobierno; c. Poder de gestión de sus propios intereses y d. Suficiencia financiera para el desempeño de sus competencias*³.

Descentralización administrativa⁴: Distribución de competencias entre los diversos niveles de la administración pública de Colombia. La prestación de los servicios corresponde a los municipios, el control sobre dicha prestación a los departamentos y la definición de planes, políticas y estrategias a la Nación. La descentralización administrativa también comprende la delegación y desconcentración de funciones para que los funcionarios regionales de las entidades descentralizadas posean y ejerzan 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.

Entidad territorial: Son áreas geográficas del territorio colombiano delimitadas por el gobierno nacional. Pueden denominarse departamentos, distritos, municipios o territorios indígenas. Por disposición legal, también pueden tener el carácter de entidades territoriales: las regiones y las provincias⁵.

Órganos de representación popular: En este escrito, hace referencia al Congreso de la República de Colombia, a las corporaciones administrativas seccionales, distritales y locales de elección popular de los departamentos, los distritos y municipios, esto

comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y la ley. Artículo 311 de la Constitución Política de Colombia. El Distrito Capital de Bogotá tiene el mismo régimen política, fiscal y administrativo de los municipios. Artículo 322 de la Carta Política de Colombia.

3 Colombia, Corte Constitucional, sentencias C-1051 de 2001 y C-790 de 2002.

4 Definición basada en el principio de descentralización administrativa definido por el artículo 7° de la Ley 489 de 1998, mediante la cual, el Congreso de la República de Colombia dictó normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, expidió 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 dictó otras disposiciones. Las provincias se constituyen con municipios o territorios indígenas circunvecinos, pertenecientes a un mismo departamento. Se crean para cumplir funciones que les deleguen la Nación, los departamentos o los municipios que las integran. La ley fija su régimen administrativo. Artículo 321 de la Constitución Política de Colombia.

Las Regiones se constituyen con dos o más departamentos. Su objeto principal es el desarrollo económico y social del respectivo territorio. También están facultadas para constituir una región, el Distrito Capital de Bogotá, el Departamento de Cundinamarca y los departamentos contiguos. Artículo 306 de la Constitución política de Colombia.

5 Colombia, Constitución Política. Artículos 286, 307 y 321.

es, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales.

Establecimiento público: Son organismos de la rama ejecutiva encargados principalmente de atender funciones administrativas y de prestar servicios públicos conforme con las reglas del derecho público⁶.

Introducción

El presente escrito trata sobre las competencias normativas tributarias en Colombia. El objetivo es precisar, primero, cómo opera el control judicial de las normas que se expiden en desarrollo de esas competencias y, segundo, cómo han influido esas competencias normativas en la función consultiva de la Sala de Consulta del Consejo de Estado. Para el efecto, el capítulo primero describe la fisonomía del Estado Colombiano, como presupuesto necesario para comprender el fundamento constitucional de las competencias normativas en materia tributaria. El capítulo segundo detalla las competencias normativas en materia de impuestos nacionales y en materia de impuestos territoriales. Respecto de los impuestos nacionales, el ensayo precisa las competencias del Congreso de la República, del Presidente de la República y de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Con fines ilustrativos, se describe el impuesto sobre la renta y las rentas complementarias y el impuesto sobre el valor agregado –IVA. Respecto de los impuestos territoriales, se analiza la competencia concurrente del Congreso de la República y de las entidades territoriales, en desarrollo de la relativa autonomía tributaria prevista en la Constitución de Colombia de 1991. Se pone de presente la doctrina judicial que el Consejo de Estado ha sentado en esta materia. Para todo tipo de tributo, se destaca que tanto el poder ejecutivo colombiano como el poder ejecutivo del distrito capital gozan de autoridad doctrinaria para interpretar las normas tributarias y que, en ejercicio de esa autoridad, dictan conceptos que son reglamentos administrativos que rigen el cumplimiento de las obligaciones de los contribuyentes. En el capítulo tercero, se alude al control judicial de las normas tributarias. Y, en el capítulo cuarto, se justifica, con todo lo dicho, la razón por la cual la doctrina de la Sala de Consulta del Consejo de Estado es escasa en materia tributaria.

⁶ Colombia, Ley 489 de 1998, artículo 7º.

Fisonomía del Estado Colombiano

De conformidad con el artículo 1º de la Constitución Política promulgada en 1991, Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales.

La derogada Constitución de 1886 decía simplemente que Colombia era una república unitaria y administrativamente descentralizada. De ahí nació el lema según el cual, en Colombia reinaba el unitarismo político y la descentralización administrativa. El concepto de autonomía estaba atado al de la descentralización, que es una manera de apenas administrar la cosa pública. A partir de 1991, se ha empezado muy tímidamente a asociar el concepto de autonomía como una forma de morigerar el unitarismo político a la manera como estaría ocurriendo en el Estado Español o en lo que se conoce como los estados autonómicos o regionales.

Sin embargo, tanto en la legislación como en la jurisprudencia y en la doctrina la opinión más común es la de que en Colombia solamente puede existir un solo centro de producción legislativa, que es el Congreso de la República. Que ni las asambleas departamentales ni los concejos municipales, que son organismos de elección popular que representan a la gente de los departamentos y municipios, respectivamente, pueden dictar normas con fuerza de ley o con la misma fuerza de una ley expedida por el congreso. Sin embargo, poco a poco se abre paso una idea más proclive hacia la autonomía política local.

Existe una polémica, a pesar de que la Constitución de Colombia lleva más de 20 años de expedida, sobre los alcances que el constituyente le ha dado a eso de que Colombia es al mismo tiempo una república unitaria, pero con autonomía de sus entidades territoriales, que son las reparticiones político administrativas en que se divide el territorio nacional (departamentos, distritos y municipios)⁷.

7 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1096 de 2001: "(...) 2. De acuerdo con el artículo 1º de la Constitución Política, el Estado en Colombia se organiza en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales. En aplicación del concepto de descentralización a que hace referencia este artículo, el Estado en Colombia se organiza en dos niveles, el nacional y el territorial, y, por lo tanto, la organización política del Estado colombiano comprende la Nación y las entidades territoriales. En estas condiciones, la Nación, [2] los departamentos, distritos y municipios son personas jurídicas de derecho público. Adicional a la organización política del Estado, la organización administrativa permite la creación, tanto en el nivel nacional como en el territorial, de entidades públicas diferentes a las señaladas, con su propia personalidad jurídica. Es el caso, por ejemplo, para el nivel nacional, de la Comisión Nacional de Televisión (C.P., art. 76), el Banco de la República (C.P., art. 371) y las entidades descentralizadas (C.P., arts. 150-7, 209 y tr. 27). En el mismo sentido la Constitución consagra para el nivel territorial la creación de entidades descentralizadas (C.P. arts. 300-7 y 313-6) y la constitución

En síntesis, Colombia tiene una muy larga tradición de unitarismo político. Intereses de diversa índole impiden que Colombia pueda tener una fisonomía política dirigida hacia el federalismo, fenómeno del cual la autonomía es una fase intermedia. Esto se irradia hacia muchos temas de la legislación colombiana, en especial, hacia la legislación tributaria, como vamos a verlo enseguida.

De las competencias normativas tributarias en Colombia. Generalidades

Las competencias normativas tributarias en Colombia, entendidas como las facultades para crear, modificar o revocar el régimen jurídico de los tributos están repartidas entre varias instituciones y organismos, en cuya cabeza se destaca la competencia máxima del Congreso de la República y la competencia mínima que pudieran tener en un momento dado un gobernador o un alcalde para dictar un reglamento menor en orden a recaudar correctamente las rentas. Todo eso, dentro de un esquema típicamente piramidal, a pesar de que, como se verá más adelante, se ha venido creando una jurisprudencia a favor de fortalecer la autonomía tributaria de las asambleas departamentales y los concejos municipales.

El clásico principio denominado *-de reserva de la ley tributaria-* que se identifica con la máxima *no taxation without representation*, es decir, que no hay impuesto sin representación y que, por lo tanto, la creación de los impuestos es privativa de la ley- es un principio que se pretende respetar a lo largo del ordenamiento colombiano. Sin duda, en Colombia, el Congreso de la República es el que tiene la mayor competencia para imponer impuestos, seguido de las asambleas y los concejos, que fundamentalmente complementan la labor del congreso, órganos estos de elección popular. Algunos doctrinantes solo le reconocen al congreso esa competencia.

Sin embargo, en Colombia, como en muchos otros países, entran en juego las competencias de creación de la ley (poder legislativo) y las competencias de reglamentación de la ley, que generalmente están en cabeza del poder ejecutivo (reglamentación y regulación delegada). De ese modo, encontramos que finalmente el régimen jurídico para cobrar un determinado

de regiones administrativas y de planificación (C.P., art. 306). 3. En estas circunstancias se impone distinguir entre la organización política y la organización administrativa del Estado. Mientras que la organización política obedece a la forma de Estado y se manifiesta en la Nación, persona jurídica, y las entidades territoriales (C.P., art. 1°), [3] la organización administrativa responde a la manera como se asume, en el sector central o descentralizado, la prestación de servicios y el cumplimiento de las funciones asignadas a cada nivel del Estado (C.P., art. 209)."

impuesto está constituido por normas que provienen del legislativo y por normas que provienen del ejecutivo. Se supone que los tribunales de justicia cuidan que la reglamentación del poder ejecutivo nunca sobrepase, avasalle o anule la norma reglamentada.

Competencias normativas en materia de impuestos nacionales

Competencias normativas del Congreso de la República de Colombia

El artículo 338 de la Carta Política de Colombia de 1991 dispone que, en tiempo de paz, solamente el congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales pueden imponer contribuciones⁸ fiscales o parafiscales y que, por lo tanto, la ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar directamente los elementos de los tributos.

En concordancia con esa disposición, el numeral 12 del artículo 150 de la Carta Política prevé que le corresponde al Congreso de la República *“Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.”*

En consecuencia, los impuestos nacionales no pueden sino decretarse mediante ley expedida por el Congreso de la República.

Competencias normativas del Poder Ejecutivo de Colombia en materia tributaria

Competencia normativa del Presidente y el Ministro del ramo

Dado que al poder ejecutivo le corresponde *“Velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos”*⁹ está facultado también para expedir reglamentos, que son normas generales que procuran la correcta ejecución de las leyes. Los reglamentos se miran como leyes en sentido material, que no formal, que mandan, prohíben, permiten o castigan, claro que esto último con muchas reservas.

8 La Constitución Política de Colombia utiliza el vocablo “contribución” en el sentido de “Cuota o cantidad que se paga para algún fin, y principalmente la que se impone para las cargas del Estado.” Por tanto, está referido a cualquier tipo de tributo.

9 Colombia, Constitución Política. Artículo 189 No. 20.

La facultad de regulación, mediante la reglamentación, la tienen el Presidente de la República y sus ministros¹⁰, que expiden los decretos o las normas que sean absolutamente necesarias para reglamentar los aspectos sustantivos y procedimentales de la ley tributaria¹¹. En materia tributaria, esta facultad la ejerce el Presidente de la República junto con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, generalmente.

Competencia normativa de la Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

La facultad de regulación también está atribuida a los establecimientos públicos o entidades del sector descentralizado por servicios del poder ejecutivo. Normalmente, esa regulación se manifiesta en resoluciones, instrucciones o circulares de carácter general que, al igual que los decretos reglamentarios, deben sujeción estricta a la ley que reglamentan.

Fernández Quiñones, para el caso de México, explica que a las agencias administrativas también se les ha encomendado la tarea de aprobar reglas y reglamentos, actividad que el autor califica como de carácter legislativo¹².

Considero que con ese mismo carácter, las entidades públicas del gobierno colombiano del orden nacional descentralizadas por servicios también expiden reglamentos, llámense resoluciones, instrucciones o circulares, pues, en últimas, estos actos de la administración buscan, parafraseando a Fernández Quiñones, definir el ámbito de la acción administrativa.

Para el tema tributario, en Colombia, esa facultad recae en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante DIAN, que es una unidad administrativa especial dentro de la estructura orgánica del Estado Colombiano.

10 Colombia, Ley 489 de 1998. artículo 57. Organización y funcionamiento de los ministerios y departamentos administrativos. De conformidad con el artículo 206 de la Constitución Política, el número, denominación y orden de precedencia de los ministerios y departamentos administrativos serán determinados por la ley. Compete al Presidente de la República distribuir entre ellos los negocios según su naturaleza. Artículo 58. Objetivos de los ministerios y departamentos administrativos. Conforme a la Constitución, al acto de creación y a la presente ley, los ministerios y los departamentos administrativos tienen como objetivos primordiales la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Administrativo que dirigen."

11 Colombia, Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 189 No. 11.

12 El autor precisa que "la doctrina reconoce que el organismo administrativo puede, mediante la reglamentación, darle contenido y precisión a la política pública delineada por la Asamblea Legislativa. Demetrio Fernández Quiñones. "Derecho Administrativo y Ley Uniforme de Procedimientos Administrativos". Editorial Forum. 1993.

Las unidades administrativas especiales son entidades descentralizadas, con autonomía administrativa y patrimonial, que se sujetan al régimen jurídico contenido en la ley que las crea y, en lo no previsto por esta, al régimen jurídico de los establecimientos públicos¹³.

La DIAN está adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Está dotada de personería jurídica propia y goza de autonomía administrativa y presupuestal¹⁴. La adscripción implica que la función misional debe cumplirse de conformidad con los lineamientos de la política fiscal que indique el Ministerio de Hacienda.

El objeto misional de esa institución comprende: garantizar la seguridad fiscal y proteger el orden público económico nacional¹⁵. Estos objetivos los cumple mediante la administración de los impuestos nacionales, actividad que comprende el recaudo, la fiscalización, la liquidación, la discusión, el cobro, la devolución y/o compensación de los impuestos nacionales, y la imposición de las sanciones previstas por el incumplimiento del régimen tributario.

El director general de la DIAN, designado directamente por el Presidente de la República, como representante legal de ese organismo, participa en la definición de políticas en materia de tributos y de comercio exterior, en la preparación de los proyectos gubernamentales que tengan relación con dichas materias¹⁶. Y, además, imparte instrucciones de carácter general en esas materias¹⁷.

Adicionalmente, la DIAN funge como autoridad doctrinaria¹⁸, puesto que tiene la facultad de interpretar las normas que regulan los tributos nacionales, las normas aduaneras y las de régimen cambiario, en lo de competencia de esa institución.

13 Colombia, Ley 489 de 1998, Artículo 82. Unidades administrativas especiales y superintendencias con personería jurídica. Las unidades administrativas especiales y las superintendencias con personería jurídica, son entidades descentralizadas, con autonomía administrativa y patrimonial, las cuales se sujetan al régimen jurídico contenido en la ley que las crea y en lo no previsto por ella, al de los establecimientos públicos.

14 Colombia, Decreto Ley 1071 de 1999 y Decreto 4048 de 2008.

15 Colombia, Decreto Ley 1071 de 1999, Artículo 4o. Objetivo de la entidad. La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, tiene como objeto coadyuvar a garantizar la seguridad fiscal del Estado colombiano y la protección del orden público económico nacional, mediante la administración y control al debido cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias y la facilitación de las operaciones de comercio exterior en condiciones de equidad, transparencia y legalidad.

16 Colombia, Decreto 4048 de 2008, numeral 13 del artículo 6°

17 Colombia, Decreto 4048 de 2008, numeral 12 del artículo 6°

18 Colombia, Decreto 4048 de 2008, numeral 11 del artículo 3°

En desarrollo de las facultades de instrucción, la DIAN expide resoluciones y, como autoridad doctrinaria, emite conceptos. En palabras de Fernández Quiñones, la DIAN expide dos categorías de reglas: las que establecen los procedimientos y las que interpretan la ley¹⁹.

El Estatuto Tributario de los impuestos nacionales de Colombia

Aunque, según lo visto, de conformidad con la Constitución Política de Colombia, es al Congreso de la República de Colombia al que le corresponde crear los impuestos y establecer todos sus elementos, así como también, adoptar el procedimiento administrativo general para hacer efectivo el recaudo, el Estatuto Tributario de Colombia vigente en la actualidad no fue dictado por el Congreso de la República, sino por el ejecutivo, pero habilitado como legislador extraordinario.

¿Por qué razón? Porque en vigencia de la Constitución de 1886, el Congreso de la República podía revestir al presidente de facultades extraordinarias para expedir cualquier tipo de leyes²⁰. Y a pesar de que desde ese entonces regía el principio de reserva de la ley tributaria²¹, era una costumbre inveterada del Congreso de la República Colombiano delegar su poder legislativo al ejecutivo.

Las normas referidas a los asuntos tributarios no fueron la excepción. Por eso, en virtud de las facultades “extraordinarias” otorgadas al presidente²², el gobierno colombiano expidió el decreto extraordinario 624 de 1989. No obstante, es pertinente precisar que ese decreto recopiló la normatividad dispersa que regulaba los impuestos sobre la renta, sobre el patrimonio, sobre las ventas y de timbre, así como las normas que regulaban las facultades de fiscalización, el procedimiento de determinación de impuestos y el procedimiento de cobro, pero también estableció nuevas disposiciones. Para el efecto, se conformó una comisión asesora conformada por magistrados de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Ese decreto ha

19 *Idem Op. Cit* 11

20 Colombia Constitución Política de Colombia de 1886. Artículo 76.- Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: (...)10. Revestir, pro tempore, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen; (...)"

21 Colombia, Constitución Política de de 1886, artículo 43. En tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones.

22 Colombia, Ley 75 de 1985, artículo 90, numeral 5o. Ley 43 de 1987, artículo 41

sido objeto de múltiples modificaciones mediante leyes del Congreso de la República, pero su estructura se mantiene intacta.

La Constitución de 1991 fortaleció el principio de reserva de la ley en materia tributaria y le prohibió al Congreso de la República transferir competencias legislativas al presidente²³.

Perfil de los principales impuestos nacionales

Grosso modo, a título de ilustración, me referiré al impuesto sobre la renta y al impuesto sobre las ventas regulados por el Estatuto Tributario de Colombia.

El impuesto sobre la renta y rentas complementarias

El impuesto de renta es un impuesto directo y progresivo²⁴ que grava las utilidades de las empresas y las rentas de las personas. En concreto, grava todo ingreso que sea susceptible de incrementar el patrimonio previa depuración hasta obtener la renta líquida gravable, base sobre la que se aplica la respectiva tarifa²⁵.

Los sujetos pasivos se clasifican en contribuyentes y no contribuyentes. El estatuto tributario explica la base gravable y para el efecto: (i) señala cuáles son las fuentes que se consideran de renta nacional y las de renta extranjera; (ii) discrimina todos los tipos de ingresos susceptibles del impuesto; (iii) explica los rubros que, a título de devoluciones, rebajas y descuentos, pueden tenerse en cuenta para depurar los ingresos ordinarios; (iv) establece, como regla general, que pueden descontarse de los ingresos netos todas las expensas que tengan relación de causalidad con la actividad productora de renta, expensas necesarias y proporcionales al ingreso. Y, como reglas especiales, regula las condiciones que deben cumplir los costos y las deducciones para depurar tanto los ingresos netos como la renta bruta, a efectos de obtener la renta líquida gravable; (v) enumera las rentas exentas y regula las condiciones en que pueden declararse, y (vi) establece las tarifas que son diferenciales. La máxima es del 33%²⁶.

23 Colombia, Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 150 No. 10

24 Se dice que es progresivo porque consulta la capacidad económica de los contribuyentes.

25 La fórmula es la siguiente:

Ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o período gravable MENOS Devoluciones, rebajas y descuentos IGUAL A los ingresos netos.

Los ingresos netos MENOS los costos realizados imputables a tales ingresos IGUAL a la renta bruta.

La renta bruta MENOS las deducciones realizadas IGUAL A la renta líquida.

La renta líquida MENOS las rentas exentas IGUAL A la renta líquida gravable.

La renta líquida gravable POR la Tarifa IGUAL AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA.

26 Colombia, Estatuto Tributario. Artículo 240.

El impuesto sobre las ventas

En Colombia, el régimen del impuesto sobre las ventas se ha regido por dos sistemas:

1. El sistema monofásico, que grava con el impuesto una sola fase de la comercialización de los bienes gravados. Por tanto, son responsables del impuesto los comerciantes, los importadores y los productores cuando comercialicen los bienes importados o producidos.
2. El sistema del impuesto al valor agregado (plurifásico), conforme con el cual, el impuesto se aplica en cualquiera de las fases de los ciclos de producción y distribución. Por tanto, quedan gravados todos los sujetos que intervengan en la cadena de producción y de distribución, y los que presten los servicios.

El Estatuto Tributario establece tres hechos generadores de este impuesto: la venta, la prestación de servicios y las importaciones. El impuesto se causa cuando se expide la factura o cuando se nacionalizan los bienes objeto de importación. La tarifa del impuesto es variable porque oscila del 10% al 35%²⁷ y se aplica sobre el valor total de la operación de venta o de la prestación del servicio. En el caso de las importaciones, la tarifa se aplica sobre el valor en aduana de la mercancía importada más el arancel de aduanas.

Competencia normativa en materia de impuestos territoriales

Competencia normativa del Congreso de la República y de los órganos de representación popular de las entidades territoriales²⁸. La autonomía fiscal de los departamentos, municipios y distritos²⁹

El Estado Colombiano, se reitera, es una república unitaria, pero reconoce una relativa autonomía a las entidades territoriales, esto es, a los departamentos, los distritos y los municipios³⁰.

27 La tarifa general es del 16%.

28 Colombia, Constitución Política de 1991, Artículos 299 y 312: Asambleas Departamentales y Concejos Municipales y Distritales.

29 Basado en la ponencia “El Consejo de Estado y los Principios de Reserva de Ley y Autonomía Fiscal y el principio de equidad en materia Tributaria”, dictada por el Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas en el Seminario Internacional Instituciones Judiciales y Democracia. Bicentenario de la Independencia y Centenario del Acto Legislativo 3 de 1910.

30 Colombia, Constitución Política de 1991, Título XI, artículo 286 “Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley.”

Como lo precisé anteriormente, el artículo 338 de la Constitución Política de Colombia señala que, en tiempo de paz, solamente el congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales pueden imponer contribuciones fiscales o parafiscales. Esa norma dice, además, que la ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar directamente los sujetos activos, los sujetos pasivos, los hechos generadores, las bases gravables y las tarifas de los impuestos.

De otra parte, el artículo 287 de la Constitución Política de Colombia señala que las entidades territoriales —departamentos, municipios y distritos— tendrán derecho a gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias normativas que le correspondan, administrar los recursos y *establecer los tributos necesarios* para el cumplimiento de sus funciones.

La facultad de establecer tributos la reguló la Constitución en los artículos 287-3³¹, 300-4³² y 313-4³³ y, para el efecto, supeditó la atribución de “establecer”, “decretar” o de “votar” los tributos locales, a la Ley.

Una primera lectura de los artículos que se acaban de enunciar, incluido el primero de la Carta Política, que configura a Colombia como una república unitaria con autonomía de sus entidades territoriales, permite sostener que, sin duda, no solamente el Congreso de la República está autorizado para dictar leyes de tipo tributario, esto es, para imponer impuestos, sino que tal competencia también la tienen las asambleas y los concejos sin más límites que los que la Constitución establezca o los que pudiere establecer una ley orgánica. Esta lectura significaría una interpretación pro autonomía política auténtica de las entidades territoriales, esto es, que estas entidades tienen el derecho político a imponerse sus propias normas jurídicas.

Sin embargo, también existe una lectura de los actuales textos constitucionales un poco más tradicional, de corte netamente unitarista, vinculada a la autonomía derivada de la descentralización, que es una autonomía restringida a lo administrativo. En primer término, en esta perspectiva, las

31 Colombia, Constitución Política de 1991. artículo 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

32 Colombia, Constitución Política de 1991. artículo 300. modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo No. 1 de 1996. Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas:

4. Decretar, de conformidad con la Ley, los tributos y contribuciones necesarios para el cumplimiento de las funciones departamentales.

33 Colombia, Constitución Política de 1991, artículo 313. Corresponde a los concejos: (...) 4. Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales.

asambleas y los concejos distritales o municipales no pueden expedir leyes. Sólo pueden expedir actos administrativos reglamentarios, esto es, leyes de menor jerarquía que la ley expedida por el congreso. En esa medida, las autoridades locales no podrían imponer tributos, sino previa autorización directa de la ley nacional, esto es, del Congreso de la República. Es más, se ha llegado a sostener que las ordenanzas y los acuerdos municipales, que son los actos jurídicos de las asambleas y los concejos, respectivamente, tan sólo pueden fijar las tarifas del impuesto y disponer de algunos métodos o procedimientos especiales de cobro, pero que todo lo demás es del resorte de la ley. Esta lectura significaría que la Constitución de 1991 no introdujo realmente cambios importantes en el modelo estatal colombiano y que todavía estaríamos cobijados por un régimen de centralismo político y descentralización administrativa. La descentralización implicó una autonomía, pero administrativa, capaz de ejecutar la ley pero incapaz de crearla.

El criterio más reciente del Consejo de Estado Colombiano se enmarca dentro de un escenario en el que se privilegia la autonomía de las entidades territoriales.

En efecto, la Sección Cuarta del Consejo de Estado ha entendido que la autonomía política auténtica es el derecho de las comunidades locales a darse normas jurídicas con un criterio político propio. Eso implica que las entidades territoriales (departamentos, municipios y distritos) no sólo están ahí para ejecutar las leyes, pues, en materia de impuestos, el constituyente quiso fortalecer la autonomía fiscal o tributaria de esas entidades territoriales.

Sin embargo, el principio de autonomía política de las comunidades locales tiene que ser interpretado siempre en armonía con el principio tradicional del unitarismo, en cuanto que debe existir un solo centro de producción normativa: el Congreso de la República. Con criterios de ponderación, es pertinente concluir que la ley puede convivir con normas expedidas por las asambleas y por los concejos, pues, en materia de impuestos, se cumpliría a cabalidad el principio de reserva de ley, en cuanto que sólo los órganos de representación popular pueden establecer impuestos.

Se dice eso por cuanto, si se trata de impuestos de estirpe o naturaleza local, la ley nacional no puede copar todos los espacios de la competencia propia de las asambleas o concejos. Eso es lo que se conoce como el principio de no vaciamiento de competencias, principio que debe guiar la labor legislativa del congreso. De ese modo, una vez autorizado el impuesto territorial, corresponde a la autoridad local fijar los elementos del tributo.

En síntesis, la posición vigente de la Sección Cuarta del Consejo de Estado se ha inclinado por reconocer que el artículo 338 de la Carta Política faculta a las asambleas departamentales y a los concejos municipales y distritales a imponer contribuciones fiscales o parafiscales a través de ordenanzas o acuerdos, pero esa facultad está supeditada a una ley de autorizaciones.

Además, esa supeditación puede ser parcial-limitada³⁴ o parcial-reforzada³⁵. En efecto, la potestad impositiva de las entidades territoriales será parcial-limitada cuando la ley fija ciertos elementos del tributo para que sea la entidad territorial la que establezca los que faltan. Será parcial-reforzada cuando la ley autoriza a la entidad territorial a crear el tributo porque en esos casos le permite fijar todos sus elementos. En este último caso, ha dicho la Corte Constitucional Colombiana, que la ley que crea el tributo debe establecer, como mínimo, el hecho generador³⁶.

Dentro de los impuestos territoriales que han sido creados por ley para que las entidades territoriales regulen de manera amplia o restringida los elementos del tributo, según el caso, se destacan, entre otros, los siguientes:

Tributos municipales

- El impuesto de industria y comercio, que grava las actividades industriales, comerciales y de servicios ejecutadas en la respectiva jurisdicción territorial de los municipios³⁷.
- El impuesto predial, que grava la posesión o propiedad de inmuebles³⁸.
- La sobretasa a la gasolina, que grava el consumo de gasolina motor, extra y corriente nacional o importada en la jurisdicción de cada entidad territorial³⁹.

34 Así se ha tratado, entre muchas otras, en: Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente 10889, 24 de noviembre de 2000., M.P. Daniel Manrique Guzmán; expediente 10669, 16 de marzo de 2001, M.P. Germán Ayala Mantilla, y expediente 16850, 4 de septiembre de 2008, M.P. Ligia López Díaz.

35 Ver: Colombia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente 9456, 15 de octubre de 1999, M.P. Julio E. Correa Restrepo.

36 Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-992 de 2004

37 Colombia, Ley 14 de 1983.

38 Colombia, Constitución Política de 1991, artículo 317: sólo los municipios pueden gravar la propiedad inmueble, pero otras entidades territoriales pueden imponer la contribución de valorización.

39 Este impuesto también puede ser del orden departamental y distrital.

Tributos departamentales

- La contribución de valorización, que grava el beneficio que obtienen los ciudadanos por la construcción de obras públicas de interés para la comunidad⁴⁰.
- Las estampillas, que gravan los documentos jurídicos o contratos en cuya expedición o suscripción intervienen las autoridades departamentales⁴¹.

Tributos nacionales cedidos a las entidades territoriales

- Los impuestos al consumo⁴².
- El impuesto de registro.
- El impuesto de vehículos automotores.

Competencias normativas de los gobernadores y de los alcaldes

Así como ocurre con los impuestos nacionales, tratándose de los impuestos territoriales, en Colombia, expedidas las ordenanzas departamentales o los acuerdos distritales o municipales, los gobernadores y los alcaldes, como jefes de la administración seccional, distrital o local y representantes legales de los respectivos departamentos, distritos o municipios⁴³, tienen la facultad de reglamentar, mediante decretos, los tributos territoriales con estricta sujeción a la ley que autorizó crear el tributo y a la ordenanza o acuerdo que lo reguló.

Así mismo, en cabeza de las gobernaciones y de las alcaldías radica la facultad de administrar los tributos territoriales, actividad que, en general, se asigna a las respectivas secretarías de hacienda departamentales, distritales o municipales. Excepcionalmente, dada la importancia del tributo, en el Distrito Capital de Bogotá, por ejemplo, la administración de la contribución de valorización está asignada a un establecimiento especializado del orden distrital⁴⁴.

40 Esta contribución también puede ser del orden nacional o municipal.

41 Este tributo también puede ser del orden municipal.

42 Se encuentran el impuesto al consumo de cervezas, sifones, refajos y mezclas de bebidas fermentadas con bebidas no alcohólicas; el impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado; el impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares.

43 Colombia, Constitución Política, artículos 303 y 314.

44 Instituto de Desarrollo Urbano.

Vale destacar también que la Secretaría De Hacienda del Distrito Capital de Bogotá también actúa como autoridad doctrinaria de los tributos que ésta administra⁴⁵.

El control judicial de las normas proferidas en desarrollo de las competencias normativas en materia tributaria

El poder judicial del Estado Colombiano atribuye a dos jurisdicciones el control de constitucionalidad y de legalidad de las normas tributarias: la jurisdicción constitucional y la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La jurisdicción constitucional

La Constitución de Colombia le encomendó a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y de la supremacía de la Constitución, en los términos de la ley.

A la Corte Constitucional le corresponde, entre otras funciones, decidir: (i) sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación, y (ii) sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación⁴⁶.

En ejercicio de esas funciones, a la Corte Constitucional le corresponde decidir la validez de las leyes tributarias y de los decretos con fuerza de ley en esas materias.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

En Colombia, el Consejo de Estado es el máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo⁴⁷.

Cumple las siguientes funciones: (i) desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme con las reglas que señale la ley; (ii) conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad

45 Colombia, Distrito Capital, Decreto 545 de 2006, literal m) del artículo 31

46 Colombia, Constitución Política de 1991, artículo 241. Ley 270 de 1996, artículo 43.

47 Colombia, Ley 270 de 1996, artículo 34. Constitución Política, artículo 237, numeral 1°.

de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, y (iii) actuar como cuerpo supremo consultivo del gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen⁴⁸.

Para cumplir esas atribuciones, el Consejo de Estado cuenta con tres Salas: la Sala Plena, la Sala de lo Contencioso Administrativo y la Sala de Consulta y Servicio Civil⁴⁹.

A la Sala Plena le corresponde conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. La Sala De Lo Contencioso Administrativo es el tribunal supremo de lo contencioso administrativo⁵⁰. Y a la Sala de Consulta y Servicio Civil le compete absolver las consultas jurídicas generales o particulares, que le formule el gobierno nacional⁵¹.

El control de legalidad de las normas tributarias distintas de las leyes recae en el Consejo de Estado.

Para el efecto, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado conoce, entre otros asuntos, de las acciones de nulidad simple que se interpongan contra los actos administrativos de carácter general que dicten las autoridades del orden nacional y que dispongan sobre los tributos nacionales, los tributos territoriales y la tributación aduanera⁵². En esta categoría están los decretos que dictan el

48 Colombia, Constitución Política de 1991, artículo 237. Son atribuciones del Consejo de Estado:

1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley. 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. 3. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen. (...)"

49 Colombia, Ley 270 de 1996. artículo 34. Integración y Composición. Modificado por el artículo 9 de la Ley 1285 de 2009. El Consejo de Estado es el máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y estará integrado por treinta y un (31) magistrados, elegidos por la misma Corporación para los períodos individuales que determina la Constitución Política, de listas superiores a cinco (5) candidatos, que reúnan los requisitos constitucionales, por cada vacante que se presente, enviadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

El Consejo de Estado ejerce sus funciones por medio de tres (3) Salas, integradas así: la Plena, por todos sus miembros; la de lo Contencioso Administrativo, por veintisiete (27) consejeros y la de Consulta y Servicio Civil, por los cuatro (4) consejeros restantes."

50 Colombia, Ley 270 de 1996, artículo 37.

51 Colombia, Ley 270 de 1996, artículo 38.

52 Colombia, Código Contencioso Administrativo. artículo 128. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: 1. De los de nulidad de los actos

presidente y el ministro del ramo, y las resoluciones, los conceptos y demás actos administrativos de carácter general que dicte la DIAN.

En el nivel seccional, la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuenta con jueces administrativos y tribunales administrativos que conocen de las acciones de nulidad simple de las normas tributarias territoriales y de nulidad y restablecimiento del derecho de actos administrativos que dicten las direcciones seccionales de la DIAN y las autoridades tributarias departamentales, distritales o municipales, y que dispongan sobre los tributos nacionales, los tributos territoriales y la tributación aduanera. La competencia se asigna en razón al territorio y según la cuantía derivada de la litis.

La función consultiva del Consejo de Estado

La Sala de Consulta y Servicio Civil, conforme se precisó antes, absuelve las consultas jurídicas generales o particulares que le formule el gobierno nacional. Esta función, por supuesto, también la ejerce para absolver consultas de temas económicos, en general, y tributarios, en particular.

Sin embargo, vistos los registros que lleva el Consejo de Estado⁵³, la doctrina tributaria dictada por la Sala de Consulta es escasa. Esto obedece a que, como se comentó, la legislación colombiana delegó en la DIAN la función de interpretar las normas tributarias que regulen los impuestos nacionales⁵⁴ y la tributación aduanera⁵⁵. Como autoridad doctrinaria, a la DIAN le compete mantener la unidad de criterio en la interpretación de las normas tributarias, aduaneras y cambiarias y, para el efecto, expide conceptos de manera oficiosa o a petición de las entidades del gobierno o de los contribuyentes.

Esos conceptos, por disposición legal, son de obligatorio cumplimiento por parte de los funcionarios de la DIAN. Los particulares, de otra parte, pueden invocarlos para sustentar el cumplimiento de las

administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden.

53 Para efectos de la presente investigación, se solicitó a Relatoría de la Sección Cuarta del Consejo de Estado que de la base de datos informática de la sala de consulta, extrajera los conceptos referidos a los asuntos tributarios. La base de datos suministrada arrojó un total de 139 conceptos que datan de los años 1970 a 2012. La mayoría datan de impuestos territoriales o de materias económicas y financieras relacionadas con tributos nacionales o territoriales.

54 Impuestos sobre la renta, impuesto al patrimonio, impuesto sobre las ventas, impuesto de timbre, gravamen a los movimientos financieros.

55 Derechos de aduana e impuesto sobre las ventas

obligaciones tributarias tanto ante las autoridades tributarias (como la DIAN) como ante las autoridades judiciales (jueces y tribunales administrativos y el Consejo de Estado).

Dado el carácter vinculante de esos conceptos, la doctrina judicial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado de Colombia ha dicho que tales conceptos son actos administrativos de carácter general y, por eso, son pasibles de control judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo⁵⁶.

Tratándose de los impuestos territoriales ocurre algo similar, pero únicamente con los impuestos del Distrito Capital de Bogotá, puesto que, como se precisó, la ley también ha conferido a las autoridades tributarias distritales una facultad semejante a la dada a la DIAN.

En relación con los conceptos que dicta la DIAN se aplica el artículo 264 de la Ley 223 de 1995 que dispone que: *“Los contribuyentes que actúen con base en conceptos escritos de la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrán sustentar sus actuaciones en la vía gubernativa y en la jurisdiccional con base en los mismos. Durante el tiempo en que tales conceptos se encuentren vigentes, las actuaciones tributarias realizadas*

56 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-487/96 “Los conceptos no constituyen, en principio, una decisión administrativa, es decir, una declaración que afecte la esfera jurídica de los administrados, en el sentido de que se les imponga mediante ellos deberes u obligaciones o se les otorguen derechos. Cuando se produce a instancia de un interesado, éste queda en libertad de acogerlo o no y, en principio, su emisión no compromete la responsabilidad de las entidades públicas, que los expiden, ni las obliga a su cumplimiento o ejecución. No obstante, cuando el concepto tiene un carácter autorregulador de la actividad administrativa y se impone su exigencia a terceros, bien puede considerarse como un acto decisorio de la Administración, con las consecuencias jurídicas que ello apareja. En tal virtud, deja de ser un concepto y se convierte en un acto administrativo, de una naturaleza igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio. (...)”

Los conceptos que emite la Subdirección Jurídica de la Administración de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, constituyen la expresión de manifestaciones, juicios, opiniones o dictámenes sobre la interpretación de las normas jurídicas tributarias, en materia aduanera, de comercio exterior o de control de cambios, bien hayan sido producidos a instancia de los administrados, en ejercicio del derecho de petición, o para satisfacer las necesidades o requerimientos de las autoridades tributarias correspondientes. No se les puede considerar, en consecuencia, en principio, como actos administrativos, porque carecen de un poder decisorio. Los conceptos, bien desde la óptica del desarrollo práctico del derecho de petición, o de las necesidades administrativas, fundadas en la conveniencia de propugnar la interpretación uniforme de la ley, cumplen una función didáctica y orientadora no sólo ajustada a la Constitución, sino que se justifica en razón de las dificultades que para los contribuyentes entraña el manejo de la materia impositiva. Dichos conceptos, son actos de carácter interno, no ejecutorios y que carecen, en principio, de efectos decisorios frente a los administrados, pero si eventualmente los tuvieren, serían, en la generalidad de los casos, actos administrativos reglamentarios en el nivel último de ejecución de la ley en sus aspectos técnicos y operativos, sujetos al control de legalidad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo”

a su amparo no podrán ser objetadas por las autoridades tributarias. Cuando la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales cambie la posición asumida en un concepto previamente emitido por ella deberá publicarlo.”

Cuando la administración emite conceptos en temas que no son específicamente tributarios, pero sí vinculados a aspectos económicos o financieros, que podrían tener una repercusión tributaria o de otra clase no suelen tener el carácter de vinculantes, salvo que la administración pretenda aplicarlos de forma obligatoria a casos similares. De hecho, cuando se trata de ese tipo de conceptos, el gobierno suele acudir ante a la Sala de Consulta del Consejo de Estado para escuchar la opinión de ese cuerpo consultivo. Por ende, esa sala ha emitido un sinnúmero de conceptos en materias de ese carácter (económicos y financieros) que, aunque no son necesariamente obligatorios, suelen ser generalmente oídos y atendidos por el gobierno dada la respetabilidad de ese organismo.

Conclusiones

1. El Estado Colombiano está en un proceso muy lento de reconfiguración frente a las relaciones entre los tres elementos clásicos del Estado: soberanía o instituciones estatales, pueblo y territorio. De un modelo unitarista clásico podría ir hacia un modelo de autonomías locales o regionales. El federalismo no es parte del talante sociopolítico de Colombia. Sin embargo, el Estado Colombiano tiene una larga tradición del fenómeno denominado “descentralización administrativa de tipo territorial”. Los departamentos y los municipios son las expresiones de este fenómeno. Han disfrutado de autonomía administrativa, en el sentido de tener autogobierno para ejecutar leyes a través de, incluso, competencias normativas subalternas como son los reglamentos locales. De hecho, la descentralización ha sido fortalecida en los últimos años, puesto que los municipios son los mayores responsables de prestar servicios vitales a la comunidad. Sin embargo, la adopción de políticas públicas en el modo de leyes propiamente dichas no es factible sino a nivel del Congreso de la República, que es la expresión del unitarismo colombiano. En materia de tributos, la situación antes comentada se refleja también en estos temas. La

mayor competencia para establecer un tributo y regular los elementos del mismo la ostenta el Congreso de la República. Los órganos de elección popular de tipo local, esto es, las asambleas y los concejos, tienen competencias que se miran como expresión de una autonomía relativa. Se suele encontrar jurisprudencia que fortalece la autonomía de estas comunidades locales para fijar ampliamente los elementos del tributo como se suele encontrar jurisprudencia que no es de ese talante. En general, la autonomía a que alude el artículo 1º de la Constitución Política actual se mira por todos los estamentos del Estado con cautela.

2. Existen, en esa medida, impuestos nacionales e impuestos de tipo territorial. La mera reglamentación de estos impuestos está a cargo de organismos del poder ejecutivo. Los impuestos nacionales están administrados por un organismo especializado, la DIAN, que en Colombia tiene una larga tradición, al punto de vérsela como una institución altamente profesional en esa materia. Sin embargo, los actos de la DIAN no son sentencias. Los actos que emite son actos administrativos sujetos al control judicial de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
3. El Consejo de Estado, máximo tribunal de lo contencioso administrativo, termina por fijar las directrices últimas del entendimiento de las normas tributarias.
4. La Sala de Consulta del Consejo de Estado juega un gran papel, pero para ilustrar directrices en materias económicas, financieras o de otro tipo que indirectamente inciden en asuntos tributarios. Empero, por tener el Estado un organismo como la DIAN, la consulta al Consejo de Estado, en materia de asuntos propiamente tributarios, es muy escasa. En cambio, la jurisprudencia que dicta la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sí puede influir en la adopción de decisiones y políticas tributarias y es abundante. La Sección Cuarta es la encargada de esa función.

Bibliografía

Doctrina

- Bastidas Bárcenas, Hugo Fernando. El Consejo de Estado y los Principios de Reserva de Ley y Autonomía Fiscal y el principio de equidad en materia Tributaria. En *“Memorias Seminario Internacional Instituciones Judiciales y Democracia. Bicentenario de la Independencia y Centenario del Acto Legislativo 3 de 1910”*. Bogotá 2010.
- Demetrio Fernández Quiñones. “Derecho Administrativo y Ley Uniforme de Procedimientos Administrativos”. México. Editorial Forum. 1993.
- Gaitán Méndez, Juan Pablo. Impuesto sobre las Ventas. Bogotá. Huertas & Huertas Asoc. Ltda. Derecho Tributario y Cambiario. 2007.
- Insignares Gómez, Roberto. Sánchez Peña, Mary Claudia. “Los principios constitucionales del sistema tributario” y “El poder tributario: organización y estructura en el Estado Colombiano” En *“Curso de Derecho Tributario, procedimiento y régimen sancionatorio.”* Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2010.
- Marín Elizalde, Mauricio. Financiación y poder fiscal en las entidades descentralizadas. En *“Régimen impositivo de las entidades territoriales en Colombia.”* Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2008.
- Piza Rodríguez, Julio Roberto. Sarmiento Pérez, Pedro Enrique. El impuesto sobre la renta y complementarios. Consideraciones teóricas y prácticas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

Normas

- Colombia, Constitución Política de 1886 y de 1991
- Colombia, Ley 14 de 1983
- Colombia, Ley 75 de 1985
- Colombia, Ley 43 de 1987
- Colombia, Ley 270 de 1996
- Colombia, Ley 489 de 1998
- Colombia, Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1989)
- Colombia, Decreto Ley 1071 de 1999
- Colombia, Decreto 4048 de 2008

Colombia, Distrito Capital, Decreto 545 de 2006
Colombia, Consejo de Estado, Acuerdo 58 de 1999.
Colombia, Código Contencioso Administrativo.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional

Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-517 de 1992
Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-467 de 1993
Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-486 de 1993
Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-346 de 1997
Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-413 de 1996
Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-487 de 1996
Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1997
Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-346 de 1997
Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-987 de 1999
Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-1051 de 2001
Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-1096 de 2001
Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-1097 de 2001
Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-227 de 2002
Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-504 de 2002
Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-538 de 2002
Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-790 de 2002
Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-690 de 2003
Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-992 de 2004
Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-121 de 2006

Jurisprudencia del Consejo de Estado

Colombia: Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta, expediente 9456, 15 de octubre de 1999, M.P. Julio E. Correa Restrepo.
Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta, expediente 10889, 24 de noviembre de 2000, M.P. Daniel Manrique Guzmán.
Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta, expediente 10669, 16 de marzo de 2001, M.P. Germán Ayala Mantilla.
Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta, expediente 13576, 11 de marzo de 2004, M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

- Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta, expediente 01127, 11 de junio de 2004, M.P. Ligia López Díaz.
- Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta, expediente 16170, 17 de julio de 2008, M.P. Ligia López Díaz.
- Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta, expediente 16850, 4 de septiembre de 2008, M.P. Ligia López Díaz.
- Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, Sección Cuarta, expediente 16544, nueve de julio de dos mil nueve. M.P. Martha Teresa Briceño De Valencia.
- Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta, expediente 16315, 6 de agosto de 2009, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.
- Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta, expediente 16667, 11 de marzo de 2010. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.
- Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta, expediente 17438, 18 de marzo de 2010, M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.
- Colombia. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta, Expediente 16949, siete de abril de dos mil once 2011. M.P. Hugo Fernando Bastidas Barcenás.

PROCESO ELECTORAL

Susana Buitrago Valencia

Presidenta de la Sección Quinta del Consejo de Estado

El sometimiento a control judicial que cualquier ciudadano puede ejercer sobre el acto administrativo que declara una elección o efectúa un nombramiento, promoviendo así la iniciación del proceso de nulidad electoral o contencioso electoral, corresponde al mecanismo de acceso a la justicia por el cual se garantiza *el derecho humano* a participar en *el control del poder político*.

Representa una manera de tomar parte en las decisiones sobre la gobernabilidad del país y representa una de las modalidades de la garantía ciudadana de carácter fundamental a elegir (artículo 21 Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y artículo 40 de la Constitución Política).

Ejercer el derecho de intervenir en el control de esta manifestación de la democracia (acto que declara una elección) implica un requisito para la preservación de la institucionalidad en el estado social de derecho, en tanto mediante el examen de constitucionalidad y de legalidad del acto que da acceso a la función pública, propende por la legitimidad de la elección o el nombramiento.

Se trata de un proceso en el cual se examina y se define:

1. Que el pronunciamiento de la administración cumple con los requisitos constitucionales y legales para que quien resultó elegido o nombrado pueda desempeñar válidamente la función pública a su cargo, Vgr. edad, experiencia, preparación de elegibilidad, idoneidad.
2. Que no esté incurso en causales de inhabilidad.
3. Que haya obtenido los votos requeridos o se hayan acatado los procedimientos para efectuar una designación.

4. Que las operaciones electorales hayan sido legalmente efectuadas y que ningún hecho exterior haya viciado el proceso, Vgr., fraude o violencia.

Este proceso tiene directa consagración Constitucional. El artículo 237 numeral 7° de la Carta le atribuye su conocimiento y decisión al Consejo de Estado, y a la jurisdicción de lo contencioso administrativo de acuerdo a las reglas de competencia que señale la ley.

El artículo 264 parágrafo 2° de la C.P., establece que la jurisdicción contencioso administrativa deberá decidir el proceso de nulidad electoral en un (1) año cuando su conocimiento corresponda a primera instancia y de seis (6) meses cuando su trámite sea de única instancia.

La Carta Política en el artículo 237 parágrafo, establece un requisito de procedibilidad para ejercer el contencioso electoral cuando se dirija contra elecciones por voto popular y la inconsistencia o irregularidad que se predica concierne a algún vicio en la votación o en el escrutinio, constitutivo de presunta nulidad (las denominadas causales objetivas). Esta exigencia es presupuesto procesal de la acción y su consagración estuvo inspirada en propender porque en sede administrativa, con la intermediación directa de la prueba y con los recursos logísticos y humanos de que dispone la organización electoral y la autoridad administrativa de esta misma índole, se logre la libertad y la pureza del sufragio y se asegure la legitimidad de la declaratoria de la elección.

En el artículo 223 y ss del antiguo C.C.A., Decreto 01 de 1984, ya se regulaba como un proceso especial, con trámite y reglas propias, diferentes a las señaladas para las demás clases de procesos que se rigen por el procedimiento ordinario.

En el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se preservó que el contencioso electoral continuara regido por una regulación especial y propia. Es así como en la Ley 1437 de 2011, el contencioso electoral se reglamenta en los artículos 275 a 296.

La razón de que el proceso de nulidad electoral requiera trámite especial y reglas propias obedece a la naturaleza autónoma del acto de elección, el cual no se caracteriza por contener la expresión de la voluntad de la Administración, sino, ser un pronunciamiento de la autoridad administrativa competente que declara el resultado de la voluntad de los electores, expresado en las urnas.

Se trata de un acto que tiene una vigencia temporal pues la elección está sometida a un período. Asimismo la acción de nulidad electoral no es

como se dice una especie del género –nulidad simple-, pues tiene identidades propias como que la clase de acto que se examina no es de carácter general, como de común es el que se juzga en la nulidad simple, sino que aquí se está ante un acto de índole particular. Además, el ejercicio de la acción está sujeto a término de caducidad, no es intemporal como ocurre en la acción de simple nulidad.

Entre las principales innovaciones que trae el contencioso electoral en la ley 1437 de 2011 pueden destacarse:

1. Precisa que es el juicio pertinente no solo para controvertir actos de elección, sino también *actos de nombramiento*, y los denominados actos “de llamamiento” (estos últimos corresponde al llamado a ocupar una vacante en que la mesa directiva de una Corporación pública hace al candidato no elegido que aparezca en la correspondiente lista del partido o movimiento político, y que siga en orden descendente).
2. Especifica que los actos de elección y de nombramiento son nulos no solo en los eventos especiales que consagra el artículo 275 “causales de nulidad” propios de esta clase de actos, sino también por las causales generales de anulación *de todos* los actos administrativos.
3. La causal “violencia” antes circunscrita a los escrutadores y a la generada por destrucción o mezcla de papeletas de votación (hoy tarjetones), actualmente se extiende a cuando la presión indebida se ejerce respecto del *nominador, de los electores*, o contra las autoridades electorales. Igualmente, se amplía a cuando por esta situación, que por la fuerza se presente respecto de los *sistemas* de votación, información, transmisión o consolidación de los resultados, y la destrucción del material electoral.
4. Asimismo representa novedad dentro de los motivos de nulidad que se pueden plantear contra el acto de elección, incurrir el candidato en doble militancia política al momento de la elección, y no residir los electores en el municipio o en el departamento por cuya circunscripción se ha producido la elección correspondiente.

Ahora el acto admisorio de la demanda no solamente debe notificarse al elegido o nombrado, tradicionalmente considerado el demandado en estos

procesos, sino que también hay que notificarlo a la autoridad que produjo el acto, puesto que le asiste el derecho a defender la legalidad del mismo.

Con el propósito de cumplir con el principio de celeridad en la definición del proceso que está inmerso en la exigencia del término constitucional señalado para el efecto, la nueva normatividad impone que se ejerciten por separado las demandas que contra un mismo acto de elección o de nombramiento planteen cargos de nulidad de naturaleza subjetiva (los que atañen a aspectos sobre las condiciones de elegibilidad y los motivos de inhabilidades), y las objetivas (que corresponden a presuntas irregularidades en el proceso de votación o de escrutinio o en el trámite previo a la expedición del acto).

A fin de privilegiar el acceso a la justicia de los interesados en ejercitar esta clase de medio de control de la pretensión de nulidad del acto electoral, como lo denomina hoy el nuevo Código, el término de caducidad se amplió a 30 días.

Y también a esta clase de proceso el nuevo estatuto incorporó elementos de oralidad, pues vincula su adelantamiento y su definición en audiencias públicas; la inicial, de saneamiento, de fijación del litigio, de solicitud de pruebas y de medidas cautelares; la segunda, de práctica de pruebas y la tercera de alegaciones y juzgamiento. Si el proceso versare sobre un punto de mero derecho, la sentencia puede proferirse en la primera audiencia.

El principio de eficacia del voto consagrado en el Código Electoral, en su art. 1, inciso 3, según el cual: “ *Cuando una disposición electoral admita varias interpretaciones, se preferirá aquella que dé validez al voto que represente expresión libre de la voluntad del elector*”, se consagró como norma positiva en el proceso especial de nulidad electoral, al señalarse que cuando se trate de resolver una controversia de esta índole, se privilegiará la voluntad mayoritaria del elector, libre y espontánea, expresada en las urnas.

El perfeccionamiento técnico - jurídico que al contencioso electoral le imprimió el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para que se traduzca en una herramienta que contribuya eficazmente a conseguir la certeza de que el acceso a la función pública por conducto del acto de elección o de nombramiento se llevó a cabo con respeto y apego a las exigencias legales, formales y materiales, debe ir de la mano con una modificación seria y profunda del régimen de inhabilidades que otorgue certeza a los candidatos sobre su

postulación, aunado a un sistema electoral que no sea permeable a ninguna modalidad de fraude.

Que en Colombia sea la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con el Consejo de Estado a la cabeza, el organismo al que corresponde el control de constitucionalidad y de legalidad de los actos administrativos que dan acceso al ejercicio de la función pública (a través del acto de elección y de nombramiento), es garantía de objetividad, de independencia y de imparcialidad para la preservación de la democracia.

Instituciones del Derecho
Administrativo en el nuevo Código.
Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011

Se terminó de imprimir en el mes de diciembre de 2012,
compuesto con tipos
de la fuente Adobe Garamond Pro y Swis721,
en los talleres de-----
2012

Instituciones del
Derecho
Administrativo
en el nuevo Código

Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

GERARDO ARENAS MONSALVE

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

ENRIQUE GIL BOTERO

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

DANILO ROJAS BETANCOURTH

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

ALBERTO YEPES BARREIRO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

(COORDINADORES ACADÉMICOS)